

piecen la investigación social sobre los detenidos, para que, si son condenados, sea remitida al Centro de Orientación Nacional, que ya no ha de esperar la realización de ella.

D. T. C.

**ROXIN, Claus: «Täterschaft und Tatherrschaft» (Autoría y dominio del hecho). Hamburger Rechtsstudien. Heft 50. Cram, de Gruyter & Co., Hamburgo 1963, XVI + 625 págs.**

El libro está dedicado a estudiar la autoría y el criterio del dominio del hecho como medida para distinguir entre autoría y complicidad; es éste un criterio que actualmente ha triunfado en la ciencia alemana y al que ha acudido más de una vez la jurisprudencia.

El punto de arranque es que el autor es el personaje central, la figura clave del acontecimiento delictivo, mientras que el instigador y el cómplice figuran fuera del centro del proceso delictivo. Se trata de un punto de arranque que, en principio, es sólo un criterio formal; la monografía de Roxin está dirigida a dar contenido a ese criterio, a investigar qué es lo que quiere decir personaje central del delito.

Antes de pasar a exponer la doctrina del dominio del hecho, Roxin estudia, con mayor o menor detalles según cuál sea su significación actual, las distintas teorías que han establecido líneas de demarcación entre autoría y complicidad. Interesante es para el lector español la exposición y crítica que hace Roxin de la teoría de la necesidad (págs. 38-41), según la cual será autor el que ha puesto una condición necesaria para la producción del resultado. En la doctrina han defendido esta teoría Feuerbach, v. Bar, Liepmann, Baumgarten y Kohlrausch. Entre las legislaciones cita expresamente el artículo 14, núm. 3, del Código penal español, y el artículo 61 del uruguayo. Muy acertadamente pone Roxin esta teoría en relación con la del dominio del hecho, pues: si alguien coloca una condición sin la cual el resultado no se habría producido, es claro que tiene en su mano el proceso típico, que puede decidir que el resultado tenga o no tenga lugar. Roxin llama la atención sobre las dificultades que este criterio de diferenciación presenta: si un farmacéutico proporciona un abortivo, ¿cómo podrá saber si su contribución fue necesaria, es decir: si el abortador tenía o no posibilidad de procurarse el producto de otra persona? Y, ¿cómo lo podrá averiguar el juez? Por otra parte, señala el catedrático de Göttingen, no puede convencer que el que el farmacéutico sea autor o no dependa de que hubiera otro dispuesto a proporcionar el abortivo. Estas dificultades son reales; buena prueba de ello es el desconcierto de la doctrina y práctica españolas ante el artículo 14, núm. 3. Roxin, pues, señala las analogías de la teoría de la necesidad con la del dominio del hecho, pero acaba rechazando aquélla; para el penalista español, sin embargo, vinculado a su texto legal, la tarea de aclarar el artículo 14, núm. 3, es una de las más urgentes y fascinantes tareas.

Tras estudiar los antecedentes de la teoría del dominio del hecho, Roxin concluye que su avance hasta convertirse en doctrina dominante se

debe a Welzel; el nombre, a Hegler, y que la mayoría de las teorías sobre lo que sea la autoría presentan algún punto de contacto con la del dominio del hecho.

A continuación Roxin expone el contenido que los autores y la jurisprudencia han dado al concepto del dominio del hecho. De la exposición deduce dos cosas: primera, no está claro el papel que desempeña el dominio del hecho en la cuestión de la diferenciación entre autor y cómplice, y segunda, no está claro tampoco lo que sea dominio del hecho.

En las págs. 106-126, Roxin toma posición, tras exponer una magistral lección de metodología jurídica, ante la clase de concepto que debe ser el dominio del hecho. Comienza por hacer referencia a la gran vaguedad que actualmente tiene dicha teoría; ello se debe, probablemente, al empeño en buscar en cada caso concreto, renunciando a conceptos fijos, una solución equitativa; quizás, apunta Roxin, es esta vaguedad la que explica el éxito de la doctrina del dominio del hecho. Roxin rechaza la idea de conformarse en una cuestión tan central con criterios vagos; pero también rechaza que el dominio del hecho pueda ser un concepto fijado (*fixierter Begriff*). El dominio del hecho tiene que ser, estima Roxin, un concepto que pueda adaptarse a las variadísimas situaciones que presenta la realidad y, al mismo tiempo, que alcance una gran medida de concreción: tiene que ser un concepto abierto. Al concepto abierto se llega, por una parte, mediante una descripción de casos característicos que nos proporciona puntos de orientación; por otra parte, para casos no característicos es preciso acudir a principios regulativos. La cuestión que Roxin se plantea, y que pasa a resolver a continuación, es la de determinar cuándo podemos decir que se es la figura central del acontecimiento delictivo, que se tiene el dominio del hecho.

En primer lugar, se puede ser figura central del acontecimiento delictivo por tener el dominio de la acción (*Handlungsherrschaft*), que es una forma del dominio del hecho (*Tatherrschaft*). El dominio de la acción lo tiene el que ejecuta directamente el delito, tanto si lo hace coaccionado como si no, tanto si es un inimputable como si actúa en estado de necesidad. Ello no quiere decir que estas conductas sean punibles; lo único que quiere decir es que se tiene el dominio del hecho y que, por consiguiente, se es autor. Ahora bien, el dominio del hecho no sólo tiene un elemento objetivo, sino también uno subjetivo: para que exista dicho dominio es preciso que el que actúa conozca los elementos del tipo, tanto los positivos como los negativos.

Otra forma del dominio del hecho es el dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*). Aquí no hay dominio de la acción porque no se comete el delito por propia mano; pero un dominio de la voluntad sí que lo hay. Roxin acaba de decir que el que actúa coaccionado o en estado de necesidad tiene el dominio de la acción; pues bien, el que coacciona o crea el estado de necesidad tiene el dominio de la voluntad. Aquí tanto el que ejecuta el hecho como el autor mediato son figuras centrales del delito. No obstante, para que haya dominio de la voluntad es preciso que la coacción o la situación creada sean de tal envergadura que el que tiene el dominio de la acción esté exento de responsabilidad criminal. Si la

influencia no llega hasta el extremo de producir esos efectos —por ejemplo: existe una mera dependencia sexual— habrá no dominio de la voluntad, sino tan sólo instigación. El dominio de la voluntad se tiene también cuando el que ejecuta directamente el delito está sujeto a un error que permite al autor mediato dirigir el acontecimiento. El dominio de la voluntad se manifiesta también en los aparatos organizatorios de poder (organisatorische Machtapparate). Aparatos de este tipo son los que funcionaron en Alemania durante la época nazi: la orden de asesinar personas venía desde arriba y era transmitida y llevada a cabo a través de una cadena cuyo eslabón final era el ejecutor material. Al contrario que en los casos de dominio de la voluntad que Roxin ha estudiado hasta ahora, en los aparatos organizatorios de poder los que tienen el dominio de la acción no están exentos de responsabilidad criminal. No obstante, el que el eslabón superior tenga el dominio de la voluntad se basa en que el inferior es intercambiable, fungible. En estos supuestos, y al contrario de lo que por lo general sucede, cuanto más nos alejamos de los eslabones inferiores mayor es el dominio del hecho. En el caso de Eichmann, pues, que Roxin estudia especialmente, serían autores, por tener el dominio del hecho, todos los eslabones de la cadena: desde el que dio la orden hasta el ejecutor material. Roxin rechaza que exista dominio del hecho por parte del funcionario en aquellos supuestos de delitos especiales en los que el funcionario se limita a instigar un extraño para que realice el delito; aquí el dominio del hecho —en su variedad de dominio de la acción— lo tiene sólo el que ejecuta directamente el hecho; será posible fundamentar la autoría del funcionario desde otros puntos de vista, pero no desde el del dominio del hecho, a no ser que queramos convertir a éste en una mera etiqueta a la que damos el contenido que nos parece, a fin de aplicarlo a todos los casos en los que, por simple intuición, hemos llegado a la convicción de que existe autoría. En las págs. 261-274., Roxin estudia problemas de error.

El séptimo capítulo está dedicado al estudio de la coautoría (§ 47 StGB). El coautor, dice Roxin, no tiene ni el dominio de la acción ni el de la voluntad, pero tiene un dominio del hecho funcional. Se trata aquí de un nuevo concepto abierto, de la mano del cual Roxin examina toda una serie de grupos de casos para ver si en ellos existe o no coautoría.

A continuación, y en base a los resultados ya alcanzados, Roxin medita sobre el contenido del dominio del hecho; no es una teoría nueva, opina, sino la síntesis (no el sincretismo) de las anteriores. Con ello se pone de manifiesto que los esfuerzos de más de un siglo por comprender el concepto de autor no han sido infructuosos. Roxin considera también que los tipos a quien describen es al autor; acepta, pues, un concepto restrictivo de la autoría y considera la instigación y la complicidad como causas de extensión de la responsabilidad.

El noveno capítulo está dedicado al estudio de la autoría en los delitos dolosos. En principio, el que tiene el dominio del hecho, por ser la figura central del acontecimiento delictivo, es autor. Pero esta regla conoce excepciones. Roxin estudia estas excepciones bajo dos grupos de delitos: los delitos que consisten en la infracción de un deber (Pflichtdelikte)

y los delitos de propia mano. En los primeros delitos es claro que el dominio del hecho no puede servir para calificar al autor, ya que la ley describe específicamente quién puede serlo únicamente: funcionarios, abogados, etc. Los *Pflichtelikte* no son sólo los llamados delitos especiales, sino que abarcan toda clase de delitos cuya esencia consiste en la infracción de un deber: lesión del deber de alimentos, prevaricación de abogado, infidelidad (*Untreue*), etc. En los *Pflichtdelikte*, dice Roxin, la idea del dominio del hecho no desempeña ningún papel; ejemplo: si dos personas que administran un patrimonio deciden apropiarse de una parte de él, y uno de ellos es el que realiza el plan, mientras que el otro sólo ayuda mediante consejos, ambos son —a pesar de que al segundo le falta el dominio del hecho— autores de un delito de infidelidad (*Untreue*). Pues incluso el que sólo ayuda, «lesiona su deber de cuidar de los intereses patrimoniales ajenos ..., produciendo un perjuicio a aquel cuyos intereses ha de cuidar» (así define el StGB la infidelidad). Si así no fuese, prosigue Roxin, nos encontraríamos con supuestos en los que no habría autor si no coincidía en una misma persona el dominio del hecho y la infracción del deber. En base a los mismos principios, Roxin sostiene que cuando varios funcionarios se ponen de acuerdo para realizar un delito especial todos ellos son autores, independientemente de que haya algunos que no tengan el dominio del hecho. En los *Pflichtdelikte* es posible, además, la autoría mediata con sólo infringir el deber y aún sin tener el dominio del hecho. En las págs. 384 y sigs. Roxin se dedica a estudiar los *Pflichtdelikte*; es este nuevo grupo de delitos, sin duda, uno de los descubrimientos más trascendentales de la monografía. En las págs. 399 y sigs. se estudia la autoría en los delitos de propia mano, y, al mismo tiempo, se hace un magistral estudio de los mismos.

El décimo capítulo se ocupa de la autoría en los delitos de omisión. Roxin observa muy agudamente que aquí se trata también de *Pflichtdelikte* —consisten en la infracción del deber de impedir el resultado— y que, por consiguiente, tampoco aquí desempeña ningún papel el dominio del hecho. La crisis que últimamente ha surgido respecto de los criterios tradicionales para determinar cuándo un delito de omisión lo es de comisión por omisión (cfr., entre otros, el Tratado de H. Mayer, la monografía de Armin Kaufmann sobre el tema, el artículo de Henkel en el *Festschr. f. Tesar* y el de Busch en el *Festschr. f. v. Weber*) se refleja también en el libro de Roxin. Pero a pesar de ver las dificultades, Roxin, como la mayoría de los autores, se resiste a abandonar los criterios tradicionales. Está muy extendida incluso la tesis de que castigar por homicidio a la madre que no da de comer a su hijo lesiona el principio de legalidad, ya que, se dice, matar equivale a causar la muerte, y el que omite no causa. Este razonamiento parte, en mi opinión, de una premisa falsa: de que «matar» equivale a causar la muerte; tal interpretación de la palabra «matar» está en contradicción con lo que puede constatar cualquiera: que respecto de la madre que no da de comer a su hijo no se fuerza en absoluto el sentido de las palabras cuando se dice que le ha matado. Si la actual dogmática de los delitos impropios de omisión a pocos deja satisfechos, ello es porque muchas de las posiciones de garante que hoy en

día se consideran fundamentadoras de delitos de comisión por omisión obligan a aceptar como «matar» conductas que sólo es posible incluir en el homicidio violentando el sentido de las palabras: el bañero que no interviene para salvar al que se está ahogando no «mata». Respecto del problema de cuándo una omisión equivale a un delito de acción, el libro de Roxin contiene interesantísimas observaciones. Según él no es casualidad que cuando se habla de los delitos impropios de omisión se repitan siempre dos ejemplos: el de la madre que no da de comer a su hijo y el del guardavías que intencionalmente permanece inactivo para que se produzca un accidente ferroviario. Aquí, al contrario del caso en que el padre del que se está ahogando o el bañero evitan un accidente, nadie felicita a la madre o al guardavías por haber cumplido su obligación. Roxin trata de explicar en la pág. 466 a qué se debe esta distinta valoración social que existe, por una parte, respecto de la posición de garante de la madre que no da de comer al niño, y del guardavías, y, por otra parte, respecto de otros deberes de impedir el resultado. Desarrollando las ideas de Roxin, creo que lo que caracteriza esos dos ejemplos es: primero y sobre todo: que con la omisión no sólo no se impide el peligro, sino que, además, se crea (lo que no sucede en el caso del bañero, ya que se encuentra con la situación de peligro, dada); segundo, que tanto la madre como el guardavías podrían haber impedido la creación del peligro sin correr ningún riesgo por su parte. Agudísimas son también las observaciones de Roxin sobre otros casos en los que la omisión equivale a la acción, a saber: en los *Pflichtdelikte*. Aquí el delito de acción consiste, al igual que el de omisión, en la infracción de un deber; por ello, tan infidelidad en la custodia de presos es abrir la puerta de la celda como no cerrarla; tan prevaricación es el perjuicio que el abogado produce al cliente con una conducta activa como con una omisión (por ejemplo: dejando pasar un plazo importante). Como señala Roxin, también los delitos culposos son delitos que consisten en la infracción de un deber: el deber de diligencia; por ello, también aquí la equivalencia entre acción y omisión es perfecta. Buena prueba de ello es que la jurisprudencia española, que tantos reparos tiene en admitir delitos impropios de omisión, no tiene inconveniente —lo que suele olvidar nuestra doctrina al tratar la dogmática general de los delitos omisivos— en castigar a cada paso homicidios, lesiones culposas, etc., por omisión.

Partiendo de esta característica que acabamos de señalar —los delitos culposos son *Pflichtdelikte*— estudia Roxin el problema de la autoría en la imprudencia. Tampoco en este capítulo se limita Roxin a estudiar la imprudencia desde el punto de vista de la autoría, sino que, de pasada, hace atinadísimas observaciones sobre la dogmática general de la culpa. Por sólo mencionar un ejemplo: si realmente hay homicidio imprudente cuando el esionado culposamente fallece a consecuencia de un tratamiento médico posterior en contra de la «*lex artis*», entonces, escribe Roxin, también habría que admitir culpa en los familiares que permiten que un pariente herido sea intervenido, falleciendo a consecuencia del incorrecto tratamiento. Nuestro Tribunal Supremo condena, como es sabido, por homicidio culposo, al que lesiona a otro imprudentemente, si la víctima fa-

llece después a consecuencia de la impericia del médico. Nuestro Código impone el versari en los delitos dolosos, pero no en los culposos; es muy posible que una dogmática más acertada de los delitos culposos pudiese alcanzar en Derecho español el destierro de la responsabilidad por el resultado en la imprudencia.

El último capítulo del libro se ocupa de cuestiones metodológicas y de problemas de «lege ferenda».

Esta recensión sólo ha podido dar una idea aproximada de la calidad y de la trascendencia del libro del catedrático de Göttingen. La razón de ello reside en que el método seguido por Roxin plantea serias dificultades al recensionista para llevar a cabo su tarea de transmitir el contenido de la obra de que se ocupa.

Es un verdadero placer intelectual ver cómo Roxin baja a bucear en la materia, emerge para establecer un principio, vuelve a sumergirse, concretiza más el principio ya establecido, construye grupos de casos, explica por qué exigen un tratamiento unitario, se detiene en los casos concretos que toma de la jurisprudencia o que se inventa; cómo somete los principios a la prueba del examen de la realidad y cómo de la realidad que investiga saca siempre un conocimiento nuevo. El que quiera informarse sobre este método —cuyo núcleo lo constituye lo que Roxin llama la «resistencia de la cosa» («Widerstand der Sache») —, que lea las páginas 579 y sigs. de esta monografía y las páginas 583 y sigs. del artículo de Roxin sobre «Die provozierte Notwehrlage» (ZStW 1963, Heft 4). Impresionante me parece, dentro de esta conexión, cómo explica Roxin que haya podido surgir y mantenerse una doctrina tan evidentemente falsa como es la del error en Welzel: Welzel opera en este punto en un plano de completa abstracción sin descender a la realidad, sin bajar a la «cosa» y enfrentarse con su «resistencia».

En la ciencia universal del Derecho penal, la alemana ha ocupado desde v. Liszt y Binding un primerísimo puesto. «Täterschaft un Tatherrschaft» es una de las obras que se pueden presentar cuando alguien pregunte por el por qué de ese puesto.

Enrique GIMBERNAT

**SILVA MELERO, Valentín: «La prueba procesal». (Tomo II. Parte especial.)  
Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1964 (XV-218 páginas).**

No he de repetir una vez más las consideraciones de índole general esbozadas en ocasión de darse a la luz el primer volumen de esta obra (en fascículo I, Tomo XVI del ANUARIO), del que el actual resulta necesario complemento, al constituir, como el subtítulo predica, la *Parte especial* de materia tan capitalísima como es la del derecho probatorio, medular del procesal. Partiendo de las premisas ya sentadas, se realiza ahora su acoplamiento a los diversos tipos de proceso, sin que las genuinidades de cada cual quebranten la línea comunitaria que sigue siendo el *leit motiv* de la obra. En cada una de las vertientes se han esbozado sendas consideraciones históricas, breves pero de suma significación para situar las instituciones actualmente