

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### Recensiones

Recensión a Juan Pablo Cox Leixelard, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012, por Tatiana Vargas Pinto

Recensión a Alejandro Guzmán Brito, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Ed. Thomson Reuter, Santiago de Chile, 2014, por María Soledad Krause Muñoz

Recensión a Juan Antonio Martos Núñez, *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, por Elena Íñigo Corroza

Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, por Marcelo D. Lerman

### Reseñas

«Compliance Programs. Lecturas de obligado cumplimiento», por Beatriz Goena Vives

## Recensiones

### Recensión a Juan Pablo COX LEIXELARD, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012 (306 páginas)

**Tatiana Vargas Pinto**

Universidad de los Andes, Chile

1. La obra de Juan Pablo Cox llama la atención desde su título, “Delitos de posesión”. ¿A qué figuras se refiere?, ¿cómo se determinan?, ¿qué repercusiones tienen? Estas primeras preguntas parecen evidentes en términos lógicos y, sin embargo, no son las que suelen responderse. Cuando se tratan estos delitos el examen normalmente se dirige al porqué de su incriminación y a los problemas de legitimidad frente a la (lejana) perturbación de bienes jurídico-penales. La principal novedad del trabajo que se presenta está en ocuparse por esas cuestiones que atienden a un problema previo, esencial: la noción de posesión, si cabe dentro del concepto de conducta y si lo hace cuál sería su concreta modalidad o sentido. El libro corresponde a la tesis doctoral del autor que dirigió el profesor Jesús María Silva Sánchez en la Universidad Pompeu Fabra, España. Se doctoró en 2011 y al año siguiente publica la tesis en la Colección *Estudios y debates en Derecho penal* de la editorial Bdef. Actualmente es profesor de Derecho Penal con jornada completa en la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. En este contexto, se adelanta que el interés por el tema no proviene tanto de su novedad, como de su evolución y la forma en que aquí se trata.

2. En esta línea es destacable la constancia que deja Silva Sánchez en el prólogo de una primera orientación hacia problemas de política criminal por el creciente empleo de estos tipos, con el posterior análisis de legitimidad, que Cox declina ante una cuestión de fondo preferente, el concepto de posesión, su contenido y repercusiones. El autor advierte la importancia del recurso a estos delitos sin que hayan seguido estudios sobre aspectos sustantivos. Así, aclara desde la introducción que el objeto de su atención es básicamente el carácter de la posesión y su sentido. Con el *carácter* indaga sobre si la posesión es una forma de conducta, desde una determinada noción de ella. En caso de establecer tal condición interesa la pregunta de *sentido*, que se ocupa de la específica modalidad o estructura conductual (acción, omisión u otra diversa). Esta propuesta de análisis no sólo se ocupa de definir un tema de fondo, la noción de posesión y su alcance dentro de la teoría del delito y de la parte especial, sino que además atiende una de las mayores dificultades con las que se enfrenta en general todo operador del sistema penal: la compleja distinción entre objeto valorado y juicios de valoración. La confusión es común y, en ocasiones, ni siquiera se advierte la separación de planos, justamente por su complejidad. Se mostrarán algunas de las complicaciones al presentar la tesis del autor a continuación.

3. El texto centrado en el estudio de la posesión como categoría dogmática se divide en tres capítulos. En el Capítulo I, “¿De qué hablamos cuando hablamos de posesión?”, se abre paso al marco conceptual a partir de una primera aproximación político criminal, con apreciaciones similares del modelo del *common law*. En la comparación con este modelo

destaca el análisis de la posesión como conducta y no como mera herramienta de punición ni cuestión de legitimidad. Aquí ya se asoma la necesidad lógica de definir la posesión como un asunto anterior a la pregunta por su legitimidad. El capítulo cierra con la aclaración metodológica de su investigación, que “desdobla” en los dos planos que guiarán el *capítulo siguiente principal* sobre el “Carácter y sentido de la posesión”: si cabe como expresión de conducta y, en caso afirmativo, si se corresponde con una comisión o una omisión. En ese Capítulo II Cox postula y desarrolla su tesis. Plantea no sólo que la posesión se corresponde con una conducta humana, sino también que se estructura como modalidad de comisión activa.

4. La comprobación de ambas afirmaciones desde la separación entre carácter de conducta -como hecho susceptible de valoración- y sentido -como concreta configuración frente a la norma de conducta- permite distinguir la perspectiva normativa y la diversidad de juicios de valor. La fuente de sentido se realiza con atención a las normas y el carácter de conducta aparece como objeto de valoración. Sin embargo, éste también se establece con valoraciones, aunque no parecen ser normativas. La conducta susceptible de valoración es un *hecho con sentido*, que se distingue del mero *suceso*. Aclara que el análisis de esta significación se realizaría en sede de tipicidad, mientras que el concreto sentido normativo tendría lugar en la antijuridicidad. La definición del carácter de conducta humana desde la tipicidad no es ajena a consideraciones normativas y pareciera tomar un concepto que integra valoraciones jurídico-penales e impide distinguir el objeto valorado de la valoración. Advierto semejante confusión entre objeto y juicio también en el Capítulo III final, con la delimitación de la posesión como “conducta jurídico-penal”, al definirla por el “control” del objeto que termina identificándose con la noción de “custodia”, eminentemente valorativa.

5. Es importante anotar que el análisis valorativo no supone una equiparación entre carácter y sentido. El autor apoya la distinción de juicios con el aporte angloamericano de la separación entre *act requirement* y *actus reus* y principalmente con la definición del principio del hecho no en clave naturalista, sino desde la mirada del Derecho penal, el objeto que interesa regular. Esta pregunta mantiene el objeto valorado, pero anota que este hecho interesa como *acto* de un agente sobre la base de la autonomía de las personas, con atención tanto a la voluntad externa como al daño social por la injerencia en esferas ajenas. Reconoce que no es una noción meramente descriptiva y se preocupa de aclarar que esto no elimina el sustrato, simplemente se trata de uno dotado de significado. Semejante idea me recordó la división kantiana entre cosa o realidad en sí y fenómeno o realidad conocida, que pasa el filtro del conocimiento humano. Aquí destaca el rol restrictivo del principio del hecho que Cox reconoce depende de consideraciones político criminales. Su delimitación de este principio centrada en fenómenos humanos con agentes que ejercen un mínimo control le permite admitir la posesión como acción o conducta humana.

6. Parece algo contradictorio considerar ese control para definir al acto o conducta luego de criticar la tesis del *control requirement* de Husak por ser una tesis valorativa, al determinar el control con base en expectativas normativas. El autor hace una aclaración que parece salvar la objeción. Acepta aquel mínimo control para luego valorar el hecho con atención a la

norma. De todas formas, el análisis se complica con las clases de control. Cox señala que sólo el control sobre uno mismo es necesario para que haya conducta, mientras que el control sobre la cosa define la posesión y se analiza en la tipicidad. Entonces, según esa idea el carácter de conducta debiera tomar sólo el control sobre uno mismo y no el que se tiene sobre la cosa. Se echa en falta mayor precisión en este aspecto. Por otro lado, el control sobre la cosa que definiría la posesión no sólo interesa frente al tipo penal, sino que se determina como poder de dominación sobre el objeto que el sujeto tiene bajo su custodia. Esta idea de *custodia*, que mantendrá en su reconstrucción de la definición de posesión en el Capítulo III, tiene un carácter normativo que el autor no puede dejar de reconocer. Puede salvarse aún esta valoración de la posesión en su noción de custodia como ámbito en el que se reconoce (socialmente) una “relación de dominación fáctica” de un sujeto con la cosa que en él se encuentra, en cuanto “hecho institucional”. Toma como presupuesto la distinción entre hechos puros y hechos institucionales en la precisión final del concepto de posesión, que mantiene la base fenomenológica desde valoraciones sociales. Distinto es el sentido concreto de la posesión como específica modalidad de conducta, que depende de la estructura normativa.

7. Su propuesta resulta particularmente provocativa en este punto, desde que normalmente se rechaza la forma activa. Resulta muy interesante la crítica a la tesis de otro de los discípulos de Silva Sánchez, Nuria Pastor Muñoz, que rechaza la comisión activa y acoge la forma de comisión por omisión. Antes de sus observaciones explica que el texto de Pastor no se dirige al estudio de la posesión como conducta, sino a problemas de legitimación. Con esa advertencia considera que su tesis de comisión por omisión al incumplir el mandato de finalizar la posesión omite la distinción de las omisiones puras. La objeción se hace desde fundamentos y estructuras diversas. Las formas comisivas infringen prohibiciones de injerencia en esferas ajenas derivadas del principio de autonomía individual y no mandatos de injerencia basados en deberes de solidaridad como las omisiones puras. La principal crítica es la falta de atención a lo que el poseedor está haciendo mientras posee, es decir, mientras mantiene un objeto bajo su control. Compara ese solo deber de no deshacerse del objeto con propuestas angloamericanas que conciben la posesión como un estado de cosas que no configura conducta alguna. La tesis de Cox rescata el sentido de mantener un objeto bajo custodia como actividad a partir de la prohibición general de poseer de la norma de conducta, que viene del deber negativo originario de no dañar, con independencia de que los deberes secundarios sean negativos o positivos.

8. La prohibición de poseer es elemental para fundar su tesis, pero también lo es para sostener la distinción entre carácter y sentido como presupuesto. Su noción base del carácter de la posesión como actividad bajo la idea de control no es muy distinta de su sentido, el mantener el control del objeto, sin la norma prohibitiva. De hecho, el autor admite que la definición de “actividad” desde la lógica de la acción no resuelve su condición para la teoría del delito. Completa adecuadamente el sentido atributivo con la infracción de la prohibición general de poseer, que comienza con un *suceso* (la adquisición de la posesión) y continúa con un *proceso* (tenencia). Sin embargo, el reconocimiento de la posesión en supuestos donde los sujetos hubieren adquirido legítimamente la cosa y sólo

su conservación se vuelva ilegítima lo lleva a incluir la obligación de devolver la cosa, aceptando formas activas y omisivas. El acoger el mandato de poner fin a la posesión no se distingue demasiado de la teoría de Pastor que objeta, sobre todo cuando señala que en la posesión es primordial no el suceso de adquirirla sino el proceso de mantener el control de la cosa. El mandato de devolverla se vuelve fundamental y, con ello, pierde relevancia su propuesta central, aunque trate ese mandato como “deber secundario”. Su tesis podría haberse reforzado con atención a la prohibición de mantener el objeto bajo custodia, con independencia de que haya adquirido ilegítimamente la tenencia o la adquisición se haya tornado ilegítima, donde la obligación de terminar la posesión es irrelevante (frente a la prohibición de poseer). En cualquier caso, el texto que se presenta junto con desarrollar una tesis innovadora, se ocupa de un problema básico y primario a toda discusión sobre efectos y consideraciones políticas, la pregunta por el ser. La desatención de la noción de posesión puede ser producto precisamente de su evidencia, que resulta ciega a los ojos del observador común.

9. Además de *develar* un problema esencial, la obra sabe guiar al lector con un análisis preciso y profundo, de fuerte fondo filosófico destacable desde la declaración del carácter *contingente* del examen normativo que impide *fixar* definiciones. La guía no se limita a sentar las bases para la dogmática de los delitos de posesión. Cox excede su propósito al *reconstruir* la noción de posesión y enfrentarla a estructuras de *iter criminis* y de autoría y participación, cuyas consecuencias urgen la lectura del texto antes que cualquier otro sobre problemas político-criminales y de legitimidad.

**Recensión a Alejandro GUZMÁN BRITO, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Ed. Thomson Reuter, Santiago, 2014 (235 páginas)**

**María Soledad Krause Muñoz**  
Universidad Católica de Chile

En la monografía de la que se da noticia, Alejandro Guzmán Brito continúa con el examen de las reglas de interpretación a las que ha dedicado particular atención, centrandó el análisis ahora en el derecho administrativo. Guzmán Brito es un destacado romanista chileno, profesor de las cátedras de derecho romano y de historia de derecho de las Universidades Católica de Valparaíso y de Chile, que ha desarrollado una extensa carrera investigadora con la que ha contribuido en el análisis, desde una perspectiva histórica y comparada, de un conjunto de instituciones jurídicas.

El trabajo que presenta ahora resulta de gran interés, por cuanto hace posible apreciar de manera cabal el conjunto de mecanismos utilizados por el ordenamiento jurídico con el objeto de salvar, en materia administrativa sancionadora, la deficiente vigencia del principio de taxatividad.

Doctrina y jurisprudencia mayoritarias están de acuerdo en señalar que el derecho administrativo sancionador es una manifestación más del *ius puniendi* estatal, razón por la cual debe sujetarse a los principios y reglas penales *con matices*. La mencionada conclusión, no obstante, plantea un conjunto de dificultades al momento de ser aplicada, particularmente en lo que dice relación con el mandato de determinación. Aludiendo a una necesidad práctica de eficiencia, se admite que las infracciones administrativas sean descritas de una manera considerablemente más abierta e indeterminada que las penales; sin que pueda apreciarse en muchas de ellas el núcleo de lo prohibido.

Si se atendiera únicamente a la mencionada cuestión, debiera concluirse que en materia administrativa sancionadora no se satisface la mínima determinación exigible a los tipos infraccionales, y que los mismos infringen la función de garantía que les corresponde satisfacer.

Esa afirmación, no obstante, puede resultar apresurada si se tiene en cuenta que el derecho administrativo sancionador dispone de otras técnicas que sirven para ofrecer mayor determinación a lo prohibido. Ellas derivan, en gran parte, de los caracteres propios de la interpretación administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte la relevancia de adentrarse en un tema de derecho administrativo (o de la teoría general del derecho), con el objeto de comprender el fenómeno y evaluar su pertinencia como instrumento de garantía del ciudadano.

En su monografía acerca de la interpretación administrativa, Alejandro Guzmán Brito analiza un fenómeno creciente en el derecho chileno, y que viene dado por la entrega de potestades de interpretación a los órganos administrativos. Con ello pretende llenar el vacío a que ha llevado la proliferación inorgánica de leyes especiales que las han entregado a diversos jefes de servicio, circunstancia que ha dificultado considerablemente un examen general y sistemático.

El libro se desarrolla básicamente en dos partes. La primera de ellas, en la que se examinan los casos de potestades interpretativas conferidas en la legislación chilena a las autoridades administrativas y la segunda, en que se efectúa un esfuerzo sistemático por la vía de la construcción inductiva de criterios generales. De ahí que los resultados obtenidos con ese análisis, aunque surgidos en base a las peculiaridades del derecho interno chileno, puedan ser de relevancia y utilidad también en ordenamientos jurídicos comparados.

En el capítulo 1, el autor aborda el concepto de interpretación administrativa, dando cuenta de que, por mucho que nos encontremos frente a un fenómeno creciente en la legislación chilena, es perfectamente replicable a todo ordenamiento jurídico, en la medida en que toda labor de aplicación de las normas por parte de la autoridad administrativa comporta su interpretación. Asimismo, desarrolla allí uno de los caracteres fundamentales de la mencionada interpretación que la diferencia de la potestad consultiva de algunos órganos administrativos: su obligatoriedad. En los capítulos 2 y 3, analiza los dos primeros casos en que el legislador chileno confirió potestades interpretativas a órganos administrativos, una

con amplio alcance (Contraloría General de la República), y otra en el ámbito tributario (Director General del Servicio de Impuestos Internos y Directores Regionales). En el 4, da cuenta de los crecientes ámbitos en que leyes especiales las han entregado a otros órganos administrativos.

En el capítulo 5 da inicio a un análisis sistemático, abordando la cuestión referida a cuál es el fundamento de la mencionada institución. Allí concluye que si bien en la mayor parte de los casos es la ley la que confiere la facultad de interpretar, lo cierto es que, incluso en ausencia de la misma, todo órgano administrativo se encuentra facultado para efectuar esa interpretación, toda vez que “los servicios de la Administración del Estado (o, si se quiere: sus funcionarios) no podrían ni aplicar las leyes cuya aplicación les ha sido encomendada ni supervigilar la aplicación que de las mismas hagan otros, si no las interpretaran” (p. 59). De este modo, concluye que para efectuar esa labor interpretativa los funcionarios de los servicios de la Administración del Estado no requieren de una autorización legal expresa, bastando con que de manera general se les encomiende la aplicación de ciertas leyes o la supervigilancia de su aplicación, lo que lleva al reconocimiento de “una suerte de facultad difusa de interpretación en todo el funcionariado de los servicios públicos” (p. 60).

En el capítulo 6, aborda cuáles son los titulares específicos de algunas de las potestades interpretativas en el derecho administrativo chileno.

En el capítulo 7 formula, a partir de los análisis peculiares que allí emprende, una conclusión general que resulta del mayor interés: el ámbito material sobre el cual se ejerce la potestad de interpretación de la administración no es amplia o abierta, como la que realiza la ley o el juez, sino que “alcanza únicamente a las normas cuya aplicación le ha sido encomendada al servicio que rige, o cuya aplicación por otros servicios o entidades le corresponde vigilar” (p. 87); y que la ley en cada caso, determina.

En el capítulo 8 analiza cuáles son las normas que pueden ser objeto de interpretación administrativa, postulando que el criterio que ha de tenerse en cuenta es uno de naturaleza material; de ahí que éstas pueden ser de muy diverso rango, y alcanzar incluso a la Constitución.

En el capítulo 9, examina quiénes conformarían el universo de personas para quienes es obligatoria la interpretación administrativa, reconociendo que lo son aquellos subordinados de aquél que efectúa la interpretación, en razón del principio de jerarquía, así como las personas y entes fiscalizados por dicho servicio. Por el contrario, que no se encuentran sujetos a ella los particulares usuarios de un servicio público, los entes y sujetos que no están sometidos a la fiscalización de ese organismo, los tribunales y el legislador.

En el capítulo 10 se refiere a las contiendas de competencia que podrían suscitarse con motivo del ejercicio de potestades administrativas de interpretación; análisis que completa en el capítulo 16 cuando se pregunta acerca de la solución en caso de potencial concurrencia de interpretaciones administrativas de diversos órganos en relación con una misma norma.

En el capítulo 11 aborda cuál es el lugar sistemático de la interpretación administrativa, y de qué manera la misma entra en relación con las clases tradicionales de interpretación: legal, judicial, y doctrinaria. En este apartado argumenta que la interpretación administrativa es, al igual que la judicial, de alcance particular; y del mismo modo que la legal y judicial, tiene un carácter obligatorio.

En el capítulo 12 sostiene que la naturaleza del acto interpretativo emanado de un jefe servicio es el de un acto administrativo, lo que determina que el mismo deba sujetarse a todas las reglas que los regulan, incluidas las referidas a su impugnabilidad.

En el capítulo 13 se pregunta acerca de si la interpretación administrativa puede ser ejercida en abstracto, esto es, sin que se requiera como condición previa la presencia de un caso problemático, concluyendo que no existen razones jurídicas ni legales para sustentar una restricción en ella. De este modo, estima que los órganos administrativos podrían ejercer esta potestad interpretativa de *motu proprio* cuando constaten la existencia de una obscuridad, ambigüedad o insuficiencia en las normas que aplican directamente o que supervigilan.

En el capítulo 14 analiza cuáles son las reglas de hermenéutica a las que debe sujetarse la interpretación administrativa, concluyendo que son idénticas a las que deben regir en las demás ramas del derecho, y que señala con pretensión universal el título preliminar del Código Civil.

En el capítulo 15 analiza el problema referido a si la interpretación administrativa se entiende incorporada a la norma interpretada. En relación con lo anterior, sostiene que el efecto *ad praeterita* solo es propio de la interpretación que realiza el legislador, de ahí que la administrativa únicamente tiene valor a partir de su entrada en vigencia, salvo que con ella se beneficie al administrado y no se ocasione perjuicios a terceros.

En el capítulo 17 se plantea la pregunta acerca de si dada una interpretación administrativa ella puede ser modificada por una posterior. Para solucionar esta cuestión, distingue dos hipótesis. La primera de ellas, si la modificación en la interpretación pretende afectar un acto ya librado, supuesto en el cual estima que deben aplicarse las reglas generales que rigen la revocación de los actos administrativos, de manera que será posible en la medida en que no afecte derechos adquiridos de buena fe por el administrado. En lo que dice relación con modificaciones de interpretaciones emitidas precedentemente y que no se refieren a un caso concreto, postula que ello no sería posible si no existen razones válidas que autoricen el cambio de criterio, teniendo en consideración las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de prohibición de toda discriminación arbitraria. En ese sentido, argumenta que “esto significa que la interpretación emitida alcanza el rango de precedente vinculante para el futuro en orden a que la norma se seguirá aplicando conforme con el sentido previamente atribuido a ella” (p. 168), estimando que “la regla llamada de la ‘confianza legítima’ también impone un límite al poder de modificar o cambiar un acto interpretativo de autoridad competente, en la medida en que el cambio

afecte la confianza que los ciudadanos habían depositado en que el criterio primeramente establecido habría de mantenerse en el futuro” (p. 169).

En los capítulos 18 y 19, el autor aborda la cuestión referida a la impugnación de la interpretación administrativa, teniendo en cuenta que, como todo acto administrativo, queda sujeta tanto a control administrativo como jurisdiccional.

La obra termina con tres anexos en los que se contienen diversas normas en que se confieren potestades de interpretación a órganos administrativos, así como dos ejemplos relevantes de dicha institución.

La monografía de Guzmán Brito tiene el mérito de emprender un examen sistemático de una potestad que, en general, no ha sido analizada en relación con los órganos administrativos, sobre todo cuando no les ha sido formalmente conferida por el legislador. La constatación de que toda labor de aplicación de reglas conlleva interpretación, abre un extenso campo de aplicabilidad a las reflexiones y soluciones postuladas por la obra. La misma pone en evidencia, asimismo, algunos caracteres peculiares de la interpretación administrativa: su limitada extensión material, su carácter obligatorio para los sujetos que actúan en un determinado ámbito de actividad, su alcance concreto aunque sujeto a una pretensión de universalidad que queda amparada, respecto de todo administrado, por la *confianza legítima*.

Me parece que los caracteres antes mencionados, y que son expuestos con gran claridad por el autor, son aquellos a los que ha acudido el sistema jurídico con el objeto de compensar, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la mayor flexibilidad con que se acepta la vigencia del mandato de determinación. En efecto, la taxatividad que deriva de conminaciones precisas (que exigiría su aplicación estricta) es sustituida, en el derecho administrativo sancionador, por conceptos amplios y remisiones abiertas e indeterminadas, que son completadas y concretadas en un nivel inferior con la interpretación que efectúa el órgano administrativo. La relación especial de sujeción entre administrado y órgano público, la obligatoriedad de esa interpretación para el primero, así como la expectativa que la misma genera para su actuación futura derivada de la *confianza legítima*, aseguran el conocimiento y capacidad de motivación de las reglas así completadas. De este modo, la función garantista de la determinación es ofrecida en dicho ámbito de actividad en un nivel inferior, por la vía de la actuación del órgano que aplica las reglas.

De este modo, la obra sobre la que se da noticia, ofrece el andamiaje conceptual necesario para comprender de qué manera la interpretación administrativa puede servir como uno de los mecanismos de integración de los tipos infraccionales, que hace posible que ellos estén dotados, de un modo equivalente aunque en un nivel distinto, de la mínima certeza exigible.

**Recensión a Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ, *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, Bosch Editor, Barcelona, 2012 (237 páginas)**

**Elena Íñigo Corroza**  
Universidad de Navarra

La obra de Martos Núñez tiene como objeto el análisis de los delitos cualificados por el resultado, en concreto de su legalidad, y más en general de la responsabilidad objetiva por el resultado. El libro está estructurado como un estudio continuado, casi como un ensayo. Está dividido en tres apartados. El primero sobre el tratamiento que la ciencia y legislación alemana han dado a los delitos cualificados por el resultado (por cierto, en ocasiones el autor utiliza la expresión delitos “cualificados” por el resultado, según entiendo, de manera equivalente). El segundo, mucho más extenso que el primero, sobre esta figura en el Derecho penal español, y el tercero, en el que se exponen las consideraciones críticas y la toma de posición del autor. Aunque en el índice y al comienzo de cada apartado no se habla de capítulos, sí en los subtítulos de cada parte, lo cual resulta confuso en el momento de citarlos.

Aunque el título hace referencia únicamente a esta figura en el Derecho penal español, comienza con un análisis histórico de los delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal alemán. En este primer capítulo, expone algunos de los supuestos que han sido regulados por el legislador alemán, dejando claro que el § 18 del StGB consagra el principio de culpabilidad para estos delitos al exigir que la pena especialmente grave que se asocia al resultado del hecho sólo puede imponerse a su autor cuando éste le sea atribuible, al menos, por imprudencia. Aclara que el legislador exige en los delitos que concurra imprudencia temeraria (*Leichtfertigkeit*) como forma cualificada de imprudencia (p. 22).

El autor repasa las posiciones doctrinales sobre estos delitos de autores que considera fundamentales en la literatura alemana como Jescheck (pp. 24-26) o Maurach/Zipf (pp. 26 y ss). En el análisis de estos supuestos, Martos Núñez recurre con frecuencia a los ejemplos, permitiendo así una evaluación diferente según las variantes de los hechos. En varios momentos hace hincapié en la importancia que ha tenido, en concreto, para resolver algunos supuestos de delitos cualificados por el resultado, el abandono de conceptos más naturalísticos, como la causalidad, y su sustitución por otros más normativos como la imputación objetiva. Así, el BGH en algunas sentencias ha podido excluir la imputación objetiva cuando el resultado producido excede el ámbito de protección de la norma infringida. De manera más detallada explora y analiza la posición de Jakobs sobre estos delitos partiendo de su concepto funcional de culpabilidad, que fundamenta en la estabilización de la confianza en el orden, destruida por el comportamiento del delito. Para dicho autor, según lo entiende Martos Núñez, corresponde la responsabilidad por el resultado a la persona a la que se le puede imputar, que no es lo mismo que quien lo ha causado, porque lo importante no es la causación del resultado, sino la vulneración de la norma (p. 38).

Termina este primer apartado de su obra con un análisis del actual § 227 StGB: lesiones con resultado de muerte, que entiende como el ejemplo principal de delito cualificado por el resultado. La clave de este delito es que estructuralmente tiene un delito doloso base (las lesiones) y un resultado ulterior (muerte) por lo menos imprudente (en virtud del § 18 StGB, porque antes de este parágrafo, hasta 1953, bastaba con la mera relación causal para que se pudiera imputar), pero los marcos penales no respetan las reglas de los concursos, sino que supone un marco penal más grave. De ahí que Dornseifer sostenga que se trata de un *delictum sui generis* que penaliza acciones que entrañan especial peligro para la vida humana (p. 43). Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han ido más allá de la mera existencia de una consecución dolo/imprudencia, ya que han tratado de establecer la necesidad de una relación directa entre el delito básico y la consecuencia más grave. Cómo ha de ser esa relación es lo que está todavía por determinar. Así, el BGH entiende que la muerte tiene que derivar directamente de la lesión, tiene que ser producto del peligro producido por la conducta de lesión, «[l]o que importa es **el riesgo de la consecuencia (más grave) contenido en el “resultado” del tipo básico**» (negrita y comillas en el original. No queda clara si la frase es suya o es una cita literal de la obra de Hirsch referenciada en la nota 36, algo que, por otro lado, ocurre en algunos lugares más de la obra).

Aunque este primer capítulo permite situar perfectamente la posición de la doctrina alemana, se echa en falta bibliografía más reciente, puesto que la mayor parte de las obras que se recogen son de los años 90, algo que también ocurre con las obras españolas. Por otro lado, se presentan como novedosas algunas posiciones que puede decirse están ya plenamente consolidadas, como la adopción de la teoría de la imputación objetiva. En cualquier caso, es cierto que queda clara la teoría del injusto adicional que va a ser fundamental para entender su posición personal en cuanto a los delitos cualificados por el resultado.

El capítulo segundo, en el que se centra ya en el Derecho penal español, está a su vez dividido en dos apartados. El apartado 1 en el que se exponen y analizan los antecedentes histórico-legislativos y el apartado 2 donde se entra en detalle en algunos ejemplos de delitos cualificados por el resultado.

El autor comienza con los antecedentes históricos legislativos de los delitos cualificados por el resultado. En resumen podría decirse que diferencia el periodo anterior a la reforma de 1983, con un código penal de clara inspiración “versarista” (p. 65) en la que la relación de causalidad bastaba para que el autor del primer delito respondiera del resultado ulterior. La reforma de 1983, con la introducción del párrafo 2 al art. 1, en el que se establecía que toda pena presupone dolo y culpa, marca el punto de inflexión. Sin embargo, y este supone el punto de partida del análisis del autor, aunque parece que esto acaba con los delitos cualificados por el resultado desde el punto de vista de su estructura, la sanción que se establece para estos delitos infringe el principio de proporcionalidad, puesto que pareciera que la sanción no tiene en cuenta el desvalor de la conducta, sino del resultado.

El autor diferencia entre los delitos cualificados por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave. En los primeros, el resultado más grave deberá ser

fruto de imprudencia, y la pena será mayor en razón de un mayor contenido del injusto y/o en las exigencias de prevención general. En las segundas, el resultado más grave sólo tendrá pleno significado en los casos de dolo respecto a éste, en los que la reacción penal quedará justificada: por lo tanto, no hay en estas figuras un sentido agravatorio superior al de la medida de la culpabilidad (p. 77).

En el apartado 1.4, Martos Núñez analiza la estructura del tipo cualificado por el resultado. Supone la existencia de un delito base que se cualifica si, en conexión con esta conducta típica, se causa un resultado más grave (p. 83). Acción y resultado deben estar unidos por un nexo objetivo: el resultado debe ser la materialización del riesgo que la conducta base crea dentro del fin de protección de la norma. Esto es, debe darse una relación de imputación objetiva. En cuanto a la subjetiva, en estos delitos se exige que el delito base sea doloso y en cuanto al resultado más grave posterior, la jurisprudencia entiende que debería ser doloso (eventual); en cambio, la doctrina dominante española, sostiene que la combinación podría ser dolo/imprudencia.

En el apartado segundo, Martos Núñez entra a fondo en los delitos cualificados por el resultado en Derecho penal español, partiendo de su tesis, ya manifestada al principio de su obra, de que, aunque se dice que el Código penal de 1995 había suprimido los delitos cualificados por el resultado, dejando paso a las reglas generales del concurso, existen en el Código algunos ejemplos de tipos cualificados por el resultado (como el art. 572.2 1º CP). Distingue el autor los casos de delitos cualificados por el resultado del fenómeno de la preterintencionalidad (aptdo. 2.1) entrando a describir algunos casos que podrían verse como supuestos de delitos cualificados por el resultado, como el de las lesiones cualificadas por el resultado (aptdo. 2.2), el atentado terrorista contra las personas con resultado de muerte, lesiones, secuestro, detención ilegal, amenazas o coacciones (aptdo. 2.3), violación de secretos con grave daño para la causa pública o para un tercero (aptdo. 2.4) o el uso indebido de secreto o de información privilegiada, con grave daño para la causa pública o para un tercero (aptdo. 2.5).

En el capítulo tercero de su monografía, el autor entra en consideraciones críticas y su toma de posición. Se plantea la legitimidad de los delitos cualificados por el resultado porque, como ya ha dejado claro desde el principio, en teoría fueron eliminados en el CP de 1995, pero aún permanecen algunos supuestos. Su opinión es que, en abstracto, la figura puede tener legitimidad; que no son contrarios, como en cambio se ha sostenido por parte de la doctrina, al principio de culpabilidad (es más: que su fundamento es el principio de culpabilidad), pero para que lo sean es necesario que contengan un injusto adicional en el delito base. La razón de la cualificación no sería la existencia de un resultado ulterior más grave (responsabilidad objetiva), sino la existencia ya en la conducta inicial de un deber especial del autor lo que lleva consigo un incremento de pena con respecto a la solución de concurso ideal de delitos. En realidad, lo que hace Martos Núñez, a mi modo de ver muy acertadamente, es dar contenido a las razones jurídicas de agravación de estas figuras. Eso le lleva a afirmar que no todos los supuestos de delitos cualificados por el resultado que, *de facto*, se recogen en el Código respetan el principio de legalidad, porque algunos de ellos no contienen el injusto adicional, o no respetan el principio de proporcionalidad.

Su punto de partida dogmático, en la línea de la doctrina mayoritaria, es entender que dolo e imprudencia pertenecen a la parte subjetiva del injusto típico, y por tanto que constituyen grados diversos, más y menos grave, respectivamente, del desvalor subjetivo de la acción (p. 157). No está de acuerdo, por tanto, en que la exigencia de dolo o imprudencia sea parte del principio de culpabilidad, sino del denominado por el autor “principio de responsabilidad subjetiva”, por contraposición a la objetiva (p. 157). Entiende que los arts. 5, 10 y 14.1 del CP suponen la plasmación de este principio al exigir la comisión dolosa o imprudente de los hechos y dar relevancia al error. De este modo, queda excluida la causación fortuita de resultados lesivos o la responsabilidad por el resultado. La existencia de una mera relación causal entre conducta y resultado no puede, obviamente, dar lugar a responsabilidad penal.

Otra de las ideas que propugna es la distinción entre el principio de culpabilidad con el de responsabilidad subjetiva. El primero, más amplio, tendría un doble contenido: por un lado, la culpabilidad del sujeto entendida como imputabilidad, conocimiento de la prohibición, exigencia individual y ausencia de causas de exculpación; y, por otro, la exigencia de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia).

Entiende que algunos delitos expresamente recogidos en el código y que aparentemente son delitos cualificados por el resultado combinan la fórmula dolo e imprudencia. Son aquellos casos de conductas dolosas que llevan consigo consecuencias más graves abarcadas por imprudencia. Su análisis de los delitos cualificados por el resultado se fundamenta en la doctrina alemana del injusto adicional, esto es, que la producción del resultado ulterior más grave sea, al menos, imprudente y que tenga conexión con el delito doloso base. De ahí deriva que la mayor gravedad de este clase de conductas se fundamenta o bien, en una transformación del tipo de injusto doloso base, cuando se produzca el resultado ulterior de manera imprudente o en una imprudencia derivada del incumplimiento de un deber especial (p. 163). Martos Núñez considera que la especial gravedad del delito cualificado debe entenderse por su conexión con el delito doloso base, al contener este también el riesgo del resultado ulterior. Este mayor peligro (doble peligro –diría yo) que contiene la conducta inicial, fundamentaría el especial deber del autor para evitar el resultado ulterior.

La clave para entender su solución es que el delito cualificado por el resultado es más grave porque infringe un especial deber del autor, ya que su conducta inicial despliega no sólo el riesgo del delito doloso base, sino también del resultado ulterior (normalmente abarcado con imprudencia) y esta infracción no quedaría abarcada en la mera causación imprudente del resultado más grave, ni tampoco con la estimación de un concurso ideal entre un delito doloso (el base) y uno imprudente (por el del resultado más grave). De este modo, los delitos cualificados por el resultado serían supuestos específicos de un concurso ideal tipificado de manera expresa y cualificado. Por eso, la pena debe ser superior a la del concurso de delitos (entre el delito base doloso y el ulterior imprudente), pero no tanto como para sancionar el ulterior como doloso. De su modo de dotar de contenido a los delitos cualificados por el resultado se deriva que no todos los supuestos que el legislador recoge como tal respetan el principio de culpabilidad, o bien porque no hay en ellos injusto

adicional (p. 164), o bien porque infringen el principio de proporcionalidad (pp. 165-166). Y su propuesta es que la figura en abstracto es aceptable siempre que exista el injusto adicional y el legislador ajuste las penas. Por supuesto, señala el autor que además, como en cualquier delito, el resultado posterior deberá ser previsible subjetivamente por el sujeto.

Por tanto, entiende que la figura de los delitos cualificados por el resultado supone una regulación excepcional para bienes jurídicos fundamentales, como la vida humana y la integridad física y psíquica frente a ataques graves e intolerables o algunos bienes jurídicos como la causa pública. Suponen una protección reforzada (p. 193) de los derechos humanos, más allá de la que supondría aplicar la regla general del concurso de delitos. Este autor distingue entre otros supuestos en los que o bien no hay injusto adicional en la combinación dolo/imprudencia, o bien la combinación es otra, en cuyo caso se resolverán en sede de imputación objetiva. En definitiva, y según las propias palabras del autor, en los delitos cualificados por el resultado “la culpabilidad se basa en una justificación social de la penal y, por consiguiente, en la capacidad de conducción del autor” (p. 194). En principio la solución de Martos Núñez permite dar legitimidad a la figura de los delitos cualificados por el resultado en abstracto, al entenderla no como un reducto versarista aún vigente, sino como un modo especial de técnica legislativa. El problema que según entiendo se puede plantear no es distinto al que se da cuando se proponen modelos excepcionales de regulación en atención a la importancia del bien jurídico, la gravedad de la conducta... Y el problema reside entonces en que lo excepcional pase a ser lo ordinario y se abuse de dicha técnica. Se agradece al autor que plantee una interpretación de los tipos acorde al principio de legalidad, por ser adecuado al de culpabilidad; pero se echa en falta que no entre más al fondo de la otra posibilidad que plantea: la supresión de esta categoría del Código penal.

En definitiva, creo que la obra de Martos Núñez recoge el estado de la cuestión de la figura de los delitos cualificados por el resultado, tanto en la doctrina y jurisprudencia penal española, como en la alemana. En este sentido ilustra sobre las distintas posiciones acerca de esta categoría dogmática de manera muy clara y en algunas ocasiones crítica. En su toma de postura hay un esfuerzo, y creo que consigue su objetivo de dotar de fundamento a la categoría de los delitos cualificados por el resultado. Aporta criterios para determinar si esta figura contiene un plus respecto a la mera realización subsiguiente de dos hechos delictivos combinados en el binomio dolo e imprudencia.

Hay que agradecer al autor que ponga sobre la mesa de debate cuestiones dogmáticas con enorme trascendencia práctica. La lectura de obras como esta obliga al lector a replantearse algunos aspectos de la teoría jurídica del delito. Volver a entrar en las categorías y estructuras básicas de la dogmática penal para, con la perspectiva que el autor aporta, volver a pensar sobre ellas.

**Recensión a Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 (510 páginas)**

**Marcelo D. Lerman\***

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Universidad de Buenos Aires

### **1. Introducción**

Para iniciar la descripción de esta obra de Michael Pawlik<sup>1</sup>, y que pueda advertirse la magnitud del trabajo realizado, debe decirse que el autor cuestiona en su libro dualismos tan arraigados en la concepción habitual de la teoría del delito como los de ilícito/culpabilidad, tipo/justificación, delitos de omisión/delitos de comisión, dolo/imprudencia, y error de tipo/error de prohibición. Para cada uno de estos pares de conceptos Pawlik encuentra fundamentos unitarios, que dan nacimiento a una nueva estructura de la teoría de la imputación. Esta última, justamente, tiene en su centro un concepto unitario de delito. Esa gran tarea es emprendida mediante sólidos fundamentos filosóficos y con gran sistematicidad<sup>2</sup>.

### **2. La teoría de la pena y el rol del derecho penal**

La base del sistema está dada por una teoría de la pena propia. En el primer capítulo del libro (que tiene tres en total<sup>3</sup>) Pawlik postula una teoría de la pena retributiva, de raíz hegeliana y con fuerte referencia a las posturas de Hugo Hälschner, en la cual la retribución no puede ser vista como la mera sucesión irracional de dos males. Un resumen muy esquemático de su posición podría ser el siguiente: el Estado debe garantizar un estado de libertad para los individuos de modo duradero. Ellos deben tener la posibilidad de guiar su vida a su manera. Es esa posibilidad de determinación lo que para el autor hace que esos individuos puedan ser concebidos como “sujetos”.

En la concepción de Pawlik es tarea del derecho penal el permitir que los individuos tengan la posibilidad de ser guías de su propia existencia<sup>4</sup>. Pero el autor parte de la premisa de que no es posible que el Estado realice la tarea de garantizar la libertad real sólo a través de acciones directas de sus poderes institucionales. Si se dependiera sólo de los actos estatales directos, la tarea del derecho penal fracasaría.

---

\* El presente trabajo forma parte de una investigación llevada a cabo gracias al financiamiento brindado por una beca de la fundación Alexander von Humboldt en el marco del programa Georg Forster. Marcelo D. Lerman es doctor por la Universidad de Buenos Aires y Magister Legum por la Universität Regensburg.

<sup>1</sup> El Prof. Dr. Dr h.c. Michael Pawlik, LL. M. (Cantab.) es actualmente profesor de derecho penal y filosofía del derecho en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Previamente fue profesor en las universidades de Regensburg y Rostock.

<sup>2</sup> Basta revisar las citas del libro para advertir que la obra considera a los filósofos clásicos, a los padres de la teoría general del delito, y a la totalidad de textos relevantes de la materia en el presente.

<sup>3</sup> Pawlik aclara que esa separación en capítulos fue realizada meramente por motivos de organización y que no es una división necesaria.

<sup>4</sup> Obviamente con un estricto deber de reciprocidad respecto de los demás, esto es, de permitir que los demás también lo puedan hacer.

Por ello, los individuos, entendidos como “ciudadanos”, esto es en su rol de representantes de la comunidad jurídica (p. 107) tienen un deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) con la comunidad jurídica a la que pertenecen. Y la comisión de un delito supone una violación a ese deber de cooperación con la comunidad jurídica que tiene por fin posibilitar la libertad real de los individuos<sup>5</sup>. Así, el delito es comprendido como un ilícito contra la comunidad jurídica como un todo y, en razón de ello, tras su comisión, surge para el ciudadano que lo realizó -que a pesar de haber cometido un delito sigue siendo ciudadano- un deber secundario, un deber de tolerar, que también resulta ser un deber del ciudadano en pos de la libertad por el derecho. Se trata del deber de tolerar que la pena le sea impuesta para que pueda constatar que es indisoluble la relación entre el disfrute de la libertad y el deber de cooperación.

Conforme con el texto, para que pueda darse tal constatación es necesario que la pena implique coacción real (no meramente simbólica). Pues sólo así se hace ver que quien incumple el deber de cooperación renuncia a una parte de su propia libertad<sup>6</sup>. La medida de la reacción tendrá que estar necesariamente dada por el nivel de lesión al deber de cooperación<sup>7</sup>, de manera que la teoría encuentra así un parámetro para limitar la pena estatal, superándose así con un criterio retributivo la problemática característica de las teorías preventivas de la pena: su carencia de límites<sup>8</sup>.

La teoría descrita comparte con la prevención general positiva la característica de asignarle un carácter comunicativo a la pena. Sin embargo, busca superar dos críticas fuertes que se suelen dirigir contra aquella teoría.

En primer lugar, al concebirse a la pena como una retribución por la violación de un deber de cooperación propio del ciudadano, no puede decirse que el individuo sea utilizado como mero medio para emitir un mensaje a la sociedad. No es la utilidad de emitir el mensaje lo que justifica la imposición de una pena, sino el incumplimiento del deber de cooperación. El fundamento jurídico de la pena es el delito mismo (por ello se trata de una teoría retributiva), pero no sólo en su significado contra la víctima concreta, sino también por su significado para la comunidad como un todo<sup>9</sup>. Por ello, el ciudadano que cometió el delito debe pagar con el sufrimiento de la pena las necesidades de constatación de la relación entre el cumplimiento deber de cooperación y el estado de libertad.

---

<sup>5</sup> Esto es visto por Pawlik también como una falta de lealtad.

<sup>6</sup> El autor sostiene que cuanto más segura es una sociedad, en el sentido de que los delitos son actos más aislados, entonces las penas podrán ser menores (p. 117).

<sup>7</sup> Para Pawlik esa lesión es mayor en casos de reincidencia (p. 119).

<sup>8</sup> Si se quiere, puede decirse que, en el sistema de Pawlik, la disyunción entre: i) teorías retributivas en las que el delito y la pena pueden ser denunciadas como la sucesión irracional de dos males, y ii) teorías preventivas en las que se advierte que el individuo es instrumentalizado con fines sociales y en las que la pena no encuentra límites seguros, es superada mediante la formulación de una teoría *retributiva* pero en el que la pena *no es un mal sin sentido*. Ello en la medida en que la pena retribuye la lesión a un deber, pero viene a informar sobre la relación entre el cumplimiento del deber de cooperación y la vigencia del estado de libertad.

Cabe aclarar por otro lado que durante el cumplimiento de la pena, Pawlik considera que la teoría de la prevención especial, en particular en su componente resocializador, tiene de todos modos un rol (p. 119).

<sup>9</sup> Que una teoría de la pena como la descrita necesariamente deba asignarle un rol al disvalor del resultado, como lo hace el autor (p. 113) es discutible, pero este es un tema que requiere mayores consideraciones que las que pueden hacerse en este texto.

En segundo lugar, en el esquema de Pawlik no se trata de la estabilización de cualquier tipo de norma, sino sólo de aquellas que hagan a un estado de libertad. Esto es: una pena legítima no es aquella que sólo viene a reafirmar que las normas existentes deben ser cumplidas, sino la que viene a reafirmar que las normas que garantizan un estado de libertad de los ciudadanos deben ser cumplidas.

El desarrollo de la teoría de la pena es seguido de una fuerte crítica a la teoría del bien jurídico (p. 127 y ss.). La propuesta del autor es correr del centro de atención el concepto de “bien jurídico” y poner allí al de “persona de derecho” (*Rechtsperson*). Pawlik entiende que la teoría del bien jurídico tiene una fuerte afinidad con el criterio de la peligrosidad: si la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos, entonces el autor será concebido como aquel que puede ser peligroso para estos bienes. Ello es incompatible con una teoría de la pena que busque retribuir la lesión a un deber de cooperación del ciudadano, y es más bien propio de un razonamiento netamente preventivo.

Lo defectuoso de la idea de que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos es puesto en evidencia en el libro ejemplificando con el ámbito de los delitos de omisión, pues la protección óptima de bienes jurídicos estaría dada por la imposición de deberes de salvación a todo aquel que tuviera la posibilidad de salvar. Pero un pensamiento preventivo tal no puede dominar la asignación de deberes. Pues de lo contrario no existiría límite alguno para imponer deberes en busca de la “seguridad”.

En el texto se critica a la teoría del bien jurídico que, al concebir al ilícito como la afectación de bienes, no ve al delito en toda su dimensión, no lo ve como un problema de relación entre personas. Le atribuye entonces una perspectiva unidimensional, que sólo visualiza la relación entre los bienes y su titular. Lo central para Pawlik es, en cambio, prestar atención a la relación entre dos personas de derecho<sup>10</sup>.

La pregunta central para el trabajo analizado, por lo tanto, no está dada por cómo proteger (mediante el derecho penal) una serie de objetos de valor, sino en cómo definir los límites de la libertad de las personas de derecho.

### **3. La competencia del ciudadano**

En los capítulos 2 y 3 Pawlik da los fundamentos de su concepción de la teoría del delito. Para comprender el modo en que lo hace corresponde adelantar que el ilícito penalmente relevante del ciudadano es comprendido como una *conducta* contraria a sus *competencias* que resulta *imputable* (*zurechenbar –zuständigkeitswidrigen Verhalten*).

---

<sup>10</sup> Desde la perspectiva de la eliminación de los dualismos destacada al comienzo, puede decirse que Pawlik critica fuertemente una distinción entre bienes jurídicos y titulares de bienes jurídicos. No es que alguien pueda lesionar el cuerpo del que una persona es titular, sino que directamente es lesionada la persona (p. 148). También en esto hegeliano, entiende incluso la propiedad como una emanación de la personalidad (p. 150).

Sistemáticamente, lo primero que debe ser resaltado es que la fórmula: delito = ilícito + culpabilidad, deja de ser utilizada. En otros términos: no existe un ilícito inculpable relevante a los efectos de la aplicación de una pena.<sup>11</sup> Conforme con esta concepción, un inimputable no puede cometer un ilícito. Sólo es considerada como ilícita la conducta de quien pueda mostrar un desapego al deber de cooperación descrito en el ámbito de la teoría de la pena, y una persona que, en la vieja terminología, no tiene capacidad de culpabilidad, no puede hacerlo.

La segunda distinción en ser eliminada es la que la doctrina totalmente dominante ve entre las categorías de tipicidad y antijuridicidad, pues para el autor del texto ambas constituyen dos caras de una misma moneda. Las competencias del autor terminan de delimitarse al poder determinar las competencias del lesionado, que es de importancia central, como se verá enseguida, en materia de justificación. Por ello, existe un problema único donde antes se veían dos (tipo-justificación); este es: la definición de la competencia del ciudadano. En definitiva, en el sistema del *Unrecht des Bürgers* una conducta típica, pero justificada, es una conducta ajustada a la norma de comportamiento. Por lo tanto, resultaría irrelevante desde un punto de vista material que no se trate de una conducta habitualmente denominada atípica. No existiría ni una diferencia sustancial, ni se justificaría una valoración social diferenciada entre tipicidad y antijuridicidad. En todo caso, se trataría de una diferencia meramente didáctica.

Para Pawlik, entonces, un primer nivel de análisis está dado por el estudio de las reglas de competencia que hacen a las normas de comportamiento y definen cómo debe actuar el ciudadano. Ellas están determinadas por el análisis teórico de las competencias del ciudadano para garantizar la integridad de las esferas jurídicas ajenas.

Esas competencias son tematizadas de manera unificada para la omisión y la comisión. En la terminología actual eso significa que aplica la teoría de la posición de garante también a la comisión, considerándose así la distinción entre omisión y comisión como irrelevante en términos sustantivos. La teoría de la competencia así concebida está, en cambio, marcada por la distinción entre deberes negativos y deberes positivos, de manera que sigue así el camino iniciado por Jakobs. Claro que en *Das Unrecht des Bürgers* esa postura es llevada, consecuentemente, a la construcción de una única teoría de la competencia aplicable tanto a la comisión como a la omisión. No se trata entonces meramente de la importación del esquema de la posición de garante a la doctrina del delito comisivo (p. 174), a la manera de quien señala excepciones a la atribución de la obra causal del sujeto por falta de posición de garantía, sino directamente de la construcción de un sistema de imputación unificado.

Pawlik resalta que esta teoría es “funcionalista”, pero utiliza este término de un modo no equiparable al de Jakobs, ya que lo sería sólo en el sentido de que la competencia está marcada por la finalidad del derecho penal, siendo ésta para el autor el garantizar que los ciudadanos gocen de una libertad real y concreta (p. 175).

---

<sup>11</sup> Esta afirmación debe entenderse estrictamente aplicable a la cuestión de si corresponde la aplicación de una pena; no es trasladable como tal a contextos como el de los derechos de legítima defensa y estado de necesidad defensivo ni a ámbitos jurídicos diferentes al derecho penal.

Para esto se les impone a los individuos, en primer lugar, deberes negativos basados en la norma general de prohibición de afectar la esfera jurídica ajena. La contracara de la libertad de organización está dada por la responsabilidad por daños a bienes jurídicos garantizados de terceros; se trata aquí entonces de la aplicación de la máxima *Neminem laedere*.

Además del deber de evitar lesiones directas, Pawlik describe, inmediatamente luego, como deber negativo, el consistente en neutralizar posibles eventos dañosos para terceros cuando los riesgos provengan de la propia esfera de organización. Esta clase de deber se da inicialmente en los casos tradicionales de injerencia. Pero Pawlik también ve supuestos de esa clase (deberes negativos de neutralizar) en los “deberes de tráfico”,<sup>12</sup> en los cuales se tiene el deber de neutralizar en función de que el individuo organiza un ámbito riesgoso de actividades, más allá de que sean ajustadas a derecho.

En el texto son considerados también deberes negativos de neutralizar riesgos, los que surgen en casos de asunción específica (expresa o tácita), en los cuales otra persona, en función de la confianza en quien asumió, relaja las medidas a adoptar para la propia seguridad o salvamento.

Ahora bien, para garantizar un estado de libertad, no basta para Pawlik con la imposición de deberes negativos de no dañar a otros, sino que son necesarias obligaciones positivas, que suponen una contribución a estructuras sociales que son indispensables para que los individuos puedan gozar de un estado de libertad.

En primer lugar, estos deberes pesan sobre los órganos propiamente estatales, lo que en el lenguaje de Jakobs es denominado como competencia institucional en sentido restringido. Con ello se piensa, en el libro, en casos en los que las personas asumen un rol estatal por propia voluntad (ejemplo: policías). La asunción de un rol tal se diferencia de la asunción que da lugar a un deber negativo, por el hecho de que lo que se asume es una función estatal básica.

También se clasifica en el texto como deberes positivos a aquellos que surgen cuando, en virtud de una conducta previa, un individuo se obliga a combatir el desamparo de otro (ej. los padres); y el de aquellos casos en los que por medio de una promesa previa (como en el matrimonio) ciertas personas se comprometen a impedir riesgos entre sí. Este último caso Pawlik lo distingue de la asunción voluntaria por el hecho de que en el supuesto analizado aquí no se sabe de antemano quién devendrá en obligado y quién en socorrido.

Por último, y pasando a otro plano de deberes, el texto incluye entre los casos de deberes positivos aquellos que surgen cuando la persona no entra en la obligación por una decisión propia, sino por una imposición, como en el caso del servicio militar obligatorio.

Los deberes que la doctrina dominante reconduce a la solidaridad entre ciudadanos, y que hacen a la responsabilidad por el delito de omisión de auxilios (323 c StGB), Pawlik los

---

<sup>12</sup> Piénsese no sólo en el tráfico automotor, sino en la responsabilidad por el producto.

comprende como deberes cuyo surgimiento se deriva de que, en ciertos casos, los ciudadanos deben actuar como agentes estatales. Así, ante el estado de necesidad de un individuo, el Estado debe socorrerlo. Pero cuando éste no puede llegar por medio de sus órganos a salvar de manera directa, le impone al ciudadano que azarosamente tiene la posibilidad de hacerlo el deber de socorrer como representante de la generalidad. Si ese ciudadano no lo hace, incumple con el deber positivo de actuar como representante de la generalidad. El autor considera, de todos modos, que la imposición de esta clase de deberes por el mero hecho de ser ciudadano es muy restringida.

Como se señaló, para el autor en la determinación de las normas de comportamiento no hay que diferenciar entre la tipicidad y la antijuridicidad. La temática tradicionalmente relegada al estadio de la justificación, es trabajada por Pawlik en la determinación misma de la norma de comportamiento, esto es, al analizar la competencia en el evento de la persona lesionada por el autor.

Así, se considera que en los casos de consentimiento, es el propio lesionado quien arregla su ámbito de organización (siendo indiferente si lo hace lesionándose a sí mismo o si consiente válidamente el actuar de otro, p. 233). Lo mismo se sostiene respecto de la legítima defensa, que es entendida como un supuesto en el que el lesionado, con su acto previo de agresión, hace que surja el derecho en el autor de defenderse de modo ajustado a las normas de comportamiento resultando que, por lo tanto, tiene el deber de tolerar esa reacción. Esto último es descrito por Pawlik del siguiente modo: el deber negativo de neutralizar las acciones del propio ámbito de organización dañosas para otro deviene en un deber de tolerar la defensa del otro (p. 237).

El caso de estado de necesidad defensivo es visto en este esquema como un instituto más emparentado con la legítima defensa que con el estado de necesidad agresivo. En el estado de necesidad defensivo, sin existir una agresión directa del lesionado, hay una amenaza generada por su ámbito de organización que es la que hace que sea de su competencia tolerar la reacción del autor. El estado de necesidad defensivo es descrito metafóricamente como una "pequeña legítima defensa" (*kleine Notwehr*), p. 248.

El estado de necesidad agresivo, por su parte, es concebido como un caso en el que el lesionado tiene el deber soportar la injerencia que sufre en virtud de sus deberes de ciudadano. Es decir, se trata de la contracara de los deberes que dan lugar al delito de omisión de auxilios; esto es, de los deberes de colaborar con la generalidad por el mero hecho de ser ciudadanos, que en caso de una cierta necesidad puntual tienen que contribuir como representantes de la generalidad en favor del necesitado. Para Pawlik, en la medida en que el ciudadano ha aprovechado las prestaciones del Estado de libertad, tiene el deber de soportar injerencias en su esfera de derechos cuando un co-ciudadano se encuentra en estado de necesidad (por supuesto, con límites muy acotados). Se trata para el autor de una situación análoga a un contrato de seguros. Cada ciudadano puede ingresar en esferas de otras personas con límites acotados en casos de necesidad, pero tiene, al mismo tiempo, la carga de actuar como representante de la generalidad para solucionar la emergencia del otro (y, de lo contrario, es penado por omisión de auxilios).

En definitiva, las causas de justificación son reconducidas al ámbito de responsabilidad del lesionado. El autor que obra en tales supuestos no es visto como alguien que viole una norma de comportamiento, dado que ésta es definida ya en relación con la víctima de la injerencia. Si el suceso es del ámbito de competencia de la víctima, no es de competencia del autor.

#### 4. Las reglas de imputación

Como se vio, el capítulo 2 del libro está íntegramente dedicado a la determinación de cuál es el ámbito de competencia del autor que rige sus normas de comportamiento, para lo cual es fundamental saber cuáles son las competencias del lesionado. El capítulo 3, en cambio, está destinado a determinar bajo qué condiciones la violación a una norma de comportamiento puede ser imputada penalmente.

Se parte de la premisa de que una norma de comportamiento no puede indicar las condiciones bajo las cuales resulta violada y que, por ello, la discusión relativa a cuándo una conducta contraria a una norma de comportamiento resulta imputable debe efectuarse considerando reglas de imputación.

La distinción entre normas que fijan la competencia y reglas de imputación claramente debe ser diferenciada de la estratificación entre ilícito y culpabilidad. Para Pawlik, como se vio, rige un concepto unitario de ilícito<sup>13</sup>. En consecuencia, hay sólo un deber relevante desde el punto de vista penal: “¡omite comportamientos contrarios a tu competencia!” y correspondientemente una sola cuestión relevante para la imputación: lesionó el ciudadano individual ese deber de manera imputable? (*hat der einzelne Bürger diese Pflicht in zurechenbarer Weise verletzt?*). El ilícito es definido, como se dijo, como una conducta contraria a la competencia que resulta imputable (*Zurechenbar-zuständigkeitswidrig Verhalten*). Y una conducta contraria a los deberes de comportamiento derivadas de las normas de competencia sólo será imputable en caso de que la persona incumpla con la norma de comportamiento, a pesar de haber podido cumplirla si aplicaba el esfuerzo que la comunidad jurídica esperaba de él. Ese esfuerzo esperado está signado por el concepto de “carga” (*Obliegenheit*<sup>14</sup>). De lo que se trata es de determinar si el autor cumplió con las cargas que pesan sobre él de reconocer que su conducta no se ajustaba a la norma de comportamiento y, en caso de reconocerlo, de motivarse para ajustar su conducta a esas normas. Si esas cargas están cumplidas conforme con las expectativas de la generalidad, entonces una conducta no será imputable. Es de advertir que la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación no es una división fuerte, sino que, como se verá, muchas veces existe una interdependencia entre ambas categorías, pues en el sistema de Pawlik es la teoría de la responsabilidad la que determina el alcance de las cargas.

<sup>13</sup> Para Pawlik, una de las consecuencias de ello es la asunción de la hoy llamada teoría de la accesoriadad máxima. Para ello, sostiene que una “verdadera acción” es aquella que hoy denominaríamos culpable, y que la participación sólo es posible en una “verdadera acción” de otro (p. 275).

<sup>14</sup> El concepto ha sido traducido también como “incumbencia”.

Las consecuencias de esta visión se plasman principalmente en dos temas analizados en el capítulo 3.

El primero de ellos (y en esto no se sigue necesariamente el orden de exposición del libro) es el relativo a la teoría del error y, en general, a la concepción del dolo y la imprudencia.

Es conveniente empezar por el desarrollo de la teoría del error. En el esquema de Pawlik el error de tipo es considerado una sub-clase de error de prohibición (ver p. 311). Ello, en el sentido de que quien yerra en su concepción sobre los hechos no sabe que su conducta es un caso concreto de aquellos que cuadran en la regla que establece la prohibición. Pawlik aboga, en consecuencia, por una teoría unificada del error. El centro de esta teoría está dado por la ya mencionada idea de que existe una carga de evitar errores o, si se prefiere, de conocer la realidad y el derecho. Un error será considerado inevitable si el sujeto cumplió con esa carga y, por lo tanto, la conducta no será imputable (*nicht zurechenbar*).

Ahora bien, si el individuo no cumplió con esa carga se le podrá formular una imputación, con independencia de cuál fue su situación psicológica frente al suceso. La cuestión del alcance de esa carga va a estar dada también por las normas de comportamiento: cuánto se le exige a una persona que examine los hechos y las normas se define en función de su competencia. Un error evitable es, entonces, un error respecto del cual el individuo es competente (p. 329).

Respecto de la imprudencia que existe en casos de error evitable, Pawlik entiende que tanto la imprudencia por errores de tipo (imprudencia en los supuestos de hecho [*Tatumstandsfahrlässigkeit*]), como en la imprudencia por errores de prohibición (*Verbotsfahrlässigkeit*)<sup>15</sup> el fundamento debe estar unificado (p. 408 y ss.). Esto requeriría que el legislador regule en la parte especial los casos relevantes de imprudencia de prohibición (p. 414). Vale decir: podría construirse así un esquema de parte especial con un *numerus clausus* de casos en los que es punible el error de prohibición evitable.

Ahora bien, pasando a los conceptos de dolo e imprudencia, corresponde decir que la idea de la existencia de una carga de conocer si la conducta se ajusta a una prohibición hace que Pawlik considere que el modelo de imputación básico para toda clase de delitos es el de la imprudencia (p. 372): haber actuado de modo incorrecto a pesar de poder haberlo evitado si se hubiera aplicado el esfuerzo exigido. El delito doloso es visto así como un supuesto de imprudencia cualificada (p. 374)<sup>16</sup>. La dogmática del dolo es desplazada de una visión tradicional en la cual éste es considerado como el haber querido llevar adelante el delito, a una perspectiva en la que se lo ve como la falta de voluntad de haber evitado una conducta contraria a la norma a pesar de su gran peligrosidad.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Esto es, lo que habitualmente denominamos casos de error de prohibición evitable.

<sup>16</sup> El delito doloso sería así visto como una imprudencia grave que puede ser descrita como una enemistad frente al derecho (*Rechtsfeindschaft*).

<sup>17</sup> Esta concepción está anclada históricamente a partir del tratamiento del desarrollo conceptual de las nociones de *dolus indirectus* y *dolus malus*. A partir del primero, da cuenta de que lo relevante no es la representación que de hecho haya tenido el sujeto: a aquél que se representó algo que ninguna persona racional se hubiera representado se le atribuye el delito doloso. Vale decir, en términos actuales, la ceguera

En segundo lugar, la visión de Pawlik tiene consecuencias en materia de las tradicionalmente llamadas causas de inexigibilidad de otra conducta y en la norma de exceso en la legítima defensa.

El punto inicial de la argumentación está dado por la afirmación de que, además de existir la carga (*Obliegenheit*) de conocer qué es lo ajustado a derecho en una situación, también existe la carga de motivarse a ajustar la propia conducta a ello, una carga de auto-motivación (*Obliegenheit zur Selbstmotivierung*).

El cumplimiento de esa carga puede resultar particularmente complejo en función de la situación de hecho dada. Los supuestos problemáticos tratados en este contexto son los del exceso en la legítima defensa y el del llamado estado de necesidad exculpante (en la terminología del autor, estado de necesidad que excluye la imputación [*Zurechnungsausschließender Notstand*]).

Para Pawlik estos supuestos deben ser encarados desde la perspectiva de la co-responsabilidad del destinatario de la agresión en el suceso. De esa manera, el alcance de la carga de auto-motivarse para cumplir con el derecho es también aquí remitida a la teoría de la competencia (p. 353).

En el caso del exceso en la legítima defensa, lo que ocurre es que se trata de una violación a las competencias del lesionado (agresión ilegítima) lo que torna en dificultoso cumplir la carga para el autor. Por ello, se justifica una pena menor (sólo en el caso del llamado exceso intensivo, p.359).

En los casos en los que expresamente está prevista la imposibilidad de alegar el estado de necesidad exculpante (§35, párrafo 1º, 2ª. oración StGB<sup>18</sup>), lo que ocurre es que, por más que sea dificultoso cumplir con la carga de motivarse, resulta parte integrante de las competencias del autor el tener que soportar el conflicto (por haber causado la situación o en virtud de una relación jurídica que le imponga esa exigencia)<sup>19</sup>. Es por ello que no se da un supuesto en el que ceda la carga de auto-motivarse por cumplir el derecho.

Por último, respecto de la exclusión de pena en los casos corrientes de estado de necesidad exculpante, lo que busca Pawlik es un motivo por el cual se pueda afirmar una co-

---

ante los hechos (*Tatsachenblindheit*) es equivalente al dolo. A partir de la exposición del desarrollo conceptual del *dolus malus* da cuenta de que el dolo de hecho (*Tatbestandsvorsatz*) no es más una parte del conocimiento del ilícito (*Unrechtsbewußtsein*). Pero al asumir Pawlik una concepción no psicológica del dolo, el concepto tradicional de *dolus malus* es complementado con el de *ignorantia mala* (p.406); así, nuevamente: es tan grave actuar con dolo (entendido de modo clásico) como no representarse lo evidente para cualquier ser racional teniendo la carga de hacerlo, y actuar en contra de la norma de competencia.

<sup>18</sup> Esto es, cuando por haberse causado el peligro o por una relación jurídica se tiene el deber de soportar el peligro.

<sup>19</sup> Este tipo de casos es mostrado como un grupo de ejemplos que da cuenta de por qué las explicaciones del estado de necesidad exculpante basadas en el instinto de auto-conservación, o la ineficacia de la coacción penal, no son buenas explicaciones. En ese sentido, si se tuviera en miras el instinto de auto-conservación no se explicaría por qué se le aplica de todos modos pena al competente para tolerar el riesgo.

competencia del lesionado que justifique la no aplicación de pena al autor<sup>20</sup>. Pawlik sostiene que el fundamento debe buscarse en un modelo de legitimación semejante al encontrado para los supuestos de estado de necesidad justificante y su contracara: el delito de omisión de auxilios. Pero aquí la aplicación de un esquema semejante al derecho de seguros no lo encuentra Pawlik en la actuación del lesionado como representante de la comunidad jurídica, sino en la circunstancia de que en los casos del normalmente llamado estado de necesidad exculpante el reparto de roles es azaroso, y en el hecho de que con anterioridad la víctima pudo valerse de la posibilidad de agredir esferas ajenas sin penas en casos de extrema necesidad por vivir en una sociedad con esta regla. De ese modo, se considera parte de su competencia el tolerar que no se aplique pena al autor. Así, Pawlik ve que el estado de necesidad exculpante se diferencia sólo cuantitativamente de los casos de estado de necesidad justificante, por compartir ambos la misma clase de fundamento<sup>21</sup>.

Como puede advertirse, se trata de un libro que pone en cuestión muchos de los puntos más asentados de la teoría del delito dominante. Su influencia en la dogmática futura se presenta como evidente. No sólo porque con serios fundamentos se pone en crisis la mayor parte de los temas relevantes de la teoría del delito, sino también porque se abren puertas para ámbitos de discusión completamente nuevos. Para el desarrollo de la dogmática en lengua española su lectura será imprescindible.

---

<sup>20</sup> Lo que no elimina el derecho del lesionado de defenderse en forma justificada.

<sup>21</sup> El rango de casos en el que se admite una exclusión de la imputación en función de este fundamento es muy acotado.

## Reseña

### *Compliance Programs. Lecturas de obligado cumplimiento*

**Beatriz Goena Vives**

**Universidad de Navarra**

El pasado 4 de octubre de 2013 se aprobó el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (Cfr. BOE, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Serie A, Núm. 66-1, 4 de octubre de 2013). El texto transforma de tal manera el articulado que prácticamente crea un código penal distinto. Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las novedades del proyecto pueden resumirse en dos palabras: «expansión» y «evitación de la responsabilidad». La primera se plasma en el incremento de detalles sobre el régimen de responsabilidad; y la segunda se funda en la instauración de programas de cumplimiento normativo o *compliance*.

Desde 2010, los *compliance* se convirtieron en los grandes protagonistas del Derecho penal económico. Protagonismo que ahora ha pasado a ser incuestionable. En su nueva redacción (si llega a aprobarse), el código ha pretendido no solo colmar las lagunas de la LO 5/2010 relativas a los *compliance*, sino también consagrarlos como pilares de todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello justifica que ahora se haya incrementado todavía más la infinidad de estudios que desde 2010 existen sobre esta materia. Esta profusión puede suponer una dificultad para distinguir entre las publicaciones que son buen trigo y las que solo son paja. De ahí que ofrezca esta reseña que facilite la labor de crítica a quienes están interesados en el tema.

Sin descartar la posibilidad de ampliarla en el futuro, esta relación se referirá únicamente a *las monografías y obras colectivas españolas que con posterioridad a 2010 se han centrado exclusivamente en el cumplimiento normativo*. Por tanto, no se tratarán las publicaciones sobre *el tema* en artículos de revistas o en capítulos de libro dedicados a temas más amplios que el propio *compliance*. Tampoco se abordarán aquí los estudios en lengua extranjera. Solo se pretende equipar con lo básico a quienes, desde las vestes académicas o desde la toga de abogado, aspiran a sumergirse en el «universo *compliance*».

En concreto, la reseña se divide en cuatro partes: Publicaciones inmediatamente posteriores a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio (I); estudios elaborados a lo largo de los cuatro años en los que dicha ley ha estado vigente (II); publicaciones que tienen el punto de mira en el proyecto de 2013 (III) y breve conclusión (IV).

## ***I. Publicaciones inmediatamente posteriores a la LO 5/2010***

En este grupo, cabe destacar fundamentalmente una monografía (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Compliance y Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, 270 páginas) y una obra colectiva (GOÑI SEIN (dir.) *et al.*, *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, 638 páginas).

I.1. Enrique Bacigalupo comienza su monografía afirmando, ya en el prólogo, respecto a los programas de *compliance*, que «la regulación no es acertada» (p. 13). Lo cual, según atestigua el actual proyecto de reforma, es enormemente acertado –valga la redundancia. En cambio, no lo son tanto otros de los aspectos abordados por el libro. En el capítulo 1 (pp. 13-16), se contextualiza la reforma del código penal operada por la LO 5/2010 en el marco de la crisis financiera, y critica, brevemente, el modo en el que se introdujeron algunas figuras que afectan al ámbito de la empresa y los negocios. En el capítulo 2 (pp. 17-21), apela al cumplimiento del Derecho como valor de la ética y de la cultura empresarial. Los capítulos 3 y 4 están dedicados a la responsabilidad de los directivos (pp. 21-42) y a la de los administradores (pp. 45-61), respectivamente.

Para satisfacer las expectativas creadas por el elocuente título de la obra, ya en el capítulo 5, bajo el rótulo «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, las teorías de la pena y el sujeto de derecho penal», se aboga por readaptar las categorías de la teoría del delito propias de la persona física a la persona jurídica. Pero las apenas veinte páginas a las que se dedica este análisis resultan un tanto escuetas. Sobre todo, porque se invita ni más ni menos que a abandonar «la noción de sujeto como punto de partida vinculante de los conceptos del Derecho penal» (p. 73) y «retomar el discurso sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas al punto en el que lo dejó Kelsen» (p. 78). Este filosófico análisis se interrumpe sin contemplaciones con el «más allá de la discusión teórica» que encabeza el capítulo 6, dedicado (por fin) a los programas de *compliance* (pp. 79-106). Desde una perspectiva comparada, se ofrecen herramientas con las que interpretar el artículo 31 bis CP. Especialmente interesante para quienes se acercan a esta obra con intención de comprender lo que es un programa de cumplimiento es el apartado VI, dedicado a los «rasgos básicos del sistema de *compliance*» (pp. 89-94) y las páginas dedicadas a la atenuante del artículo 31 bis 4 d) CP (pp. 95-98). Pero en menos de treinta páginas se pone fin a la cuestión que encabeza la monografía.

En los restantes diez capítulos del libro (pp. 107-260) el autor aborda otras cuestiones no directamente relacionadas con el artículo 31 bis CP. En concreto, trata sobre: el delito de Administración desleal (capítulo 7, pp. 107-121); el delito de imposición de acuerdos sociales abusivos (capítulo 8, pp. 121-137); la corrupción entre particulares (capítulo 9, pp. 137-150); el falseamiento de las cuentas anuales (capítulo 10, pp. 151-188); la responsabilidad de los auditores (capítulo 11, pp. 189-202 y capítulo 12, pp. 203-218); la responsabilidad de los administradores concursales (capítulo 13, pp. 219-226); el delito de corrupción en las relaciones mercantiles privadas (capítulo 14, pp. 227-240); la responsabilidad de los funcionarios de urbanismo (capítulo 15, pp. 241-248); y la individualización de las sanciones administrativas (capítulo 16, pp. 249-260). Sin quitar

interés a las cuestiones tratadas, éstas no se corresponden con los aspectos penales del *compliance* a los que parece apelar la obra. Lo cual es llamativo. No obstante, a Enrique Bacigalupo hay que otorgarle el mérito de ser uno de los primeros autores que plasmó en un libro lo que ha de entenderse por programa de prevención y detección de los delitos.

II.2. No hubo que esperar mucho para que el sector penal más directamente afectado por la introducción del artículo 31 bis CP pudiera seguir profundizando en el significado de los programas del artículo 31 bis.4 d). Tan solo unos meses después de la monografía de Enrique Bacigalupo, la editorial La Ley publicó la obra colectiva *Ética empresarial y códigos de conducta*, dirigida por el laboralista José Luis Goñi Sein. El objetivo de esta obra es llevar a cabo un análisis global de la problemática jurídica que los códigos de conducta plantean en la empresa. Se trata de un estudio motivado tanto por el desconocimiento reinante en la materia como por la creciente importancia de estos mecanismos en el marco de la empresa (p. 25). Como punto de partida, y de acuerdo con lo que la propia publicación refleja, no es lo mismo código de conducta y *compliance program*. Sintetizando al máximo, puede decirse que el primero abarca –pero no solo– al segundo. Los códigos de conducta son la «forma genérica con la que se alude a los distintos instrumentos de regulación ética promovidos por las empresas» (p. 22), que «desarrollan una función normativa, no como reglas jurídicas, sino como reglas dotadas de fuerza persuasiva» (p. 24).

A lo largo de la obra, se pretende poner de manifiesto que la incorporación de los códigos de conducta ha empezado a jugar un papel de primer orden en la configuración de las relaciones internas y externas de las empresas. Para ello, se adopta una perspectiva multidisciplinar, en la que se tratan aspectos deontológicos, mercantiles, financieros, penales o jurídico-laborales (con especial protagonismo de éstos últimos). El libro se encuentra dividido en cinco partes. La parte I combina reflexiones de sectores distintos del Derecho laboral. El capítulo 1 constituye una reflexión mercantilista sobre los elementos de gestión del buen gobierno corporativo. El análisis se centra en la evolución de esta área en España (pp. 31-57). El capítulo 2 aborda una perspectiva financiera y relaciona los códigos de buen gobierno con las estrategias y normativa tributarias (pp. 59-93). El capítulo 3, se dedica específicamente al Derecho penal de la empresa. Se trata de un texto elaborado por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno quien, una vez más, demuestra ser un experto en el tema. Bajo el título «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ("compliance programs")», el autor hace un recorrido por la regulación del artículo 31 bis desde una perspectiva tanto de Derecho constitucional (pp. 104-108) como comparada (pp. 115-121). Partiendo de los posibles precedentes del artículo 31 bis (pp. 109-114), se analiza la opción escogida por el legislador de la LO 5/2010 (pp. 121-125). La última parte del capítulo está dedicada a los programas de *compliance* (pp. 126-131). Con base en las directrices de las *Sentencing Guidelines* estadounidenses y en el fenómeno autorregulador (pp. 126-127), el autor concreta los elementos comunes a los distintos planes de prevención de delitos (pp. 127-129). Critica, con acierto, la excesiva generalidad del artículo 31 bis y consigue justificar la ausencia de una previsión específica que exima de responsabilidad a la empresa que hubiera instalado *compliance* con anterioridad al delito (p. 130).

El resto del libro versa sobre los códigos de conducta pero no desde una perspectiva penal. Así, en la Parte II se atiende a la responsabilidad social de la empresa desde distintos ángulos. Los aspectos ético-filosóficos y normativos de la responsabilidad social son tratados en el capítulo 4 (pp. 139-157), con especial referencia a las concepciones RSE y a las normas ISO 2600 y DS 26001 (pp. 152), que, como es sabido, también se consideran en materia de *compliance*. El capítulo 5 (pp. 158-198) parte de la transnacionalización de las relaciones industriales, de cara a delimitar las estrategias de defensa y las instancias de justicia ciudadana para llevar a cabo una condena pública (tribunales éticos o de opinión). En la línea de la transnacionalización, el capítulo 6 se refiere a los acuerdos marco globales (AMC) como método de producción de reglas en un entorno transfronterizo (pp. 199-220).

Las Partes III y IV constituyen el núcleo de la obra (p. 26) y, tal vez, el de mayor interés para quienes se acercan a los códigos de conducta desde una perspectiva práctica (no solo penal). En ellas se incide sobre el contenido de los códigos de conducta que muchas veces se confunden con los propios de un *compliance* penal, tal y como muestran algunas de las publicaciones posteriores sobre las que se tratará más adelante. En concreto, la Parte III se dedica a los códigos de conducta unilaterales de las empresas (capítulo 7) y a las obligaciones éticas que suponen para los trabajadores (capítulo 8). Entre ellas, está la de denunciar internamente las irregularidades, a la que se dedica el capítulo 9 (pp. 320-356). Se trata de un sistema de alertar frente a incumplimientos que en el ámbito comparado se conoce como *Whistleblowing*. José Luis Goñi Sein, autor del capítulo, aborda la cuestión con profundidad y gran sentido práctico (dedicando, por ejemplo, más de diez páginas a los requisitos que ha de tener un procedimiento de denuncia legítimo). Para los penalistas, resulta especialmente interesante su perspectiva de Derecho laboral, pues la gestión de riesgos a la que apelan los mecanismos de *criminal compliance* entronca con los derechos fundamentales de los trabajadores y demás personas físicas afectadas. El capítulo 10 versa sobre la regulación y control de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores y secciones sindicales (pp. 358-413). Por último, y especialmente interesante tras el último apartado del artículo 31 bis del proyecto de reforma del código penal, el capítulo 11 analiza la potestad disciplinaria del empresario frente a los incumplimientos del código de conducta (pp. 414-458). La Parte IV analiza los códigos de conducta específicos, tanto en materia de acoso sexual y moral (capítulo 12, pp. 459-488), igualdad entre hombres y mujeres (capítulo 13, pp. 487-529) y protección de datos personales (pp. 532-565). El libro se cierra con una Parte V, dedicada a las relaciones entre los códigos de conducta y el ordenamiento jurídico laboral (pp. 584-638).

Se trata de una excelente obra que, si bien no se centra en la legislación penal, sirve de base para los inevitables y necesarios puntos de conexión entre los *criminal compliance* y el resto de códigos de conducta. Ofrece una panorámica sobre el papel de los códigos de conducta en la buena gestión de la empresa (no solo en cuanto a evitar riesgos penales), los problemas de vinculabilidad y eficacia jurídica que presentan y los deberes concretos que imponen a los trabajadores. Todas ellas son cuestiones que una previsión eficaz de programas de prevención y detección de delitos debe tener en cuenta. No obstante, la regulación penal de dichos programas no solo presenta incógnitas en cuanto a su concreta materialización o implantación como las abordadas en la publicación aquí tratada.

Además, los *compliance* en cuanto traslación de potestad reguladora a favor de las empresas tienen un profundo calado dogmático en nuestra teoría del delito. Así lo muestran los estudios realizados a lo largo de los cuatro años de vigencia del actual artículo 31 bis CP.

## II. Publicaciones en los cuatro años de vigencia del actual artículo 31 bis CP

De entre los estudios publicados a lo largo de estos últimos cuatro años que cumplen con los criterios de discriminación aquí seleccionados (libros en castellano cuyo objeto radica exclusivamente en los programas de *compliance*), cabe destacar los siguientes, en atención a su profundidad y rigor dogmático (por orden de edición): ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230 páginas; SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, 331 páginas; y KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013, 300 páginas.

II.1. Nieto Martín introduce su estudio *El Derecho penal económico en la era compliance* desde una perspectiva que va más allá de la mera descripción de lo que es un programa de cumplimiento. La hondura de su obra se aprecia en las siguientes palabras, con las que presenta el libro: «en el siglo XXI estamos asistiendo a una transformación radical del modelo económico capitalista, en el que la *compliance*, como estrategia de control del comportamiento empresarial desviado, tiene una mayor capacidad de adaptación. Esta nueva estrategia ha provocado la muerte de un antiguo dinosaurio jurídico: *el societas delinquere non potest*» (pp. 12-13). Con independencia de lo cuestionable de esta afirmación, es innegable que el libro aborda las distintas cuestiones relativas al *compliance* desde una óptica digna de la mejor discusión penal: los nuevos horizontes y problemas planteados por el cambio de paradigma que el *regulatory capitalism* supone en el Derecho penal económico (p. 14). Para ello cuenta no solo con la valiosa aportación de los trabajos elaborados desde la doctrina española. Además, y con base en la dimensión transnacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el libro incluye escritos de Derecho comparado, elaborados por expertos extranjeros y traducidos (con acierto) al español.

La obra, estructurada en once capítulos que trata de responder a los problemas jurídicos del cumplimiento normativo. Tras una trabajada introducción que –si se me permite–, sirve más de anzuelo que de mero entrante (pp. 11-26), se da paso a dos capítulos que podrían considerarse como la Parte I de la obra y que abonan el terreno de los que les siguen. En primer lugar, Klaus Tiedemann ofrece una panorámica general sobre el diálogo alemán-español-europeo en el desarrollo del Derecho penal económico. Para ello, describe con su característica maestría el *status quaestionis* en ambos ordenamientos en materia de protección de los bienes jurídicos intermedios (pp. 33-34), corrupción entre particulares (pp. 34-37), programas de *compliance* (37-38) y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En segundo lugar, Juan-Luis Gómez Colomer aborda otra de las cuestiones transversales a toda la regulación del modelo de responsabilidad del artículo 31 bis: los derechos procesales de las personas jurídicas (pp. 43-58). Se trata de una cuestión enormemente relevante no solo por los retos que plantean los *compliance* del artículo 31

bis.4 d) en sintonía con la colaboración del 31 bis.4.b).

Los restantes capítulos tienen un contenido propio y distinto de los dos que les preceden. En ellos se desciende a la concreta regulación, elementos y cuestiones suscitadas por los programas de *criminal compliance*. Esta segunda parte del libro comienza por una elaborada exposición en la que Ulrich Sieber delimita la denominación, concepto y contenido de los programas de cumplimiento penales, distinguiéndolos de otras figuras similares (pp. 63-108). Le sigue el texto de Juan Antonio Lascuraín en el que a raíz de un caso académico (de delito de corrupción cometido por un comercial de una fábrica de refrescos) se profundiza en el significado y los elementos del «debido control». Más adelante, Klaus Moosmayer profundiza en los problemas esenciales de las investigaciones internas y Jean Pierre Matus Acuña trata, con base en el modelo chileno de responsabilidad penal de las personas jurídicas, del modo y las implicaciones que sobre la sanción tiene la certificación de un programa de cumplimiento. En los dos capítulos siguientes se analizan las funciones de dos clases de personas físicas directamente relacionadas con los programas de *compliance*. Por un lado, J.A. González Franco, A. Schemel y A. Blumenberg profundizan en el rol del abogado penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento, al tiempo que hacen un llamamiento a la colaboración interdisciplinar de éste con abogados de otras áreas. Por otro lado, Jacobo Dopico Gómez-Aller describe al *compliance officer* como el garante del deber de control. Entiende sus obligaciones como un deber empresarial y no jurídico-penal (p. 183). Tras una profusa descripción de sus funciones como garante de la legalidad (pp. 165-182), compara el *compliance officer* con otras figuras que le son próximas, tales como los responsables de auditoría interna o el director financiero (pp. 186-190).

El libro se cierra con dos estudios que ilustran de modo accesible y práctico la experiencia comparada en materia de prevención de delitos. Adán Nieto Martín hace un recorrido por la privatización de la lucha contra la corrupción propia de la legislación angloamericana y que, como están demostrando las últimas reformas del código penal, ha marcado una incuestionable tendencia en nuestra legislación. Por su parte, Marta Muñoz de Morales Romero acusa la falta de precisión de nuestro artículo 31 bis.4 d) y detalla lo que la experiencia comparada viene entendiendo por programas de cumplimiento «efectivos». Como conclusión, puede decirse que se trata de una obra con un sólido valor dogmático y de Derecho comparado que, como ha ocurrido con el proyecto de reforma del 2013, seguirá sirviendo para detectar y solucionar las cuestiones suscitadas por el modelo de responsabilidad del artículo 31 bis CP.

II.2. Esto también ocurre con el libro dirigido por Jesús-María Silva Sánchez, anteriormente citado. Al igual que la publicación que acaba de analizarse, la obra *Criminalidad de empresa y Compliance* parte de un cambio de paradigma en el Derecho penal, al que describe desde una perspectiva dogmática. Pero a diferencia de Nieto Martín, no cifra tal cambio en el *regulatory capitalism* como estrategia preventiva capaz de destruir el *societas delinquere non potest*. En cambio, entiende la criminalidad de empresa y su prevención mediante *compliance programs* en el marco de un «Derecho penal de la prohibición de riesgos». En él las personas jurídicas aparecen no como autores de delitos, sino como estructuras

descentralizadas de gestión del riesgo. Los autores de ambas obras han comprendido que esta diferente perspectiva con la que se clasifica el cambio de paradigma que ha supuesto el artículo 31 bis CP es algo más que una logomaquia teoricista. Pero el distinto enfoque que dan a la legislación resulta en dos estudios cuyas propuestas y conclusiones no se solapan, pese a la proximidad de los temas tratados.

En primer lugar, el fin primordial de la obra *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* no es tanto detectar problemas, como «servir de referencia a todos los operadores del sistema jurídico penal (abogados, penalistas, jueces y fiscales), pero también a los asesores de empresa que han de ir aprendiendo a desenvolverse en el complejo mundo de la autorregulación» (p. 14). Ello explica que las distintas cuestiones a las que apela el *compliance* se estudien no solo desde sus precedentes legislativos y el Derecho comparado. Además —y quizá sea esto lo que dota de especial valor a la obra—, los estudios se basan en cuestiones que protagonizan el discurso penal actual. Pueden citarse, por ejemplo, la fenomenología de la autorregulación regulada, los sesgos cognitivos y dinámicas de grupo, los deberes positivos, las posiciones de garantía o las distintas teorías de la pena.

El libro se estructura en doce capítulos centrados en las implicaciones dogmáticas y prácticas de los programas de *compliance*. En el primer capítulo Jesús-María Silva Sánchez ofrece un exhaustivo y sugerente análisis crítico sobre el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010. En síntesis, lo califica de sistema híbrido en el que un «estado de las cosas antijurídico de la empresa» conlleva una suerte de «penas de segunda velocidad» (pp. 15-40). Los dos capítulos siguientes parten del fenómeno de la autorregulación. Ivó Coca Vila lo hace para delimitar la naturaleza de los programas de *compliance* (pp. 43-76) y Arturo González de León Berini para definir la relación entre el ordenamiento jurídico-penal y la libertad de empresa (pp. 77-105). En el capítulo 4, Iván Navas Mondaca se centra en los códigos de conducta como nuevos integrantes del Derecho penal económico (pp. 111-130). Se trata de una cuestión novedosa para nuestro ordenamiento jurídico y que hace necesaria una perspectiva de Derecho comparado. A ello se destinan los dos siguientes capítulos.

Arturo González de León Berini profundiza en el fenómeno del *whistleblowing* con base en la reforma de la Dood-Frank Act estadounidense (pp. 131-142). Por su parte, Raquel Montaner Fernández se centra en las implicaciones jurídico-penales de la estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento (pp. 143-160). Los tres siguientes capítulos (7-9) tratan cuestiones que los sistemas de *compliance* han de regular en concordancia con los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas implicadas. Ramón Ragués i Vallès lo hace desde los procedimientos internos de denuncia (pp. 161-195); Albert Estrada i Cuadras y Mariona Llobet Anglís desde los posibles conflictos entre derechos de los trabajadores y deberes del empresario a los que pueden dar lugar las investigaciones empresariales internas (pp. 197-226); y Beatriz Goena Vives desde la atenuante de colaboración como lado positivo de la autorregulación (pp. 229-264).

Los tres últimos capítulos (10-12) versan sobre los criterios de atribución de responsabilidad a las personas físicas, en el marco de la empresa. Jesús-María Silva Sánchez y Lorena Varela analizan la influencia de los sesgos cognitivos y las dinámicas de grupo como factores influyentes en las responsabilidades individuales de las estructuras empresariales. Por su parte, Ivó Coca Vila estudia el conflicto la tensión entre los llamados «deberes positivos» y las exigencias de confidencialidad del secreto profesional a la que debe enfrentarse el abogado (pp. 287-317). Por último, Ricardo Robles Planas estudia la responsabilidad y la función del responsable de cumplimiento o *compliance officer* desde diversas estructuras de la teoría del delito como las posiciones de garantía, la autoría y la participación o la imputación subjetiva en los delitos especiales.

II.3. Este estudio de las implicaciones prácticas de una materia tan novedosa como el *compliance* desde los instrumentos conceptuales de la teoría penal contemporánea es un método secundado por el trabajo de KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013. En la línea de las dos publicaciones ya comentadas en este apartado, este libro se enfrenta al impacto social del fenómeno del cumplimiento normativo en el Derecho penal mediante un análisis de profundo calado dogmático. Muestra de ello es que varios de los autores que aquí escriben, lo hicieron en alguna de las dos obras citadas anteriormente. Quizá, la particularidad que hace de esta obra algo más que una publicación más sobre «el tema de moda» es el logro de una sólida re aproximación conceptual a la cuna de nuestro ordenamiento jurídico-penal: el Derecho alemán. Se trata de un libro que nació de un simposio celebrado en Manheim, con una clara vocación internacional. Por ello, las contribuciones se organizan de forma dual, con un artículo de un penalista alemán y otro de un autor castellanoparlante por cada tema. En la Parte I, Adán Nieto Martín (pp. 21-46) y Lothar Kuhlen (pp. 51-76) abordan los problemas fundamentales del *compliance* en relación con el Derecho penal. En la Parte II, Jesús-María Silva Sánchez (pp. 79-105) y Dennis Bock (107-120) analizan los *compliance* en relación con los deberes de vigilancia del empresariado. Posteriormente, la Parte III recoge las contribuciones de Víctor Gómez Martín (pp. 125-146) y Frank Maschmann (pp. 147-169), sobre *compliance* y derechos del trabajador (con especial referencia a los derechos de protección de datos y *whistleblowing*). A continuación, Mateo G. Bermejo y Omar Palermo por un lado (pp. 171-201) y Cornelius Prittwitz por otro (pp. 207-220), se centran en la posición jurídica del *compliance officer*, con especial consideración a su posición de garante. La Parte V se integra con las contribuciones de Juan Pablo Montiel (pp. 221-242) y Oliver Sahan (pp. 245-258) en relación con las investigaciones internas que se derivan de una estructura de *compliance*. Por último, el libro concluye con los trabajos de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (pp. 263-281) y Hans Kudlich (283-300) sobre *compliance* mediante la punibilidad y sanciones a empresas.

El libro integra cada contribución en una unidad que refleja la intercomunicación entre los grandes expertos del *compliance*. Así, mientras que «a corto plazo» aborda cuestiones puntuales sobre el cumplimiento normativo, «a largo plazo» ilustra que la lógica del Derecho penal tiene un sustrato indisponible, que la convierte en un tema común a distintos ordenamientos. La maestría con la que se plasma el diálogo entre las tradiciones jurídicas germánica y española hace difícil encontrar una obra parecida. No solo por la

incuestionable calidad dogmática de los trabajos presentados. También por una intachable traducción que acerca –o mejor, reconcilia– dos modelos de responsabilidad empresarial que una calificación simplista tildaría de antagónicos.

II.4. Por último, este apartado no puede cerrarse sin hacer mención a los trabajos que desde 2010 se han acercado al *compliance* desde un punto de vista eminentemente práctico. Entre ellos, destaca CASANOVAS YSLA, Alain, *Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*, Difusión jurídica, Economist & Jurist, Madrid, 2012, 225 páginas. Valiéndose de su experiencia como abogado y CCO de KPMG, el autor incide directamente en la aplicación (e implicación) de las directrices de la cultura de fidelidad a la norma en la que se encuadran los *compliance*. Se trata de un libro de cabecera para quien se acerque a los programas normativos desde la perspectiva del aplicador del Derecho. Además de la acertada labor de documentación y descripción del *compliance* (pp. 33-58), resulta particularmente encomiable la transversalidad con la que se describen los distintos entornos de cumplimiento, tanto genéricos (pp. 61-92) como específicos (pp. 93-158). El libro se cierra con una propuesta de sistema para la gestión del cumplimiento (pp. 161-203) y una descripción de las labores del *compliance officer* (pp. 203-216), a las que la vaguedad del artículo 31 bis CP convierte en «agua de mayo» para los ejercientes del penal. Alain Casanovas concluye con un acertado epílogo en el que vaticina las tendencias de futuro en materia de *compliance* (pp. 219-225). Futuro al que ya se ha llegado, tras cuatro años de vigencia del artículo 31 bis.

Como se explicó al inicio de esta reseña, el proyecto de 2013 de reforma del código penal supone una revolución en materia de *compliance*. Este aparece como el eje sobre el que gira la responsabilidad penal de las empresas. Y si bien la imprecisión deja de ser el principal problema del modelo, aun se precisan estudios que faciliten la ejecución de una institución con persistentes visos de novedad. A dichos trabajos se dedica el último apartado de esta reseña.

### **III. Publicaciones orientadas al proyecto de reforma de 2013**

Hace tan solo unos meses vio la luz una de las publicaciones a las que habrá que aferrarse para abordar las nuevas exigencias del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de la obra MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), HORTAL IBARRA/VALIENTE IVÁÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2014, 517 páginas. El libro se presenta como una obra con «vocación de constituir un instrumento útil para la interpretación y aplicación práctica del nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas» (p. XIX).

Se estructura en tres partes. La primera aborda las cuestiones abstractas de índole político-criminal y filosófica desde una perspectiva comparada. Comienza con los estudios de Santiago Mir Puig y José Luis Guzmán Dalbora acerca de la naturaleza jurídica y los problemas de la responsabilidad penal atribuida a las personas jurídicas. José Luis Guzmán Dalbora aborda el tema desde la Filosofía política y la historia (pp. 15-34). En cambio,

Santiago Mir Puig parte de la institución que da nombre al Derecho penal para propugnar – con gran acierto – una interpretación de la sanción a personas jurídicas como pena en sentido amplio y sin culpabilidad (pp. 3-14). A estos trabajos les siguen las contribuciones de Íñigo Ortiz de Urbina (pp. 35-86), Lothar Kuhlen (pp. 89-124) y Sergio Seminara (pp. 127-155) sobre la experiencia del *compliance* en Estados Unidos, Alemania e Italia, respectivamente.

La segunda parte del libro desciende a cuestiones más concretas, desde dos canales o grupos distintos. En un primer grupo están los trabajos en los que se trata de aspectos teóricos y prácticos de los programas de prevención. Mirentxu Corcoy Bidasolo y José Ignacio Gallego Soler se centran en las cuestiones que suscita la corrupción privada a la que – entre otras cosas – se dirigen los *compliance*. Bien desde el punto de vista político criminal en el caso de la primera (pp. 161-194), o bien desde el Derecho procesal el segundo (pp. 195-230). Por su parte, Osvaldo Artaza Varela, y Axel-Dirk Blumenberg y Beatriz García Moreno inciden en el concepto de programa de *compliance*. El primero aborda la cuestión desde el punto de vista teórico y de la práctica internacional (pp. 231-270). Por su parte, Blumenberg y García se centran en la perspectiva directamente práctica de dichos programas (pp. 273-300). El segundo grupo de contribuciones se refiere a los artículos de Juan Antonio Lascuraín Sánchez y Jacobo Dopico Gómez-Aller, que traen a colación la función y responsabilidad de los oficiales de cumplimiento. Al respecto, conviene advertir de que la contribución de Dopico coincide con la que publicó hace un año en el libro *El Derecho penal económico en la era compliance*, comentado anteriormente.

La tercera y última parte del libro se centra en cuestiones criminológicas que suscitan los programas de cumplimiento. Algunas de las contribuciones de esta tercera parte reproducen los estudios publicados en otros libros, sobre los que se trató en el apartado anterior. Es el caso del análisis de Víctor Gómez Martín sobre el *compliance* y los derechos de los trabajadores (pp. 421-455). Otros de los escritos de este apartado readaptan investigaciones anteriores a la reforma proyectada sobre el código penal. Es el caso de Ramón Ragués i Vallès (pp. 459-483), y de Juan Pablo Montiel (pp. 487-516). El primero vuelve a analizar con gran acierto – y con alguna novedad – el sistema de *Whistleblowing* del que ya trató en dos de las obras anteriormente descritas; además, es autor de una monografía sobre el tema. Por su parte, Montiel reedita y amplía su trabajo acerca de las investigaciones internas en la empresa, publicada un año antes en la obra colectiva *Compliance y teoría del Derecho penal* (comentada en el apartado II de este artículo).

A modo de reflexión o síntesis final, podría afirmarse que este último libro es en muchos puntos, una adaptación ampliada del volumen *Compliance y Teoría del Derecho penal* editado en Marcial Pons por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Es cierto que carece del paralelismo germano-español con el que el trabajo de 2013 empareja las contribuciones presentadas. Pero no es infrecuente que tanto los temas como la perspectiva adoptada coincidan en ambos casos. Ignoro si ello se justifica en que algunos de los autores son los mismos, o en que el proyecto de reforma al que se orienta este último libro ha respondido a interpelaciones doctrinales ya recurrentes. Lo que es innegable es que tiene el mérito de haber nacido con vocación de guiar a una doctrina penal que, en poco

tiempo, se encontrará con un código penal prácticamente nuevo.

#### **IV. Conclusión**

En esta reseña se han expuesto desde un punto de vista crítico las reflexiones en torno al origen, contenido, sentido y efectos de las publicaciones españolas directamente relacionadas con los programas de *criminal compliance*. Se aprecia que la importancia creciente de los programas de cumplimiento así como la profundización en su naturaleza jurídica han derivado en un incremento de los estudios que a ellos se dedican. No obstante, y frente a lo que la actualidad del tema parece sugerir, las voces de la teoría penal contemporánea no se solapan en estudios repetitivos y monótonos. El *compliance* incide de lleno en multitud de cuestiones dogmáticas y prácticas, abordables desde muy distintos puntos de vista. Todos ellos necesarios, en cuanto motor de arranque de una novedosa institución en nuestro Derecho penal.

De acuerdo con lo aquí tratado, se constata cómo la doctrina más reciente se encamina a propiciar una *praxis* del *compliance* lo más coherente posible con los postulados del Derecho penal. Para ello, se adopta una perspectiva acusadamente práctica (cfr. por ejemplo, Casanovas Ysla, Alain, *Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*), de marcado carácter teórico (cfr. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*) o bien mixta (cfr. por ejemplo, ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era compliance*; KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*; y MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), HORTAL IBARRA/VALIENTE IVÁÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*). De lo que no hay duda es de que el precipitado populismo punitivo de nuestros legisladores contrasta con el rigor interpretativo de quienes impiden que el Derecho penal navegue a la deriva.