

ExLibris

Sección coordinada por **Pablo Sánchez-Ostiz**

Recensiones:

Recensión a Sergio BERENGUER PASCUAL, *El delito de corrupción en los negocios*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, 452 páginas, por Javier SÁNCHEZ BERNAL

Recensión a Günther JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, 58 páginas, por Carlos PÉREZ DEL VALLE

Recensión a Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 523 páginas, por Ángel José SANZ MORÁN

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ a *Encubrimiento, receptación y lavado de activos. Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2021, XIV + 322 páginas (*InDret* 4/2021), por Alejandra VERDE

-

Sergio Berenguer Pascual, El delito de corrupción en los negocios, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, 452 páginas

Javier Sánchez Bernal
Universidad de Salamanca
jsbernal@usal.es

-

No resulta sencillo –puedo afirmar, por propia experiencia, que llega a convertirse en una tarea hercúlea– adentrarse en el estudio de la corrupción entre particulares, tipo penal vigente desde tiempos recientes cuya configuración se ha visto intensamente influenciada por la labor normativa supra e internacional y que, habiendo gozado de escaso recorrido jurisprudencial, ha sido víctima de reformas de calado en su corta trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Da buena cuenta de ello Sergio BERENGUER PASCUAL, autor de la monografía que tengo el placer de recensionar.

Esta obra, publicada en junio de 2020 por la editorial de la Agencia Boletín Oficial del Estado –y que, según se refiere expresamente, procede de la investigación doctoral de su autor, debidamente completada y actualizada–, posee un especial valor dogmático; en ella se analizan, de manera ordenada, sistemática y razonada, los aspectos más relevantes y, a su vez, controvertidos de la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas por corrupción privada –queda fuera del análisis la modalidad de corrupción en el deporte–.

Son muchos los elementos que meritan ser comentados sobre esta monografía, cuyo cuerpo central se divide en seis capítulos. Antes de profundizar en ellos, no obstante, y sin desmerecer en absoluto la magnífica exposición que realiza BERENGUER PASCUAL, planteo mis dudas en torno a la denominación misma del tipo delictivo. Es patente que este aspecto ha sido objeto de debate por la más acreditada doctrina y asumo que, en su entendimiento, me encuentro en una posición probablemente minoritaria. El autor aquí reseñado se adhiere a la corriente de opinión que identifica la modalidad prevista en los apartados 1, 2 y 5 del artículo 286 bis del Código penal, en su definición básica, como «corrupción en los negocios». Frente a esta tesis, resulta posible referirse a este delito como «corrupción entre particulares» –o con sus expresiones sinónimas, «corrupción privada», «corrupción en el sector privado», etc.–, siguiendo la fórmula político-criminal adoptada en la primera redacción, *ex Ley Orgánica 5/2010*, y considerarlo como una de las formas de corrupción en los negocios, categoría que aglutina todas las figuras típicas reguladas en la Sección 4^a del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código penal.

El primer capítulo, dedicado a los fundamentos del delito de corrupción entre particulares, se aproxima a los presupuestos jurídicos de esta figura delictiva, destacándose el examen del bien jurídico protegido. Tras la oportuna revisión de las distintas corrientes doctrinales al respecto, y habiendo comenzado el análisis con una referencia a la tutela de la competencia en la normativa mercantil, resulta de especial interés, en sede de tipificación, la diferenciación que realiza BERENGUER PASCUAL entre los fundamentos de la criminalización de la corrupción privada –cifrados en la estabilización de la ética en los negocios internacionales o la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 de la Constitución– y la concreción del valor jurídico digno de tutela

penal –situado, siguiendo la tesis mayoritaria, en la competencia en el mercado, como bien jurídico supraindividual o colectivo–.

El capítulo segundo se destina a desgranar los elementos del tipo objetivo de corrupción entre particulares, partiendo de reconocer la naturaleza del delito estudiado como una norma de redacción y estructura complejas. Debe denotarse, como novedoso, el criterio apuntado por el autor para diferenciar las modalidades típicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 286 bis del Código penal. Frente a la habitual distinción entre corrupción entre particulares «activa» y «pasiva», se propone en esta obra designar como «incentivadora» la conducta desde el punto de vista del corruptor –en sentido sinónimo, pues, a la corrupción activa– y como «favorecedora», la acción u omisión del directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o sociedad –esto es, la corrupción pasiva–. Por lo demás, el autor trata, de manera exhaustiva, los límites hermenéuticos de otros elementos del tipo objetivo: en primer término, aspectos comunes a las conductas activa y pasiva –de singular interés resultan los comentarios sobre la naturaleza del incentivo o soborno y del favorecimiento indebido frente a otros y la reflexión en torno a si el soborno de facilitación o la incentivación por recompensa deben entenderse o no castigados por la norma penal española– y, en segundo lugar, los requisitos específicos, abordados separadamente, de la corrupción entre particulares incentivadora y favorecedora, utilizando la propia terminología de BERENGUER PASCUAL: los sujetos activo y pasivo y los verbos típicos o rectores de cada modalidad delictiva.

En este punto, el aspecto más reseñable de la opinión de BERENGUER PASCUAL –ciertamente minoritaria en nuestro panorama doctrinal nacional– se concreta en la restricción del círculo de sujetos activos de la modalidad activa de corrupción privada: sostiene el autor que solamente los responsables o subordinados de una empresa competidora de aquella en la que desempeña su labor o función el directivo, administrador, empleado o colaborador que es corrompido pueden cometer el delito; en consecuencia, la corrupción entre particulares, tanto en su vertiente activa como pasiva, debe entenderse como delito especial propio.

Avanza la investigación con el tratamiento, en el capítulo tercero, de los elementos del tipo subjetivo de corrupción entre privados. Se plantea, en él, un asunto interesante que había sido escasamente afrontado con anterioridad o cuanto menos, si mi apreciación es correcta, no con un afán tan clarificador como en esta ocasión: me refiero a si el ánimo de favorecer a otro debe exigirse o no como elemento subjetivo del injusto adicional para determinar la consumación del tipo. Asimismo, y para concluir este apartado, se examinan algunas cuestiones relativas al error.

El capítulo cuarto estructura su contenido en la revisión de los tipos derivados de corrupción privada, planteando los problemas interpretativos que se observan tanto en el apartado tercero del artículo 286 bis –que regula los mecanismos de atenuación potestativa para el órgano jurisdiccional, aplicables a los ilícitos de corrupción privada empresarial y deportiva– como en el artículo 286 quáter –el cual prevé las circunstancias que agravan la responsabilidad penal por comportamientos de corrupción en los negocios–.

El quinto capítulo, por su parte, explora algunos problemas concursales de la aplicación del delito de corrupción entre particulares, en concreto con los ilícitos de cohecho, administración desleal, estafa, revelación de secretos empresariales y blanqueo de capitales, así como indaga en la aplicabilidad de esta figura en contextos de extorsión y ahonda en su vinculación con otras formas de criminalidad organizada. Con ánimo de compleción, aborda sucintamente también la relación entre el tipo penal y las infracciones extrapenales orientadas a la protección de la

competencia; singularmente, las previstas en el artículo 62 en relación al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como los comportamientos prohibidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Finalmente, el último de los capítulos relaciona adecuadamente, a pesar de su mayor brevedad, los fundamentos básicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción entre particulares. Aunque pudiera parecer excesiva la referencia a cuestiones generales sobre la responsabilidad de los entes colectivos, lo cierto es que aportan un marco contextual preciso que permite comprender mejor aquello que se desarrolla con posterioridad: los presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad de personas jurídicas por corrupción en los negocios, la idoneidad de las personas jurídicas como sujetos de este delito y, como broche de oro, el injusto típico de esta forma de delito corporativo.

Como corolario a la panoplia de materias que acertadamente se presentan en esta monografía, es preciso revisar las conclusiones alcanzadas por el autor. Escrutando algunas de ellas, se reafirma la competencia en el mercado como único bien jurídico tutelado en el delito objeto de estudio –de acuerdo a la voluntad del legislador, confirmada a través de las reformas que sufrió el tipo penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 1/2019– y se apuesta, en opinión de BERENGUER PASCUAL, por definir el tipo penal como de peligro hipotético.

El siguiente hito conclusivo lo constituye la concepción de la corrupción privada activa como delito especial propio. Aunque, en mi humilde opinión, esta fórmula puede adolecer de ciertos inconvenientes –por citar algunos, el sentido gramatical de la redacción legal, la equiparación con los ilícitos de cohecho o la propia configuración del bien jurídico protegido–, es de justicia reconocer la solidez epistemológica de tal consideración. En lo que sigue, del apartado final destaca la respuesta que el autor ofrece a aquellos supuestos en los que el soborno se lleva a cabo en empresas privadas que prestan servicios públicos, refiriéndose a los problemas concursales entre el cohecho y la corrupción en los negocios. Por último, no puede dejar de elogiarse la amplia y actualizada bibliografía especializada que sustenta el trabajo de BERENGUER PASCUAL.

En definitiva, *El delito de corrupción en los negocios* nos ofrece una investigación seria, coherente y de una indudable utilidad práctica, en la cual se analizan los ítems esenciales del tipo penal de corrupción entre particulares, en un diálogo permanente entre los fundamentos dogmáticos de la norma –convenientemente apoyados en la doctrina y en la jurisprudencia– y oportunas remisiones a supuestos de hecho; metodología práctica que permite afinar algunos de los temas todavía en discusión de este ilícito penal. La contribución de Sergio BERENGUER PASCUAL, sin lugar a dudas, avanza en la dirección correcta para comprender adecuadamente la regulación actual de la corrupción en los negocios: sintetiza las más autorizadas aportaciones sobre la materia, arroja luz sobre problemáticas aún latentes y marca una línea de investigación que, a buen seguro, resultará muy provechosa en adelante para toda la comunidad jurídica.

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

-

No es extraño que un escrito de Günther JAKOBS provoque expectación, porque ninguna cuestión relevante hoy en la dogmática penal puede ser abordada sin considerar su aporte. Si, además, se trata de un estudio sobre algo tan controvertido como el concepto de dolo, el interés resulta más que justificado. El propio autor ya avanza en un breve prólogo que su intención es «desarrollar el concepto de dolo como un concepto jurídico y, por tanto, no como la descripción de hechos psíquicos ni como el resultado de una didáctica más o menos habilidosa». Se trata de un libro breve, que se articula en tres partes: la introducción, que por sucinta no deja de ser fundamental en la comprensión del trabajo (pp. 1-5); el estudio sobre el desarrollo de la parte subjetiva del hecho (pp. 5-20); y lo que denomina «tratado sobre el concepto del dolo» (pp. 21-50). Consciente de la necesidad de precisar sus conclusiones, JAKOBS formula doce tesis que extrae del estudio (pp. 50-52). A las tesis, que refieren las conclusiones de cada parte del trabajo, no haré referencia en la recensión.

En la introducción ya advierte JAKOBS algo sustancial sobre sus reflexiones: respecto al mismo título, advierte que no se trata de una crítica como desarrollo de objeciones frente a lo criticado, sino de la crítica en sentido clásico, y, por tanto, de la investigación sobre el contenido y los límites de un concepto (p. 1); respecto al punto de partida, en un «esbozo de una comprensión moderna de la responsabilidad penal», donde «delito y pena no pueden considerarse como acontecimientos naturales, sino más bien como acontecimientos en una sociedad», subraya que ha de atenderse a la secuencia conformada por la contradicción de la vigencia de la norma; la confirmación de la vigencia continuada y el aseguramiento de la cimentación cognitiva de esta vigencia (pp. 2-3).

La parte dedicada al desarrollo de la parte subjetiva del hecho comienza precisamente con la pregunta sobre si cabe una responsabilidad que prescinda de ella. JAKOBS constata que la imputación a quien es competente para la reparación de los daños ocasionados por la perturbación del ordenamiento que implica el delito –entendida en un sentido amplio, que comprendería la pena– no es siempre referida a un sujeto culpable. Las formas de imputación independientes de la parte subjetiva –entre las que se cuentan la responsabilidad por el resultado o la doctrina del *versari in re illicita*– se basan en la consideración de que ciertos cursos causales del mundo no son susceptibles de control, y son entendidos como *destino* (p. 6). Pero aquí introduce JAKOBS una consideración antropológica: todos los que pertenecen a la especie *homo sapiens* disponen, por naturaleza, de unas dotes instintivas y, por ello, de una facultad del entendimiento, que les capacitan para compensar sus particulares deficiencias corporales. Esta compensación no es mero destino, sino aplicación del entendimiento, que permite una configuración del mundo: una capacidad para la planificación que no puede ser sólo objetiva (p. 7).

JAKOBS vincula esta visión, con Max WEBER, a la negación de una visión mágica del mundo (*Entzauberung*) por medio de una atribución de sentido a las acciones, como génesis de una parte subjetiva del hecho que es irrenunciable: el dolo del hecho como exigencia imperativa de la imputación. Anuncia aquí ya la contraposición entre «la teoría del jurista FEUERBACH –conforme a principios filosóficos– y la del filósofo HEGEL –conocedor del derecho, y especialmente del derecho penal» (p. 9).

Tras una exposición de los aspectos fundamentales de la imputación de lo subjetivo en FEUERBACH (pp. 10-12), la crítica de JAKOBS se concentra en tres niveles: en el intento de conectar «facultad de deseo» y la teoría de la pena de la intimidación general, FEUERBACH opta por una orientación introspectiva sobre la psique individual del autor y –como en el rechazo del *dolus indirectus*– muestra signos del naturalismo de su tiempo (p. 13); por otro lado, no puede afirmarse de forma concluyente que los hechos psíquicos empíricos en que se apoya («deseo», «conciencia», «conocimiento de la ley penal») puedan ser controlados mediante la amenaza de la pena (p. 14); y, por último, la dependencia de estos hechos conduce a una generalización de las presunciones, en particular del dolo (p. 14).

Sobre HEGEL, la exposición (pp. 15-20) es más extensa que la crítica, porque en sus *Grundlinien* reconoce el desarrollo de una secuencia de instituciones que implican la realización del concepto del derecho (p. 16). JAKOBS va desgranando los conceptos esenciales para su objeto en dos de las tres partes de la obra de HEGEL: en el derecho abstracto muestra que la «subjetividad» no es «individualidad»; en la moralidad, que trata de forma intensiva la parte subjetiva, observa especialmente la significación general (social) de la acción, que de nuevo ejemplifica en el *dolus indirectus* (lo conocido no resulta desconocido porque no se piense en ello actualmente, como una persona no conocida no es desconocida cuando no se piensa en ella, dice en p. 19). La crítica se refiere a dos aspectos fundamentales: por un lado, porque falta en HEGEL una exposición más precisa de la relación entre individuo (con su estado de ánimo) y sujeto (como ser racional); por otro, porque no existe acomodo para la responsabilidad por la imprudencia (p. 20).

La última parte, y más extensa, es el «tratado», como secuencia de argumentos consistentes (esto lo había indicado en p. 2). Inicia el tratado con una pregunta (¿dolo del tipo sin conciencia de lo ilícito?) y con el cuestionamiento de la separación entre *facta bruta* y valoración jurídica, en una referencia a los *facta* normativos, como la ajenidad de la cosa en los delitos contra la propiedad: no tiene dolo quien no conoce que la cosa es ajena (p. 22). Traslada entonces la cuestión a tipos penales sin estos elementos normativos, como el homicidio, y la respuesta por el núcleo de su ilicitud pasa por la idea de la persona como titular de derechos y deberes –la sublimación de todo hombre en persona, al menos en un sentido pasivo (p. 23). Dolo aquí requiere también el conocimiento de la referencia jurídica de la persona del autor a la persona de la víctima (p. 24); esto es, de que se trata de una vida ajena. El conocimiento del tipo requiere, con carácter general, la inclusión de las reglas de una sociedad estructurada normativamente (pp. 25-26).

El segundo hilo argumental se refiere al traslado de esta idea a las causas de justificación: si en el tipo se trata de la intervención en lo ajeno, en la causa de justificación se suspende esta ajenidad; por tanto, cuando falta el conocimiento de la intervención en lo ajeno, se excluye el dolo, y aquí yerra la teoría estricta de la culpabilidad (p. 28). Lo mismo sucede en la representación errónea de que se da una causa de justificación que el derecho no reconoce. Lo que sucede es que esta conclusión no parece satisfactoria, porque deficiencias de representación muy groseras pueden excluir el dolo. En este punto, JAKOBS propone un desarrollo conceptual sobre el tratamiento de las representaciones erróneas (p. 29).

Este es el siguiente paso en la secuencia sobre el *dolus indirectus*. Tras referir los conceptos de ignorancia (el más amplio: toda representación falsa o toda falta de representación) y error (el más restringido: la representación falsa o la falta de representación cuando una persona está vinculada a la representación correcta), JAKOBS se centra en los casos en que a la persona le es indiferente la superación del riesgo permitido: no hay error porque falta interés en conocer, y no hay conocimiento porque falta «pensar en ello» (p. 31). La respuesta es la figura del *dolus indirectus*, que trata como un problema de dolo: el agente conoce, pero no es actualmente objeto de su reflexión (p. 35); y, a diferencia de la imprudencia, que lo conocido no sea actualizado no es consecuencia de una pérdida de orientación, sino de un déficit de valoración, y, por tanto, del desinterés en las consecuencias de la propia conducta (p. 36).

Por el contrario, y aquí aparece el siguiente aspecto a tratar, no es dolo lo inverso al *dolus indirectus*: el conocimiento actual cuya consideración no se garantiza a la víctima o, en otras palabras, el conocimiento que va más allá de su posición de garante o de «conocimientos especiales» (p. 38).

Sin embargo, junto con el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado –donde sitúa también, por la falta de interés en las consecuencias seguras, el *dolus indirectus*– se encuentra el dolo eventual, cuando el pronóstico sobre las consecuencias es inseguro (p. 39). Aquí JAKOBS subraya que lo relevante no son las preferencias individuales de la persona, sino su significación social; y, en ese sentido, no es más dolo la intención (dolo directo de primer grado) que el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual, porque lo proyectado sobre elementos particulares de un determinado contexto no afecta a la configuración de sentido del mundo ni, por tanto, al dolo como control del hecho (p. 41).

El dolo interesa, entonces, por su relevancia comunicativa: la construcción supersticiosa o absurda de la relación entre conducta y resultado de una conexión carece de relevancia comunicativa; se trata de casos en que sólo prevalece un horizonte individual y nunca el social. A la visión contraria, como la de Armin KAUFMANN, reprocha JAKOBS su alejamiento de la persona «pensante» de Hegel (p. 43): dolo es la conciencia actual (*Kenntnis*) de la valoración general de una conducta o su conocimiento no actual (*Bekanntschaft*) (p. 45).

El desarrollo afecta también al dolo en la omisión. Frente a Armin KAUFMANN, JAKOBS reduce la cuestión a si el dolo del omitente doloso debe abarcar todo el curso causal hasta la salvación, y esto ha de suceder como en el dolo del delito activo: no hay diferencia entre el dolo de la acción y el dolo de la omisión (p. 48).

El último paso argumental afecta a la aceptación por el sujeto de obstáculos de realización del tipo y, especialmente, cuando confía en un desenlace «feliz» (p. 48). Esto resulta especialmente difícil en casos de riesgos mínimos o de aumentos mínimos del nivel de riesgo permitido, aunque en estos casos, cuando están avalados por la costumbre, se excluye la posibilidad de un dolo de lesión (el dolo sólo implicaría un delito putativo); sólo puede subsistir responsabilidad por la desobediencia (p. 49). En suma, la confianza generalmente aceptada implica ausencia de tipicidad objetiva; en otro caso, la confianza no es sino «una estrategia en la causación del resultado» (PUPPE), que responde a la astucia y no a la razón (p. 50).

Una primera reflexión sobre esta última aportación de JAKOBS ha de ser de orden metodológico. La introducción y, sobre todo, el apoyo de sus reflexiones en el enfrentamiento entre las posiciones de FEUERBACH y HEGEL –para asumir, no sin una cierta crítica, la de HEGEL– es ya una

opción metodológica que comparto: es adecuado el desarrollo de la dogmática que pone su mirada en la filosofía. Me parece que su lectura de esta contraposición, avalada también de forma más general por algunos de sus discípulos, como LESCH o PAWLIK, es correcta. Resulta fundado pensar que, en HEGEL, es dominante la visión del derecho en una perspectiva general y social; creo además que la «Eticidad» –la tercera parte de los *Grundlinien*, a la que JAKOBS no extiende su análisis– proporciona más argumentos en ese sentido, porque allí está la comprensión del derecho abstracto y de la moralidad en la configuración de la sociedad civil. En todo caso, subrayo una frase sobre su visión metodológica –que, como he dicho, comparto– que podría pasar desapercibida ya en la exposición de su secuencia argumental, y que es muy crítica con un sector de la dogmática penal: «en lugar de desarrollar conceptos, se apega a la redacción de una ley, que los representantes de esta ciencia comentan, de manera minuciosa y meticulosa» (p. 29).

Un segundo nivel se refiere a las cuestiones concretas del dolo, aunque sólo aludiré aquí a la cuestión de la conciencia de lo ilícito, a la del *dolus indirectus*, y a la relevancia que, para este concepto, tienen algunas ideas sobre la imprudencia.

1. Sobre la conciencia de lo ilícito, el resquebrajamiento de la teoría de la culpabilidad estricta que provoca la tesis de JAKOBS es evidente e incluso explícito. Pienso que es correcta la asociación entre la conciencia del hecho y la conciencia de la ilicitud, aunque –no es el momento ahora de debatir sobre ello– no creo que la tipicidad de todos los delitos descance sobre la ajenidad de los derechos de la persona. A mi juicio, aquella asociación, para el derecho, actúa en una relación de regla-excepción. Existen casos en los que, aunque existe conocimiento de los hechos, se desconoce su ilicitud. Estos casos son la excepción, y a ellos se ha de referir el error de prohibición, porque, en cualquier caso, este dolo no interesa al derecho penal. Sin embargo, creo que es necesario distinguir estos casos del hipotético conocimiento de los riesgos por parte del inimputable, y una posición como la mantenida por JAKOBS llevaría a equipararlos: la inevitabilidad del error de prohibición invencible sería la misma que la del inimputable, tal como ha entendido PAWLIK. No comparto esta idea, como ya he indicado antes (*Indret penal*, 3, 2017, pp. 24 ss.), y precisamente porque en la *ignorantia iuris* subsiste la voluntariedad en un sentido aristotélico, lo que recoge un hegeliano como MICHELET. Por eso, no creo que la solución, desde el punto de vista del error, sea la denominada teoría del dolo.

2. Sobre el *dolus indirectus*, el planteamiento de JAKOBS me parece irreprochable, tanto en su justificación como en su desarrollo. En realidad, me parece dudososo que la tesis central sea la que aparece como punto de partida (dolo con inclusión de la conciencia de lo ilícito), y más bien creo que se encuentra aquí: en la negación de que, para que exista dolo, sea necesaria la conciencia actual sobre los hechos, como tampoco tiene que ser actual respecto a la ilicitud de la conducta. Además, el desarrollo conceptual de esta idea es, precisamente, el aspecto en el que JAKOBS hace valer la perspectiva metodológica a la que antes me refería.

3. Con esta cuestión han de ligarse, en mi opinión, algunas de las afirmaciones que hace JAKOBS respecto a la imprudencia, que, aunque no es foco central de atención, permite el desarrollo de la idea del *dolus indirectus*. JAKOBS mantiene aquí –lo afirma desde 1972– que no existe en HEGEL imputación imprudente. Pero, más allá de los matices que considero necesarios en este punto (*La imprudencia en el derecho penal*, 2012, pp. 136 ss.), creo especialmente interesante la explicación de JAKOBS –fundamentalmente antropológica– para cimentar la idea de la responsabilidad de imprudencia. Me parece crucial que, en este punto, aluda a la «desorientación» (p. 20). «Desorientación» en la imprudencia, frente a «desinterés» del *dolus indirectus*.

En todo caso, y sea mayor –como en mi caso– o menor la coincidencia con las tesis de JAKOBS en esta obra, es obvio que a nadie pueden dejar indiferente, y que se trata de una lectura necesaria en cualquier estudio sobre la responsabilidad fundada en lo subjetivo. Por esa razón, la dogmática del derecho penal tiene, con esta *Crítica del concepto de dolo*, una nueva deuda con su autor.

Leopoldo Puente Rodríguez, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal, Marcial Pons, Madrid, 2021, 523 páginas

Ángel José Sanz Morán
Universidad de Valladolid
ajsanz@uva.es

La obra que nos ocupa en estas páginas vuelve sobre una materia que viene suscitando intensa atención en nuestra doctrina penal en los últimos años: el tratamiento jurídico-penal del sujeto imputable y peligroso. Lo hace, sin embargo, desde unos presupuestos metodológicos que resultan altamente novedosos, lo que, de entrada, la convierte en una investigación muy sugerente. Como señala en el Prólogo –en sí mismo, una magnífica recensión– el profesor PEÑARANDA RAMOS, pese a la intensa discusión que ha provocado la materia aquí abordada, «no existe un mínimo grado de acuerdo acerca de cuál puede ser el tratamiento penal adecuado»; de ahí que uno de los méritos decisivos de este trabajo sea el de «desbrozar tan importante cuestión de algunos juicios preconcebidos y malentendidos» (p. 16)¹. Que ello se haga en el contexto de la elaboración de una tesis doctoral, como la que está en origen de esta contribución, resulta especialmente significativo; pues el bagaje de conocimientos acreditado, la facilidad expositiva, la solvencia argumentativa y, en fin, la coherencia de las soluciones propuestas con los presupuestos de los que se parte –sean o no compartidas por quien suscribe estas líneas–, superan con creces lo que se observa en los trabajos doctorales al uso, con lo que estoy anticipando mi valoración muy positiva de la obra. Eso sí, la sorpresa no es tan grande si consideramos que Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ tiene como maestro y director de la investigación al mencionado profesor PEÑARANDA RAMOS y que ésta se ha llevado a cabo en el seno de ese formidable grupo de penalistas que supo reunir, en la Universidad Autónoma de Madrid, el maestro RODRÍGUEZ MOURULLO.

Pero vayamos con el contenido de esta importante monografía. Ya en su *Introducción* (pp. 25 ss.), además de encuadrar la materia abordada en el más amplio debate sobre *la expansión del derecho penal* (recurrimos aquí, obviamente, al título de la obra de referencia de SILVA SÁNCHEZ), explica PUENTE RODRÍGUEZ (pp. 36-37) el sentido de la sistemática seguida en la investigación: la obra se divide en tres partes, referidas, respectivamente, a la peligrosidad criminal, la imputabilidad y las medidas de seguridad, destinando a cada una de ellas dos capítulos: el primero «con un propósito eminentemente descriptivo» y el segundo «con uno tendencialmente crítico» (p. 37). Obviamente, serán estos últimos los que más nos interesen en esta recensión. Veámoslo con algo de detenimiento.

¹ Las páginas indicadas en el texto corresponden siempre a las de la obra que comentamos. Se mantienen, por otra parte, las cursivas utilizadas por el autor en las expresiones o frases literalmente extraídas del texto, que ofrecemos siempre entrecomilladas.

El capítulo I aborda, en clave predominante descriptiva, el concepto de peligrosidad criminal. Comienza determinando a qué efectos es relevante este concepto (pp. 43 ss.), dado que, como resulta notorio, su exigencia no sólo se vincula a la imposición de medidas de seguridad –su «ámbito paradigmático de aplicación» (p. 45)–, sino que cobra también relevancia en conexión con determinadas instituciones estrictamente penales: suspensión condicional, agravación por reincidencia –cuya fundamentación es objeto de un análisis particularmente esclarecedor (pp. 59 ss.)–, prisión permanente revisable –donde apunta a un problema que ya planteara, hace algunas décadas, mi maestro, el profesor TORÍO LÓPEZ, el de si se trata de una verdadera pena o más bien de una medida de seguridad (p. 80)–, o la medida cautelar de prisión provisional. Tras el análisis de estas diversas instituciones, nos resume PUENTE RODRÍGUEZ el debate doctrinal (fundamentalmente en el ámbito anglosajón) relativo a si cabe hablar de «castigo» de la peligrosidad (pp. 81 ss.). A continuación, se aborda de manera sucinta el concepto de peligrosidad criminal (pp. 92 ss.), para cerrar este primer capítulo con una completa recapitulación del debate más actual en torno a los métodos de predicción de aquélla (pp. 97 ss.), centrándose en el contraste entre método clínico y método actuarial (pp. 101 ss.) y apuntando incluso, en un breve excuso final, al problema de si la moderna investigación neurológica permite avances significativos en el ámbito de la predicción de conductas futuras. Es de agradecer que el autor cierre éste, como el resto de los capítulos de la obra, con una recapitulación de las conclusiones parciales alcanzadas (pp. 118-119).

El segundo capítulo vuelve sobre la peligrosidad criminal, pero ahora en perspectiva crítica (pp. 121 ss.). Como anticipa en la Introducción al mismo, tratará de «demostrar que los conceptos de “peligrosidad” y “riesgo” no deben ser confundidos, pues deben servir a fines distintos». Así como «poner también de manifiesto que las más recientes caracterizaciones del concepto de “peligrosidad” ensanchan demasiado el ámbito de su significado». Además de ello, y de acuerdo con un planteamiento metódico que no se quede en el plano epistemológico «(cómo y cuánto *podemos saber*)», sino que afronte también la discusión ética «(cómo y cuánto *debemos saber*)», terminará defendiendo «un concepto de peligrosidad que pueda adscribirse al sujeto como una propiedad de éste» (p. 121), entendiendo que ello comportará «una más sencilla restricción del concepto» (p. 122). Entrando ya en materia, comienza PUENTE RODRÍGUEZ recordando la «carga normativa» del concepto de peligro (pp. 122 ss.); y ello, como mínimo, desde una doble perspectiva: «alguien es peligroso a *determinados efectos* (juicio normativo cualitativo) cuando representa a ese respecto una probabilidad *suficiente* (juicio normativo cuantitativo)» (p. 124), aunque podría hablarse de un tercer y hasta un cuarto juicio normativo, referidos a la valoración positiva del bien de probable lesión y a la «desviación del estándar normal» (p. 125). Se ocupa, a continuación, nuestro autor, del problema de la imputación del coste del desconocimiento (pp. 129 ss.) y del contraste entre fiabilidad empírica y límites normativos (pp. 131 ss.), antes de pasar a formular su propuesta conceptual, núcleo de este capítulo (pp. 143.). A tal efecto, comienza recapitulando los postulados de que parte (pp. 143-144), para concluir, en base a argumentos morales y pragmáticos, la necesidad de «prescindir de los factores que escapan a la responsabilidad del sujeto a la hora de determinar la probabilidad de que alguien delinca»; pues, aunque ello suponga una valoración de la peligrosidad menos precisa, tal precisión «no es un valor en sí mismo, sino un medio dispuesto para un fin» (p. 149). Aclara, sin embargo, a continuación, que está «definiendo un concepto de peligrosidad operativo únicamente para sujetos imputables» (p. 149), dado que «no es lícito caracterizar del mismo modo la peligrosidad criminal cuando ello se hace para imponer una medida de seguridad terapéutica que cuando se requiere para privar de derechos a alguien con un propósito inocuizadora» (p. 150). Y defiende PUENTE RODRÍGUEZ, sobre la base de estos presupuestos, «un concepto de la peligrosidad de marcado carácter subjetivo», esto es, «que pondere únicamente aquellos factores que son

achacables al sujeto en cuestión y no a la sociedad en su conjunto» (p. 150), defendiéndolo frente a posibles objeciones (pp. 155 ss.). Volveremos después sobre estas cuestiones. Además del resumen de las conclusiones obtenidas que, como señalábamos más arriba, cierra todos los capítulos de esta obra, anticipa el autor, en un breve, pero esclarecedor apartado (p. 160), la orientación que seguirá la indagación sucesiva.

El capítulo III, aborda –en el sentido fundamentalmente descriptivo de los capítulos impares– el concepto de imputabilidad o, por expresarlo con sus mismas palabras, «el proceso de atribución de la imputabilidad». Comienza situando el concepto en el contexto de una teoría material de la culpabilidad (pp. 163 ss.), orillando, al respecto, de manera justificada, el debate sobre el libre albedrío (pp. 174 ss.): «la defensa de la libertad o bien es correcta, o bien es útil, o bien es inevitable» (p. 185), para centrarse, a continuación, en el interrogante ¿qué significa ser imputable? (pp. 185 ss.), analizando los elementos a tomar en consideración a la hora de abordar una respuesta al mismo (proceso de comparación, objeto de referencia, propiedad comparada e instrumento de medición), ninguno de los cuales, en opinión de PUENTE RODRÍGUEZ, «admite una caracterización exclusivamente empírica (o, más precisamente, libre de juicio de valor)» (p. 197), lo que le lleva a analizar lo que hay de fáctico y de normativo en la imputabilidad (pp. 197 ss.). Se ocupa, a continuación, nuestro autor, de la imputación de responsabilidad en comunidades simples: la «imputabilidad animal» (pp. 203 ss.), para concluir caracterizando las causas de inimputabilidad como «selección de la diferencia» (pp. 211 ss.), observando que, pese a que no cabe prescindir «de las capacidades cognitivas y volitivas como criterios relevantes a la hora de asignar responsabilidad penal», su «grado de delimitación y exigencia es enormemente contingente» (p. 216). Se trata, en definitiva, de «determinar cuánto de fáctico y de normativo hay y no, como a veces parece que se pretende, establecer si hay algo de fáctico o de normativo» (p. 217). Y, antes de la consabida recapitulación de conclusiones, se incluye un esclarecedor excuso sobre el elemento temporal del juicio de imputabilidad (pp. 219 ss.), en el que concluye «que no sería correcto tratar de integrar en el concepto de (in)imputabilidad (*stricto sensu*) las regulaciones de las mal llamadas “inimputabilidades sobrevenidas”» (p. 225).

El siguiente capítulo (el IV) se enfrenta, no tanto descriptiva, cuanto críticamente con el significado de la inimputabilidad (pp. 231 ss.). Tras un apunte sobre las relaciones entre psiquiatría y derecho penal (pp. 232 ss.), claramente resumidas en el párrafo final del epígrafe, pasa PUENTE RODRÍGUEZ a ocuparse con el problema central de «cuánto individualizar», en la determinación de la (in)imputabilidad, pues, «aunque la primera respuesta que acuda a la cabeza del lector (...) sea: todo lo posible» (p. 240), no puede obviarse la existencia de importantes límites a tal individualización, unos de carácter funcional (pp. 241 ss.) y otros –analizados de manera especialmente minuciosa–, de naturaleza axiológica (pp. 246 ss.), debidos a que «individualizar es distinguir y las distinciones no son neutras (...), pueden suponer importantes costes que también deberían ser tenidos en cuenta» (p. 247). En particular, se nos advierte de los problemas que comporta la caracterización del inimputable como «anormal» (pp. 266 ss.), con el efecto estigmatizador que ello conlleva. Una vez aclarados los anteriores extremos, aborda PUENTE RODRÍGUEZ una de las cuestiones centrales del trabajo: si cabe hablar de sujetos imputables peligrosos (pp. 282 ss.), concluyendo que «se puede (y se debe) incorporar perfectamente al sujeto peligroso en el concepto de “imputable”» (p. 289); o, con mayor precisión: «no es incompatible caracterizar a un sujeto de las dos formas (como imputable y como peligroso); lo que resulta inaceptable e inconsistente es *tratar* a un mismo sujeto de ambas maneras a la vez» (pp. 289-290). Así pues, la contradicción «no residiría en los conceptos, sino en las consecuencias que de ellos se desprenden» (p. 290). Y cierran el capítulo, además de las conclusiones parciales existentes en cada uno de ellos, tres epígrafes de carácter complementario

–y de extensión, por ello, mucho menor–, referidos, respectivamente, a las distintas formas de exclusión (pp. 299 ss.), al fundamento material de la culpabilidad (pp. 302 ss.) –al hilo del cual plantea, de manera muy sugerente, el sentido de la relación entre las cuestiones de «quién responde», «por qué se responde» y «ante quién se responde»– y a las consecuencias del concepto de imputabilidad defendido para los sujetos peligrosos (pp. 310 ss.), epígrafe en el que muestra cómo pueden armonizarse la primera y la segunda parte del trabajo, antes de adentrarse en la tercera, relativa a las medidas de seguridad.

A ellas se destinan, en efecto, los dos últimos capítulos de la obra que comentamos, manteniendo siempre la reiterada separación entre una aproximación más descriptiva y otra de carácter crítico. Lo primero se lleva a cabo en el Capítulo V (pp. 313 ss.), que recoge, de manera sintética, el origen, el concepto y el régimen legal de las medidas de seguridad, dejando para el capítulo siguiente el problema del fundamento de las mismas, aunque se apunta ya a la necesidad de una fundamentación ética de las mismas, más allá de su utilidad, en la línea que ya planteara hace más de medio siglo, con notable claridad, el profesor RODRÍGUEZ MOURULLO (pp. 346 ss.).

La aproximación crítica a las medidas de seguridad, recogida en el Capítulo VI de la obra que comentamos, comienza ocupándose de la distinción entre penas y medidas de seguridad, preguntándose su autor, en primer lugar, por el «por qué» de la distinción (pp. 355 ss.), cuestionando que sea la pena «lo peor que el Estado puede dirigir al ciudadano, la restricción de derechos más afflictiva posible» (p. 358), y concluye que la necesidad de distinguir se debe, sobre todo, a las diversas garantías que acompañan a una y otra institución (p. 361). Ahora bien, al abordar el «cómo» de la distinción entre penas y medidas (pp. 361 ss.) muestra PUENTE RODRÍGUEZ las enormes dificultades que ello plantea, lo que le lleva a concluir, cuando se pregunta por el «precio» de tal distinción (pp. 366 ss.), que «si la distinción es muy difícil y las consecuencias son importantes en términos de garantías, el coste de la distinción puede ser el error» (p. 367). De ahí la necesidad de construir las instituciones jurídicas atendiendo a las consecuencias (pp. 369 ss.). Y concluye esta primera parte del capítulo con la comparación, en cuanto a su respectiva lesividad, entre el derecho penal y el derecho de daños (pp. 378 ss.). Y llegamos así al núcleo de este Capítulo, el epígrafe en el que se cuestiona la legitimidad de las medidas de seguridad para imputables (pp. 383 ss.), partiendo de la necesidad de fundamentar en términos diversos las medidas de seguridad inocuidadoras y las de carácter terapéutico-asistencial (pp. 384 ss.). Tras una serie de advertencias preliminares relativas a cómo debe plantearse este problema de legitimación, se ocupa críticamente con algunos de los argumentos más frecuentemente aducidos, como el principio (pp. 392 ss.) del interés preponderante –que, afirma categóricamente PUENTE RODRÍGUEZ, «no es mucho más que una carcasa vacía» (p. 393)–, la «pérdida de inmunidad» (pp. 395 ss.), o el paralelismo con lo que sucede en las «cuarentenas» (pp. 404 ss.), matizando de manera muy completa la diferencia entre el caso del «sujeto altamente infeccioso» y el «sujeto altamente peligroso», y ofreciendo incluso un claro cuadro-resumen de las diferencias (p. 411). Tras esta caracterización, en términos generales, del problema, pasa nuestro autor al análisis de algunas formas concretas de respuesta frente al sujeto imputable peligroso, comenzando por los ejemplos paralelos de la *Sicherungsverwahrung* y el *civil commitment* (pp. 411 ss.), para analizar, a continuación, el problema de la libertad vigilada en España (pp. 432 ss.). Tras estos ejemplos comparados, se ocupa PUENTE RODRÍGUEZ de otras cuestiones específicas relacionadas con el problema general de la respuesta jurídico-penal frente al sujeto imputable peligroso, como la del «destinatario» de la sanción (pp. 439 ss.) y, en particular, el problema de la posible infracción del principio *non bis in ídem* en que se incurría imponiendo conjuntamente penas y medidas a un mismo sujeto (pp. 450 ss.). Y antes de concluir con la consabida recapitulación este capítulo final de su obra, apunta PUENTE RODRÍGUEZ al papel de la función

preventiva del derecho penal en conexión con las distintas vías de «acumulación» (pp. 464 ss.), proponiendo acumular también los límites de las distintas formas de intervención y asegurarse de que cada una de éstas «no contamine» a la otra (son muy ilustrativos, a este respecto, los esquemas gráficos de las pp. 474 y 477). Y apunta brevemente, en el último epígrafe, al «auténtico problema: la necesidad de una dogmática de las consecuencias jurídicas orientada a las garantías» (pp. 478 ss.).

Como resulta convencional en las publicaciones que recogen el contenido de una tesis doctoral, se cierra esta obra con un preciso resumen de las conclusiones obtenidas (pp. 483-489) y el amplísimo listado de la bibliografía utilizada, muestra elocuente de la seriedad de la obra que comentamos.

Obviamente, que la misma nos merezca una valoración muy positiva no significa que compartamos todos los planteamientos del autor, o que no podamos manifestar algunas reservas. A título de ejemplo, pese al notable esfuerzo argumentativo desplegado, no acabamos de ver clara la necesidad de operar con distintos conceptos de «peligrosidad criminal», según se trate de sujetos imputables o inimputables. Parece apuntar el autor al dato decisivo de que las medidas aplicables tienen distinta finalidad, asegurativa, en el primer caso y terapéutico-asistencial en el segundo. Pero ello no tiene por qué ser necesariamente así: no es posible prescindir del carácter asegurativo, en muchos casos, en medidas impuestas a inimputables (piénsese en los mecanismos de «alejamiento»), ni del carácter terapéutico-asistencial en las reservadas a imputables (por ejemplo, seguimiento de programas formativos como posible contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria). Es oportuno recordar, por otra parte, que la separación entre inimputables e imputables no es tan tajante como puede parecer a primera vista, máxime si se normativiza, como lo hace PUENTE RODRÍGUEZ, el concepto de inimputabilidad. Baste recordar, a estos efectos, la existencia en distintos sistemas penales (entre ellos, el nuestro), de la categoría del «semiimputable», supuesto en el cual apenas se discute la imposición conjunta de pena y medida, por más que aquella se reduzca en su extensión y se ejecuten en régimen vicarial. Que la categoría del «semiimputable» resulta incómoda desde los presupuestos adoptados en la investigación que comentamos lo evidencia el hecho de que la primera vez que encontramos una referencia algo más amplia a la misma es en una nota en las páginas 328-329. Y debemos insistir una vez más en que resulta escasamente convincente, como argumento en contra de la imposición de penas y medidas al mismo sujeto, el recurso a la jurisprudencia constitucional recaída en los años ochenta del pasado siglo en referencia a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, sentencias que han merecido justificadas críticas por su pobreza argumentativa: literalmente seguidas, llevarían a calificar de inconstitucional el tratamiento dispensado hoy al «semiimputable» en el art. 104 CP.

Tampoco coincidimos con PUENTE RODRÍGUEZ en algún otro aspecto, como, por ejemplo, la valoración positiva que le merece la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el tratamiento de la denominada «imputabilidad sobrevenida» (p. 227) o que sea idéntico el mensaje comunicativo de penas y medidas inocuadoras (pp. 447 y 449), cuestión esta cuya exposición requeriría mayor espacio que el propio de una recensión.

En cualquier caso, se trata de lógicas discrepancias que en modo alguno empañan la reiterada valoración muy positiva que nos merece esta obra. Cuando parecía que estaba ya todo dicho, en relación al tema que nos ocupa, tras las monografías de ARMAZA ARMAZA, SALAT PAISAL o SEITÚN, por mencionar sólo algunas de entre las más recientes, nos encontramos con este trabajo que replantea de manera sugerente muchas de las cosas que parecían ya pacíficas y suscita nuevos

interrogantes, constituyéndose así en una obra que será de obligada referencia en la investigación de esta inacabable materia. Desde luego, pese a mi prolongada ocupación con la misma, es mucho lo que he aprendido y lo que me ha hecho reflexionar este libro de PUENTE RODRÍGUEZ, escrito, por lo demás, con un lenguaje muy claro, lo que siempre es de agradecer.

Réplica a la Recensión de Pablo Sánchez-Ostiz a Encubrimiento, receptación y lavado de activos. Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2021, XIV + 322 páginas (InDret 4/2021)

Alejandra Verde
Universidad de Buenos Aires
alececiverde@gmail.com

-

I

No puedo comenzar esta réplica sin agradecer profundamente a Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ por haberse tomado el trabajo de leer mi libro y por sus reflexiones, críticas y comentarios. Mis propias reflexiones sobre el tema, gracias a eso, serán ahora más finas. Es importante para mí, en efecto, poder continuar esta discusión académica en torno a uno de los temas de parte especial de los que vengo ocupándome desde hace tiempo, a saber: el relacionado con las conductas posdelictuales. Éste, afortunadamente, nunca pierde actualidad. Antes, porque era fundamental distinguirlas correctamente de la participación criminal; y hoy, porque el lavado de dinero se roba la atención de juristas, jueces y legisladores en todas partes; pero su adecuada comprensión requiere un estudio sistemático de la estructura profunda de, precisamente, las conductas posdelictuales en general.

Aprovecho entonces esta oportunidad para continuar con la discusión. Conviene aquí recordar, ante todo, que la obra reseñada por SÁNCHEZ-OSTIZ es una recopilación de artículos que, originariamente, no fueron escritos con el objetivo de conformar un libro. Puede decirse que se trata de «trabajos laterales» que fui escribiendo mientras llevaba a cabo la investigación para mi tesis de doctorado sobre el delito de receptación. Por eso hay entre éstos un hilo conductor que permitió su reunión en un solo lugar, con sus debidas aclaraciones y conexiones.

En lo que sigue voy a concentrarme en algunas de las agudas críticas que dirige SÁNCHEZ-OSTIZ a mis trabajos, y también realizaré algunos comentarios y aclaraciones sobre otras cuestiones puntuales.

II

SÁNCHEZ-OSTIZ, tras enunciar un vasto grupo de casos que quedarían abarcados en el concepto de «conductas posdelictuales» –diferentes a los tradicionales supuestos del encubrimiento, la receptación e incluso el lavado de dinero– y de destacar la razonabilidad de contar con una teoría global o unitaria de las conductas posdelictuales (a las que él denomina «aportaciones post-ejecutivas»), expone ciertos problemas a los que, a su juicio, se enfrenta mi propuesta. Afirma, así, que «la diversidad de las previsiones legislativas (...) supone una dificultad para elaborar esa teoría unitaria».

Esto, claramente, es cierto. Pero lo que yo encuentro de común a todas las conductas posdelictuales es algo muy acotado, relacionado con su estructura, y por tanto independiente de los elementos puntuales de cada tipo en particular. En tal sentido, que éstos sean muy numerosos en ciertas legislaciones no impide, a mi juicio, verificar ese núcleo común.

Lo que sostengo, en concreto, es que las conductas posdelictuales se caracterizan por ser comportamientos típicos que guardan una determinada relación con un hecho anterior que también es ilícito, y que ese delito previo es un elemento normativo del tipo penal posterior. Y esto –simplemente esto– es algo que, me parece, se verifica en todos los tipos penales que, tanto SÁNCHEZ-OSTIZ como yo, caracterizaríamos como posdelictuales.

Claro que, una vez definido ese núcleo común, aparecen múltiples problemas dogmáticos a resolver en relación con lo que, en ese sentido estructural, caracteriza a las conductas posdelictuales. Por ejemplo, es imprescindible determinar qué cabe entender por «delito previo», en el sentido de si debe tratarse de un ilícito culpable o sólo de un ilícito penal. O cómo deben abordarse los problemas específicos de error que surgen a partir de esa estructura de conexión: ¿qué ocurre si el autor del delito posterior yerra respecto de algo relativo al delito previo? ¿Comete, sin más, un error de tipo porque –como dije– el delito previo es un elemento normativo del tipo propio del delito posterior? ¿O puede haber un error de prohibición si el autor del delito posterior yerra no respecto de la ocurrencia fáctica del delito previo, sino respecto de si eso que ocurrió y que le consta es algo prohibido o permitido por el derecho?

Son, ciertamente, problemas complejos, pero propios de la parte general del derecho penal y por tanto independizados de las particularidades de cada tipo. La profusión legislativa no afecta, entonces, la posibilidad de encontrar estos puntos en común entre los tipos que cabe tener como posdelictuales. A su vez, identificar esos aspectos comunes –que es el objeto de este proyecto de teoría unitaria– es útil porque, por un lado, ayuda a detectar problemas importantes que, precisamente por ser generales, se presentan de modo bastante similar y constante en todos los tipos penales de esa naturaleza. Y, por otro lado, porque, como ocurre con toda sistematización, posibilita una solución y un tratamiento uniformes para los mismos problemas, lo que contribuye a evitar contradicciones.

Dicho con otras palabras, no aspiro a encontrar similitudes o diferencias «de parte especial» entre conductas típicas posdelictuales como, por ejemplo, los tipos de uso de moneda falsa, de uso de documento falso, de distribución de pornografía infantil, de lavado de dinero, de recepción, de encubrimiento, etc. Esto, tal como lo señala SÁNCHEZ-OSTIZ, sería sin dudas demasiado arduo y no tendría sentido abordarlo desde una teoría unitaria –y por tanto situada en un plano de abstracción considerable– sobre las conductas posdelictuales: mejor dejarlo en manos de un buen manual de parte especial, cuya utilidad institucional es tan evidente como la diferente clase de aporte que brinda a la ciencia del derecho penal. Mi propuesta tiene pretensiones mucho más modestas y apunta no a describir los elementos de cada conducta posdelictual, sino, como dije, a identificar aspectos más estructurales, con las finalidades que ya señalé.

III

SÁNCHEZ-OSTIZ toma de ejemplo al delito de *Strafvereitelung* (§258 StGB) –obstaculización de la pena– (al que yo equiparo con el encubrimiento o favorecimiento personal) para mostrar que las legislaciones penales vigentes en Alemania, España y Argentina no pueden asimilarse «sin producir alguna distorsión conceptual» del delito tomado como punto de comparación. Sostiene,

entonces, que no se habla de lo mismo en esos países cuando se hace referencia al encubrimiento, ni a la receptación ni al lavado de dinero. En otras palabras, considera que no es posible efectuar un paralelismo entre las conductas mencionadas en esos sistemas jurídicos, porque, de acuerdo con su postura, las diferencias son demasiado importantes.

Luego, y ya desde otro plano, SÁNCHEZ-OSTIZ duda acerca de la precisión que se obtendría si, como yo propongo, se utilizara como modelo al tipo penal alemán de *Strafvereitelung* para delinear una propuesta de reforma de la redacción argentina y española de los enunciados normativos que prohíben el encubrimiento personal.

En sentido similar, afirma que la diferenciación y delimitación del favorecimiento real con el personal produciría una ampliación en el ámbito de las conductas que hasta ahora quedan abarcadas en el concepto de encubrimiento; desconfía que pueda armonizarse mi propuesta con lo que en España se denominó «auxilio complementario» y que hoy es una parte del artículo 451 del CP español que tipifica el encubrimiento; cuestiona una posible falta de justificación de una pena e incluso la afectación del *ne bis in idem* cuando un solo hecho realiza las dos formas de encubrimiento, y afirma que, en el plano fáctico, la delimitación entre ambos delitos, por las dificultades que implica la prueba de los ánimos del agente, sería muy compleja.

Se trata, como se ve, de un conjunto de cuestionamientos que, por razones de espacio, en este lugar intentaré abordar de manera breve y conjunta. Ante todo, debo decir que lo que procuré lograr con mis contribuciones a este ámbito de problemas fue nada más que una tipificación ordenada y delimitada de cada una de esas clases de conducta: encubrimiento real y personal; y que, para ello, presté especial atención –como cualquiera lo haría desde una teoría de la parte especial del derecho penal– tanto al bien jurídico que afectan (o al daño que causan) cuanto a su incorrección moral o ilicitud material. Es verdad que, en algunos aspectos, mis propuestas son *de lege ferenda*. Pero todo lo que persiguen es lograr más precisión conceptual. De esto solo no tiene por qué seguirse una ampliación de los casos individuales que debieran quedar abarcados en el concepto de encubrimiento, y de hecho no es eso lo que sucede a partir de mis propuestas conceptuales. Pero de todas formas, si así fuese, ello no tendría por qué ser visto como algo negativo *per se*, en tanto esté debidamente justificado.

De hecho, es bastante más probable que nuestros desacuerdos genuinos giren en torno a qué consideramos que afectan las conductas de encubrimiento real y personal. Si –como lo propone SÁNCHEZ-OSTIZ en su magnífica monografía– las normas que prohíben el encubrimiento no protegen bienes jurídicos «propios», sino que son «normas de resguardo» que «sirven a la tutela de los respectivos bienes jurídicos de los delitos a los que accede» y que garantizan «la restauración de la situación previa, anterior al delito en cuestión» (p. 278), seguramente tendremos puntos de partida y de llegada difícilmente conciliables.

Pero incluso con estas diferencias de base –sobre las que, por las cuestiones de espacio indicadas, no puedo profundizar aquí– tampoco parece plausible que la propuesta de SÁNCHEZ-OSTIZ sea algo así como intrínsecamente limitadora del *ius puniendi* estatal, o que lo haga en mayor medida que la postura que propicio. Y me interesa insistir en que, aun si lo fuese, en este caso eso no tendría que ser considerado, *per se*, una virtud. Creo, sinceramente, que lo importante de una caracterización conceptual es que sea correcta. Y si ello conlleva un incremento del *ius puniendi*, pero eso a su vez está justificado desde los distintos planos posibles (el constitucional, el político-criminal, el moral, etc.), entonces no tiene por qué verse en ello –nuevamente: *per se*– un problema.

IV

Palabras aparte merece el art. 451.1.1 del CP español, que contiene lo que antiguamente se denominaba «auxilio complementario» y que hoy es una forma de encubrimiento. Creo que, *de lege lata*, le asiste razón a SÁNCHEZ-OSTIZ sobre este aspecto: ese tipo penal es un escollo y no es fácil delimitarlo de la receptación ni del favorecimiento personal. Sin embargo, mi análisis bien puede valer como crítica *de lege ferenda* para propiciar la reforma de un tipo penal precedido por una técnica legislativa que, a mi juicio, es bastante confusa. No debe perderse de vista que la regulación del encubrimiento como delito autónomo del hecho previo es, en España, algo relativamente novedoso. Y es esa nueva comprensión, precisamente, lo que el legislador español, en este caso, parece haber desatendido.

Tampoco debería generar problemas –y en particular no con el *ne bis in idem* y con lo relativo a la cuantía de la pena– mi propuesta de deslindar el favorecimiento real del personal en artículos diferentes. Si un hecho realiza las dos formas de favorecimiento, la cuestión ha de resolverse, sin dificultad alguna, con las reglas propias del concurso de delitos o de leyes, según corresponda. Me parece que lo que tenemos ahora, tanto en España como en Argentina, son varios supuestos de encubrimiento (o favorecimiento) casi superpuestos en un único artículo y redactados, a mi juicio, con mala técnica legislativa, como ya dije. Una tipificación sistematizada y más ordenada –como la que he intentado proponer– sólo debería, por tanto, conllevar ventajas.

V

Desde luego que, con lo expuesto hasta aquí, no pretendo de ningún modo dar por concluida esta discusión. Todo lo contrario: ¡sólo espero que esta conversación continúe! De hecho, ha sido muy fructífera para mí, claramente la principal beneficiada. Agradezco nuevamente a Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ por darme la oportunidad de que esto ocurriera y de que pueda avanzar hacia nuevos estadios.