

Recensiones:

Recensión a Rainer FORST/Klaus GÜNTHER, *Normative Ordnungen*, Suhrkamp, Berlín, 2021, 683 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Cristina GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas, por Roberto CRUZ PALMERA

Recensión a Guillermo YACOBUCCI, *(In)Exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021, 332 páginas, por Germán ALEGRE

-

InDret

3.2022

Rainer Forst/Klaus Günther, Normative Ordnungen, Suhrkamp, Berlín, 2021, 683 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
 Universidad de Navarra
 pablosostiz@unav.es

-

Desde 2006 viene trabajando en la *Goethe-Universität Frankfurt am Main* el grupo interdisciplinario de investigación «Normative Ordnungen / Normative Orders» (<https://www.normativeorders.net/de/>). En él se integran académicos de muy diversa procedencia universitaria y temática, pero unidos todos por un proyecto común: desentrañar los niveles y manifestaciones de la normatividad en nuestras relaciones personales y sociales. Hablar de normatividad es referirse al Derecho, pero también a la ética, la ciencia política, la religión, la sociología o las relaciones internacionales, sin excluir las ciencias de la comunicación o el arte.

El concepto de «normative Ordnung» proviene de otros autores, particularmente se cita la influencia de KELSEN (p. 9), pero se emplea aquí para referirse no solo al ordenamiento jurídico, sino también a muchos otros órdenes regulativos de conductas en sociedad. Según se expresa desde el comienzo, se trata de comprender cómo se conforman y se asientan los ordenamientos de nuestras sociedades, cómo subsisten, mutan o se quiebran. Se busca ahondar en los factores constitutivos y justificatorios de esos ordenamientos, en un plano tanto nacional como transnacional, lo cual incluye atender a su estructura narrativa (el de narrativa es un concepto clave en este proyecto: p. 14), su naturaleza jurídica, el carácter moral, el factor religioso, lo convencional, junto con lo político; y eso, prestando atención a cada uno de tales aspectos por separado, como también a la conjunción de todos ellos. Esto llevó a que el trabajo investigador del grupo fuera desde el comienzo interdisciplinario, combinando planteamientos teóricos con lo empírico, para describir la eficacia tanto normativa como fáctica (p. 10). Sin duda, una empresa titánica por lo amplio que resulta el objeto y variadas las perspectivas metodológicas a emplear.

El grupo surge como resultado de una iniciativa de política científica y universitaria que ha conitado múltiples intereses y proyectos para aunarlos en un esfuerzo conjunto que trascienda particularismos aislados o provincialismos, y que se ha plasmado en numerosos proyectos en marcha y una serie de líneas de trabajo. Tuvo en su origen un grupo de excelencia (*Cluster of Excellence*) denominado «Die Herausbildung normativer Ordnungen» que, en el marco de diversas iniciativas de los gobiernos federal y de los estados, recibió el apoyo de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*. La puesta en marcha de este grupo ha sido posible también con la colaboración de otras instituciones, como el *Frobenius-Institut*, la *Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, el *Institut für Sozialforschung*, el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg), junto con la *Technische Universität Darmstadt*, además de la propia *Goethe-Universität*.

La obra colectiva aquí recensionada no es uno más de los abundantes trabajos conjuntos de este grupo, sino que marca un nuevo hito en los avances alcanzados. Es el producto tangible de un trabajo coordinado de muy variados académicos que durante años vienen acotando los problemas y aportando visiones interdisciplinarias. Aquí hay algo más que una colectánea de temas afines: es expresión de un trabajo coordinado de diversos investigadores en ciencias sociales que ha dado

no pocos frutos y resultados. No en vano su título coincide con el del grupo, como mostrando su carácter de presentación conjunta –una más– de resultados a la comunidad académica y social. A juzgar por las actividades y publicaciones que se mencionan en su sitio web, los quince años que median entre su origen y este volumen, no han sido escasos en productividad (cfr. <https://www.normativeorders.net/de/publikationen>). Tampoco parece haber sido tarea fácil, pues se trataba de dar cuerpo a una idea ambiciosa, poliédrica, casi inasible, esquiva y sobre todo ardua, si lo que se pretende es delimitar sus dimensiones y abarcar todas las cuestiones que implica. Otro trabajo relevante fue *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt a.M., 2011, con las ponencias del simposio que en 2008 tuvo lugar bajo dicho título, en el ámbito del entonces grupo de excelencia que ya ha sido mencionado.

Normative Ordnungen se compone de 27 contribuciones, más una introducción. En total, intervienen 32 académicos de perfiles variados: predominan los que se ocupan de cátedras o institutos de Derecho (Armin VON BOGDANDY, Christoph BURCHARD, Matthias GOLDMANN, Klaus GÜNTHER, Stefan KADELBACH, Alexander PEUKERT, Ute SACKOFSKY e Ingo VENZKE), o de Filosofía (Stefan GOSEPATH, Jürgen HABERMAS, Axel HONNETH, Matthias LUTZ-BACHMANN, Christoph MENKE, Martin SEEL, y Marcus WILLASCHEK); pero también de Economía política (Rainer KLUMP y Pascal WOLFF), Etnología (Mamadou DIAWARA y Susanne SCHRÖTER) o Relaciones internacionales (Christopher DAASE y Nicole DEITELHOFF), junto a historiadores (Annette IMHAUSEN, Bernhard JUSSEN y Hartmut LEPPIN), sociólogos (Martin SAAR y Sighard NECKEL) y politólogos (Nikita DHAWAN, Rainer FORST, Darrel MOELLENDORF y Jens STEFFER), así como teóricos de la comunicación (Angela KEPPLER) o del cine (Vinzenz HEDIGER). Entre los juristas, los hay de Derecho público e internacional público (Armin VON BOGDANDY, Matthias GOLDMANN, Stefan KADELBACH, Ute SACKOFSKY e Ingo VENZKE), privado (Alexander PEUKERT) y penal (Christoph BURCHARD y Klaus GÜNTHER).

Tras la breve introducción (pp. 9-21), a cargo de Rainer FORST y Klaus GÜNTHER, coordinadores de la edición y codirectores del proyecto, el volumen se halla distribuido en cuatro partes, cada una de ellas encabezada por la referencia a una cuestión: ¿qué vale?, ¿qué vale dónde?, ¿quién narra qué y cómo?, y ¿quién ordena qué? Se trata de las cuestiones que reflejan los elementos fundamentales del programa de investigación propuesto (p. 18).

En la primera (I: La ambivalencia de los órdenes normativos) se dan cita sobre todo filósofos. En sus contribuciones abordan la esencia de lo normativo de esos ordenamientos, su doble operatividad entre facticidad y validez. Se incluye aquí el estudio comparativo de cómo puede obrar una moralidad basada en pretensiones de universalidad de cuño kantiano frente a las de orden hegeliano (Jürgen HABERMAS); la relación entre Derecho y moralidad (Axel HONNETH); una teoría de los órdenes de justificación (Rainer FORST); cómo se comportan entre sí la corrección normativa y la validez social (Marcus WILLASCHEK); la comprensión de los ordenamientos normativos como «segunda naturaleza» (Christoph MENKE); cómo ha de entenderse la normatividad inmanente de tales órdenes (Martin SAAR); o cómo ha de fundamentarse un orden normativo liberal entendido como dominio o como justificación (Christopher DAASE y Nicole DEITELHOFF). Son contribuciones que derivan de la cuestión fundamental de *qué tiene validez, qué vale*, a la que se busca dar respuesta desde diversos puntos de vista y que admite variados desarrollos. Como era de esperar, hay más propuestas aproximativas y parciales que respuestas definitivas.

En la segunda parte (II: La universalidad de los órdenes normativos), se combina la visión filosófica e histórica, con la de internacionalistas y politólogos; una variedad que puede ser

oportuna para abordar la nada sencilla cuestión de *¿qué vale dónde?* o, con otras palabras: ¿hasta dónde se extiende la validez de esa pretendida normatividad? Se incluye aquí una visión crítica desde el postcolonialismo (Nikita DHAWAN), o se exploran alternativas posibles al eurocentrismo (Bernhard JUSSEN); pero también se realiza una propuesta de posibles fundamentos para llevar a cabo tareas nada fáciles como las de elaborar una filosofía global dialógica (Stefan GOSEPATH), fundamentar valores absolutos como el de la dignidad humana (Matthias LUTZ-BACHMANN), y los derechos humanos, diversificados como están en enfoques y perspectivas parciales (Stefan KADELBACH); o se analizan los requerimientos para el uso de la violencia en el ámbito internacional (Armin VON BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE), o finalmente cómo influye el populismo en el contexto político internacional (Jens STEFFER).

Partiendo del convencimiento de que un orden normativo, para ser tal, recurre a narrativas de diversa clase que logren su justificación (p. 14), se exponen algunos intentos dirigidos a tal fin. Sobre la capacidad de rendimiento de esas narrativas tratan las contribuciones de la tercera parte (III: La performatividad de los ordenamientos normativos) o, formulado en términos de cuestión: *¿quién narra qué y cómo?* Intervienen autores de procedencia plural, pero con el objetivo conjunto de exponer cómo los órdenes normativos se hacen vida real plasmándose en diversos instrumentos y recurriendo a narrativas de justificación. Así, se estudia, a modo de ejemplo, cómo pudo hacerse realidad en una comunidad con base religiosa cristiana de la antigüedad, a comienzos del siglo V (Hartmut LEPPIN); o cómo planteamientos científicos se hallaban presentes en la configuración de la sociedad del antiguo Egipto (Annette IMHAUSEN); o de qué manera operan utopías políticas religiosas islámicas, basadas en la *Djihad* (Susanne SCHRÖTER). Pero también, y en extraña asociación temática, se aborda cómo los conceptos jurídicos de derechos de autor y propiedad intelectual modifican y configuran nuestro modo de entender la cultura (Mamadou DIAWARA); o cómo es empleado el cine como canal de narrativas de justificación de diversos órdenes normativos (Angela KEPPLER y Martin SEEL); o la fuerza normativa que puede tener la documentación –fotografía, teatro, cine...– de los hechos a la hora de criticar y deslegitimar narrativas pretendidamente justificantes de un orden político o social (Vinzenz HEDIGER); junto con la capacidad de justificación que de hecho despliegan algunas explicaciones económicas de los fenómenos, como la del efecto derrame o «trickle down» (Rainer KLUMP y Pascal WOLFF).

Finalmente, en la cuarta parte (IV: Dinámica y fragilidad de los ordenamientos normativos) se expone cómo evolucionan las diferentes maneras de justificarlos y cómo se operan en contextos cambiantes. Retoman aquí la palabra sobre todo los juristas. En concreto, para exponer cómo en sociedades caracterizadas por la digitalización y mediante la inteligencia artificial, puede verse afectado el modo de lograr conductas de los ciudadanos (Klaus GÜNTHER); o de qué forma la «sociedad de la predicción» está cambiando el paradigma del Derecho penal (Christoph BURCHARD); también, de qué manera en conceptos jurídicos como el de propiedad intelectual pueden estar operando dinámicas de poder (Alexander PEUKERT), o cómo pueden cuestionarse algunos modos de operar de los tribunales ante planteamientos discriminatorios por razón de sexo (Ute SACKOFKY). Junto a estos, resulta interesante la exposición de cómo esos órdenes normativos consiguen estabilizarse o, en cambio, acaban en su destrucción (Sighard NECKEL); así como, por último, qué planteamientos cuentan con fundamentos sólidos (esperanzas) en un orden normativo (Darrel MOELLENDORF). Buscando el paralelismo con las restantes partes, ahora se cuestiona *¿quién ordena qué?*

Sin menoscabo de la relevancia de las contribuciones singulares y de sus autores, revisten especial interés algunas contribuciones, de las que se deja aquí constancia.

Por un lado, la de HONNETH (pp. 42-73), titulada «Recht und Sittlichkeit. Aspekte eines komplexen Wechselverhältnisses», donde, a propósito de la obra de Mark OSIEL (*The Right to Do Wrong. Morality and the Limits of Law*, 2019), aborda la cuestión del significado normativo de la moralidad (*Sittlichkeit*) y cómo esta puede afectar, limitar, modificar el Derecho (p. 43). Frente a la tradicional separación –o incluso enemistad–, se constata cómo existen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos subjetivos que provienen de razones morales atendibles, o al menos planteables (pp. 44-49). A partir del concepto hegeliano de «Sittlichkeit», se cuestiona cómo es posible legitimar la moralidad en los diversos grupos sociales. Allá donde el Derecho tiene y ejerce pretensiones sobre las conductas de los sujetos en un grupo social, allí existe ya una moral cotidiana o «Alltagsmoral» (p. 54), que no es menos importante para el Derecho, pues cuanto más débiles sean los convencimientos morales de los ciudadanos de una sociedad, más habrá de sobreactuar el Derecho para compensar y hacer cumplir la exigencia de conductas (p. 56). Ambos, Derecho y moral, tiene mucho que decir pues ambos se refieren a las conductas humanas que se pretende conseguir o evitar. No se trata de reflejar en Derecho todo contenido de relevancia moral, sino de atender a sus mutuas relaciones e intersecciones. Que habrá que revisar los tradicionales planteamientos entre ambos órdenes es algo que parece claro (p. 72).

También resulta de interés la contribución de FORST («Normativität und Wirklichkeit. Zu einer kritisch-realistischen Theorie der Politik»: pp. 74-93), quien esboza su «programa de teoría crítica» –expuesto en otros lugares– como «crítica de las relaciones de justificación» que empleamos (descrito en pp. 90 s.). Aquí, plantea la necesidad de hallar justificaciones para las relaciones políticas, tarea ineludible si se parte, como él hace, de que somos seres intrínsecamente buscadores de justificaciones, propias y ajenas, de motivos y razones (pp. 84, 86, 90), sin las cuales no se nos entiende. El de justificación (p. 77) es uno de los que el autor califica como concepto mediador («Vermittlungsbegriff») para superar el abismo entre lo normativo y lo empírico (p. 76). Nuestras complejas y pluralistas sociedades modernas basan los órdenes normativos sobre la base de articuladas narrativas de justificación del uso del poder (p. 83). Se hace preciso desentrañar las narrativas y «contranarrativas» de justificación del poder (p. 84). No se trata de meros intereses de utilidad, sino de «valores fuertes» (en expresión de Ch. TAYLOR) que afectan a lo más personal de los sujetos. Se requiere aportar razones de justificación que no apelen al mero uso del poder, sino que se basen en la capacidad de suscitar validez entre todos los implicados (p. 86). Esto exige comprender la autoridad en estrecha relación con el concepto de autonomía (p. 89), y la justificación misma como un ejercicio de autonomía (p. 87). En última instancia, su planteamiento lleva a entender la democracia como una idea regulativa (p. 88), como ejercicio de justicia y formulación de justificaciones (p. 89).

Se refiere WILLASCHEK a la relación entre validez social y corrección normativa («Soziale Geltung und normative Richtigkeit. Eine social-pragmatische Konzeption von Normativität», pp. 94-116). Si no se cuenta con un criterio estable, no es posible la crítica (p. 95), y se incurre en un inaceptable relativismo (pp. 102, 109-115). Esto significa enfrentar la validez (fáctica) a la corrección (normativa), el relativismo de la primera al carácter absoluto de la segunda. Partiendo de que a todos nos asiste el derecho a recibir justificación de las normas que nos afectan, considera insuficientes algunas fundamentaciones al uso (también la de FORST) y prefiere apelar a un criterio absoluto y no mudable (pp. 101-104). Para esto exige, como condiciones para la validez de una norma, que, como fruto de una exitosa educación, sea ampliamente observada y escasamente infringida en una sociedad dada, así como que sea también posible sancionar sus infracciones y sirva para criticar las conductas opuestas (p. 101). En principio, se presume que una norma que goce de validez social tiene también corrección normativa (p. 104), a no ser que obren fundados motivos para pensar lo contrario, como sería la existencia de situaciones fácticas

que resultan inaceptables o de un conflicto con otras normas coherentes y vigentes (la pertenencia a un sistema de normas es factor de corrección normativa: p. 105). Propone que toda sociedad justifique sus normas en la medida en que no puedan rechazarse con razones que rigen y son aceptadas en la propia sociedad. Y esto opera también para juzgar otras culturas, presentes o pasadas: de estas, podremos considerar como erróneas las normas que resulten incompatibles con las nuestras, a la vez que podremos defender las nuestras frente a las pretensiones de negarles corrección. Ante el riesgo de circularidad, propone recurrir a la idea de «progreso normativo» (pp. 96, 113, 116): resulta posible la confluencia de culturas y sociedades diversas en puntos de referencia firmes y absolutos. Una norma será correcta en la medida en que sea válida socialmente, resista a la crítica con razones aceptables en esa sociedad y sea capaz de mantenerse a lo largo del tiempo (p. 113). A fin de cuentas, ese progreso normativo no es más que la paulatina aproximación a la corrección normativa (p. 115). Más allá de la impresión de que resulta difícilmente viable, lo valioso de su propuesta es plantear un criterio de corrección basado en la argumentación de razones asumibles. Lo que queda por perfilar son dichas razones.

La contribución de LUTZ-BACHMANN aborda el clásico y controvertido tema de la relación entre valores y normas («Werte und Normen», pp. 249-277); y lo lleva a cabo partiendo del origen etimológico de ambos términos (pp. 250-252), para pasar después a su estudio sistemático (pp. 253-263), en donde distingue la acción estratégica de la teleológica y de la regulada por normas. Es en estas últimas donde surge la reflexión por la plenitud de sentido y valor, aquello que constituye nuestra propia identidad, la clase de seres que queremos llegar a ser (Ch. TAYLOR, p. 258). Mientras que la norma admite un doble uso (uno, meramente descriptivo, frente a otro, prescriptivo cuando adquiere pretensión de cumplimiento), a los valores les es más propio el primero de ambos (p. 263). Al plantear su interrelación (pp. 264-277), rechaza tanto su mutua identificación como su radical separación (pp. 265-266); es más, la tendencia a expulsar de la discusión pública el razonamiento sobre el bien moral o la corrección moral de las conductas no garantiza en absoluto resolver los problemas, sino que los puede agravar, al dejarnos desprovistos de elementos que pertenecen a nuestra identidad como seres morales (p. 267). Frente a los modos de enfocar la relación entre valores y normas propios del utilitarismo y contractualismo, no disimula su preferencia por el modo kantiano (p. 274). Con todo, propone rescatar conceptos morales como los de hábito y virtud orientada a valores, en la medida en que pueden complementar los razonamientos y justificaciones que suelen presentarse (pp. 276-277).

En su aportación («Von normativen zu smarten Ordnungen?», pp. 523-552) se refiere GÜNTHER a cómo el uso de medios tecnológicos de vigilancia, datos masivos, algoritmos e inteligencia artificial están configurando las políticas, en particular, la política criminal. Califica como «smarte Ordnungen» (p. 525) los ordenamientos que emplean tales tecnologías para identificar conductas que se aparten de las normas, minimizarlas e incluso impedir las. Entre estos medios, incluye la anticipación de conductas socialmente relevantes («anticipatory government»), los sistemas de «smart city», los programas de «predictive policing» y los contratos basados en tecnologías de *blockchain* o «smart contracts». Este «control de conductas optimizado técnicamente» (p. 533) no es nuevo; lo nuevo es su perfeccionamiento, hasta el punto de reducir casi a cero la posibilidad de una conducta desviada (p. 535). A la idea de norma pertenece el que pueda ser desobedecida; e impedirlo supone, no la perfección de un orden normativo, sino su desaparición (p. 541); ya no se trata de motivar al seguimiento de la norma, sino de hacerla regir de manera cognitiva, los mensajes normativos se mudan en imposibilidades físicas. Y así la estructura comunicativa de la norma cede paso a la producción técnica de normalidad (pp. 543-545). Frente a estas manifestaciones de control técnico, reivindica la normatividad de la vida real de las personas reales, basada en la confianza, como también atenta al riesgo de su infracción

(pp. 551-552). Sin duda, cabe dar la razón a GÜNTHER cuando afirma que con tales medios técnicos quizá ganamos en seguridad fáctica, pero no tanto en la construcción de auténticos órdenes normativos.

A conclusiones semejantes llega BURCHARD en su capítulo («Von der “Strafrechts”ordnung der Prädiktionsgesellschaft zur Strafrechts”ordnung” des liberalen Rechtsstaats», pp. 553-579). Parte del concepto de «sociedad de la predicción», aquella en la que las decisiones políticas del presente se adoptan sobre la base de datos masivos de conductas singulares del pasado, a partir de las cuales se anticipan conductas futuras (pp. 555-560). Esta realidad de nuestras sociedades occidentales está modificando el Derecho penal y su dogmática, frente al modo de proceder en el Estado de Derecho liberal. En su opinión, en estas sociedades se trata de dar seguridad gracias a la certeza y simplificación de la realidad (p. 564), gracias a «saberlo todo» y ver las conductas futuras como meros ítems anticipables. Esto altera la autocomprensión del Derecho penal clásico. La autonomía individual es vista ahora como una mera cuestión de magnitudes y datos, expresión del miedo a la incertidumbre de la libertad (p. 566), y la desconfianza hacia las decisiones personales, para cifrarlo todo en las tecnologías («In Tech We Trust» dirá) y así el «no debes...» es reemplazado por el «te es imposible...» (p. 567). Las conductas futuras son mero producto técnico del cálculo sobre la base de datos masivos recopilados (p. 569). En consecuencia, los contenidos de la dogmática de la pena y el proceso (pp. 569-571) se ven alterados por dar preferencia a la anticipación de factores frente a la prevención de conductas. El Derecho penal del Estado de Derecho liberal, en cambio, cuenta con la motivación para evitar conductas, y con el riesgo de la infracción de las normas (p. 575); es más, cuenta con que pueda ponerse en duda el ordenamiento mismo, que es lo que se produce, sin ir más lejos, con la comisión de un delito (p. 576).

La amplitud de temas abordados en esta obra puede verse como una fortaleza, pero también como una debilidad. Al repasar sus contenidos, se extrae la impresión de que posiblemente haya primado la finalidad de dar entrada a los muy variados autores y sus temáticas de origen, antes que la construcción de una teoría –una narrativa, si se quiere– completa de los diversos ordenamientos normativos. Esto hace que haya aportaciones de temas muy variados, de los que algunos parecen afectar a la temática global solo de forma tangencial, mientras que otros buscan esforzadamente aportaciones claves sobre la sociedad y su normatividad. La mera selección de contribuciones que aquí se ha llevado a cabo incluye ya cierta variedad de contenidos, y se refiere solo a un número relativamente escaso de las que componen la obra colectiva. A pesar de todo, también en esa variedad se halla su virtud, pues esta colectánea es el producto tangible de un grupo de investigación interdisciplinario que tiene un objetivo, y que ha demostrado capacidad al menos de abordarlo.

Por lo demás, el proyecto intelectual de «Normative Ordnungen / Normative Orders» es reseñable por haber afrontado desde una perspectiva interdisciplinaria la cuestión de cómo se estructuran nuestras sociedades en términos normativos. La perspectiva me parece adecuada, por cuanto la normatividad no es un fenómeno exclusivo del Derecho, y menos todavía del Derecho penal, sino que posiblemente sea el producto –nunca acabado, sino siempre en proceso– de la confluencia e imbricación de distintas instancias sobre la conducta humana, de normatividad de diverso carácter (explícitas e implícitas, p. 9). Dar entrada y voz a expertos en filosofía práctica, junto a juristas, como también a sociólogos y teólogos, junto a etnólogos y teóricos de la comunicación, presupone una opción metodológica afortunada. No se trata de una opción arriesgada si se logra acotar los problemas desde diversos puntos de vista y con los presupuestos metodológicos respectivos. Teorizar sobre la norma y su legitimidad, sobre la acción y la responsabilidad, lo

mismo que sobre la sociedad y el Derecho penal y tantos otros temas, es algo que no puede afrontarse ya solo desde un saber particular prescindiendo de lo que vienen proponiendo muchos otros saberes. Entiendo que es aquí donde radica la virtud principal de esta obra y del grupo de investigación que la ha promovido. Se trata, al menos, de un ejemplo para el trabajo académico en los temas sobre los que nos ocupamos.

InDret

3.2022

Cristina García Arroyo, Los delitos de cohecho antecedente, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas

Roberto Cruz Palmera
Universidad Isabel I de Castilla
robertojose.cruz@ui1.es

-

El extenso volumen titulado *Los delitos de cohecho antecedente* se corresponde con la publicación de la tesis doctoral, defendida en la Universidad de Sevilla por Cristina GARCÍA ARROYO, bajo la dirección de la profesora Dra. Elena NÚÑEZ CASTAÑO.

Su autora aborda el estudio de una de las conductas más complejas descritas en la Parte Especial del Código Penal, el cohecho. No es esta su primera publicación en lo que respecta a dicho delito, dado que ya se conocían con anterioridad otros trabajos que explican algunos puntos que conectan con el fenómeno tratado en esta monografía («Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP», 2017; «Algunos aspectos sobre el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2015», 2019; «Consideraciones sobre algunos problemas específicos de autoría y participación en los delitos de cohecho», 2020; *El delito de cohecho subsiguiente*, 2020; entre otros).

Este trabajo se estructura en seis amplios capítulos. En el Cap. I («El bien jurídico protegido en los delitos de cohecho»), GARCÍA ARROYO nos presenta una revisión doctrinal respecto al concepto del bien jurídico en este delito. Expone con fluidez y se centra en las aportaciones de tres autores (RODRÍGUEZ DEVESA, CASAS BARQUERO y MESTRE DELGADO), plantea una crítica respecto a la aportación de cada uno de estos y al final del capítulo nos muestra su postura. Así pues, y si no la malinterpreto, apuesta por un concepto material de bien jurídico en el delito de cohecho y se decanta por el análisis de los distintos tipos penales a partir de una concepción monista personalista del bien jurídico. Para la autora, el bien jurídico en el delito de cohecho es el *correcto funcionamiento de la Administración pública*, pero desde una doble postura, esto es, interna y externa. Dicha concepción –a juicio de la autora– permite proteger de mejor manera las condiciones básicas para el ejercicio del sistema social y aspectos fundamentales en el ámbito del correcto funcionamiento del sistema social (p. 84).

En el Cap. II («Naturaleza jurídica y conductas típicas»), su autora nos presenta una revisión de los tipos plurisubjetivos. Igualmente, analiza la configuración del delito de cohecho como delito de encuentro. En esa sección del trabajo, destaca sobremanera el riguroso análisis de los comportamientos tipificados en la norma: todas las conductas se analizan y se detallan con notorio rigor. Una de las conclusiones a la que llega –refiriéndose a los preceptos contenidos en los arts. 419 ss. CP–, es que la estructura del cohecho debe contar con la intervención de una pluralidad de sujetos y ello abonaría su incuestionable carácter plurisubjetivo. Se consolida así, además, su configuración como delito de encuentro y de participación necesaria. Sin embargo, también resalta que algunos comportamientos tipificados cuentan con un carácter unilateral, siendo suficiente con determinar un comportamiento relevante en uno de los sujetos.

Otra de las conclusiones que presenta es la necesidad de construir un concepto de corrupción, pues solo una delimitación conceptual podría ayudar a la discriminación de acciones relevantes a la hora de determinar la tipicidad de las conductas referidas al fenómeno objeto de estudio. Una de las posiciones que sobresalen en esta parte del trabajo consiste en la afectación al bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Para su autora, dicha afectación solo se produciría cuando la solicitud llegue al particular (con independencia de que se comprenda o no en el marco de la solicitud). En ese orden, afirma que el nexo de causalidad se determina entre la solicitud de la dádiva expresada por el funcionario con independencia de que esta se produzca, bastando por tanto el acuerdo (pp. 110-115).

En el Cap. III («Los sujetos de los delitos de cohecho»), nos presenta una exhaustiva revisión doctrinal al respecto. Se trata, en mi opinión, de una de las secciones más relevantes de esta obra. Analiza casi todas las particularidades referidas a los sujetos implicados en el cohecho. Destaca el concepto de funcionario público y su implicación terminológica de cara a la posibilidad de imputar dicha conducta. En sentido similar, resulta de gran interés la revisión que nos muestra sobre la intervención del particular en el delito de cohecho. Pero de mayor interés resulta aún su tesis sobre la atribución de la responsabilidad en el seno de un órgano colegiado. En relación con la noción de funcionario público (el sujeto que participa en la función pública ostentando algún título habilitante, esto es, mediante la disposición de la ley, por elección del sujeto, o por nombramiento de la autoridad competente...), apuesta por una noción que estriba en la constatación de dos elementos perfectamente diferenciados: (a) gestión efectiva de la función pública y (b) título habilitante. Ambos criterios –apunta su autora–, deben concurrir *cumulativamente* (pp. 236, 245).

En el Cap. IV («Objeto material del delito»), nos presenta una revisión pormenorizada sobre la dádiva y su idoneidad a efectos de imputación. En opinión de GARCÍA ARROYO, el objeto material debe circunscribirse a una noción de «ventaja». Se trata, como se recoge en ese capítulo, de una donación a la que el servidor público no tiene derecho y supone una mejora de sus condiciones que pueden ser económicas, personales, materiales, inmateriales. En ese orden de asuntos, los vocablos *retribución*, *favor* y *dadiva* serán sinónimos aplicables al estudio del objeto material. Una de las principales conclusiones a las que llega en dicho apartado, consiste en esclarecer que esa ventaja (o esa dádiva) puede ser tanto material como inmaterial, tanto económica como de otra clase, pues lo que realmente importa, a su juicio, es la idoneidad que reviste la dádiva; dicho de otro modo, esta debe ser idónea para poder canalizar la conducta injusta en el funcionario. Por ello, no importa, a efectos prácticos, su contenido, sino su relevancia en lo que al cohecho respecta; esto es, la capacidad para motivar al margen del valor económico del objeto. En consecuencia, propone además un conjunto de criterios que nos ayuden a determinar la idoneidad de la dádiva a efectos de imputación; así: «son tres los criterios que deben tomarse en consideración a la hora de determinar la idoneidad de la dádiva y la tipicidad o atipicidad de las conductas: el cuantitativo (la concreta cuantía o valor de la dádiva), el cualitativo (la pretensión perseguida por quien la entrega, esto es, la importancia del acto requerido), y el motivacional (la capacidad objetiva para motivar al funcionario público en el caso concreto), elemento este último que debe ponerse en directa relación con la categoría que ocupe el funcionario así como respecto del grado o tipo de relación entre particular y funcionario» (p. 558).

En el Cap. V («Tipo subjetivo en los delitos de cohecho»), encontramos uno de los aspectos más controvertidos sobre el estudio de delito de cohecho en el marco de la tipicidad subjetiva. En este apartado su autora revisa el contenido del dolo en estos delitos, los elementos subjetivos del injusto y el tratamiento penal del error sobre los elementos típicos. Sobre ello, sostiene que el

cohecho pasivo propio es un tipo mutilado de dos actos y se diferencia del cohecho activo en que este último se corresponde con un delito de resultado cortado, «ya que cuando el autor ejecuta la acción típica su intención se dirige a realizar otra actividad posterior que va a ser llevada a cabo por él mismo; efectivamente cuando el funcionario ejecuta la acción de *solicitar, aceptar o recibir* lo hace con la finalidad de llevar a cabo un segundo comportamiento, esto es, la realización del acto propio de su cargo o contrario a los deberes inherentes al mismo, situación que resulta predicable de los cohechos pasivos antecedente y subsiguientes» (p. 430).

En lo que respecta al dolo eventual, argumenta que la determinación de esa variante representaría una evidente manifestación de desinterés hacia la integridad del bien jurídico protegido por el Estado y, para ello, es necesario que el sujeto activo actúe con pleno conocimiento de la situación (pp. 436-443).

En el Cap. VI («Iter criminis y concursos»), desarrolla un estudio muy sugerente sobre la tentativa en el delito de cohecho. También sobre ciertos tópicos enfocados a los problemas concursales. Revisa igualmente varios temas afines con la continuidad delictiva en el cohecho, y finaliza con un examen sobre la relación entre el cohecho pasivo y otros delitos que afectan a la Administración pública. En el ámbito de la tentativa, sostiene que ese tipo incongruente es de dudosa legitimidad, dado que no representa la suficiente ofensividad al bien jurídico como para merecer una sanción penal; dicho de otro modo, afirma que la tentativa no representa la suficiente gravedad lesiva como para legitimar una sanción penal en el ámbito del delito de cohecho (pp. 494-502).

En el texto se contienen valoraciones originales y tomas de posturas novedosas en lo que respecta al delito de cohecho; en concreto, sobre el bien jurídico protegido, los comportamientos típicos, el concepto de funcionario, el objeto material del delito, los criterios para determinar la idoneidad de la dádiva, el dolo en el delito de cohecho, entre otros muchos. No obstante, en primer lugar, llama la atención que en un trabajo como este no se recoja una propuesta de solución al problema planteado. Comparto que la corrupción quiebra la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y con esta ruptura se aprecia un declive de los valores esenciales que sostienen al Estado de Derecho. Su posición al respecto es plausible y casi indiscutible; pero, contra lo que cabría esperar, no se recoge una propuesta puntual y específica que nos lleve a una solución para el problema trazado en su investigación. En tal sentido, el lector echa en falta una sección constructiva, esto es, una parte del trabajo que *complemente* la sección crítica de la obra. Bien es cierto que en la introducción de su monografía se advierten algunas posibilidades –específicamente se menciona la necesidad de establecer sistemas de prevención dentro de la corrupción–, pero esa propuesta no llega a plasmarse de manera específica en su trabajo. Concretamente, expresa: «la realidad es que establecer sistemas de prevención, control e investigación dentro de la propia Administración pública pudiera ser la mejor manera de prevenir este tipo de conductas, apostando por una Administración pública informatizada y sin papel, en la que quede registro y constancia de todo lo que hace cada uno de los encargados de la función pública dejando la intervención penal solo para aquellos supuestos que supongan una grave afección del bien jurídico protegido» (pp. 33-34). La concreción de dicha propuesta, orientada a la prevención de conductas tanto asociadas como relativas al cohecho, hubiese dotado de mayor relevancia a este trabajo.

En segundo lugar, en cuanto a su valoración sobre la tentativa en el delito de cohecho, suele afirmarse y parecería de común acuerdo que en los delitos de mera actividad no se admite la tentativa. A tal valoración parece aproximarse la autora. A su juicio: «Si ya resulta criticable

sancionar lo que en realidad es una tentativa de delito (solicitar u ofrecer) como si fuera delito consumado, equiparándolo a los comportamientos que conllevan una efectiva afección al bien jurídico, todavía lo sería más sancionar comportamientos que constituirían en teoría la tentativa de una tentativa (la solicitud u ofrecimiento que no llega a conocimiento del destinatario) por cuanto el alejamiento de estos comportamientos respecto de una potencial afección del bien jurídico protegido no puede compaginarse con el peligro para el mismo que exige la tentativa» (p. 500). Desde mi punto de vista, cabe precisar que estructuralmente nada impediría que se diera la tentativa, como también lo afirma la autora. Sin embargo, entiendo que nuestros planteamientos sobre la tentativa difieren en cuanto a una valoración como delito completo. Asumo la tentativa como delito por excelencia, esto es, un comportamiento que representa un desvalor en la conducta del sujeto. Por todo ello, la sanción de la tentativa como delito dependerá –cuanto menos– de la determinación de un comportamiento portador de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido. En ese sentido, entiendo que toda conducta incapaz de afectar a las relaciones de la comunidad debería ser valorada como irrelevante a efectos de imputación, pues el Derecho penal no centra su análisis en comportamientos con insignificantes modificaciones en términos fenoménicos, sino en formas de comunicación social, de ahí que las conductas no serán relevantes por su componente intrínseco; sino por su capacidad comunicativa en términos racionales.

Más en concreto, sobre la tentativa, cabe recordar su posición: «El delito de cohecho es un delito de mera actividad por lo que basta con la realización del comportamiento descrito en el tipo para que el delito se encuentre consumado [...] no queda margen para las formas imperfectas de ejecución, salvo el caso en el que, aunque el funcionario solicite, esta solicitud no llegase al destinatario, que podría entenderse como un supuesto de tentativa» (p. 563). Entiendo que la posición de una respuesta negativa o positiva en cuanto a la admisión o inadmisión de la tentativa en algún precepto de la Parte Especial debería edificarse con arreglo a una noción material y prejurídica de consumación, en torno a la cual se originarían las categorías de preparación y ejecución. En ese marco, entiendo que un delito está consumado cuando el autor despliegue, por completo, la conducta señalada en el respectivo tipo, y será una tentativa si comienza a ejecutar esa conducta, pero sin desarrollarla por completo. Con todo, desde una noción valorativa, un delito es consumado cuando el legislador penal decide castigar la perfecta elaboración de la conducta descrita en el respectivo tipo legal, sin importar que esta suponga (o no) una efectiva lesión del bien jurídico protegido. En estas condiciones, asumo que no puede predicarse de manera general que, si las conductas de índole preparatoria son impunes, también deberían serlo las tentativas de los delitos de mera actividad como afirma la autora.

Más allá de lo anterior, con mi opinión ni pretendo ni puedo restar mérito alguno al trabajo elaborado por la profesora Cristina GARCÍA ARROYO, quien de forma valiente afronta una investigación cargada de temas muy polémicos en nuestro ámbito de estudio.

InDret

3.2022

Guillermo Yacobucci, (In)Exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021, 332 páginas

Germán Alegre
 Universidad Católica de la Plata
 german.alegre@ucalp.edu.ar

-

Los seres humanos podemos vernos enfrentados a dilemas: un médico en el marco de una catástrofe que debe elegir a quién destina los escasos recursos de atención intensiva de los que dispone; un operario de una fábrica que, ante la expresa amenaza de perder su empleo, acepta realizar una tarea que sabe altamente peligrosa; el ciudadano que, en el *dilema del tranvía*, puede accionar el mecanismo que desvíe el tren para que muera uno en lugar de cinco. Frente a esas disyuntivas tomaremos decisiones inclinándonos por alguna de las alternativas; corresponderá luego al Derecho penal formular un juicio de valor acerca de esas decisiones y comportamientos y analizar la eventual necesidad de la aplicación de una pena en esas especiales circunstancias. En ese apasionante terreno se mueve la obra objeto de recensión.

(In)exigibilidad y pena, el problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas, lleva el inconfundible sello de su autor. Siendo una obra que anuncia desde su título ocuparse de una cuestión ciertamente específica, acaba en verdad erigiéndose en un *aleph* que permite observar desde allí todo el Derecho penal, desde las bases.

Guillermo YACOBUCCI es capaz de reunir en una misma obra las virtudes del filósofo del Derecho, del dogmático y del magistrado, lo que le permite dar forma a un texto que interroga –y da respuestas– en cada una de esas instancias. Ningún lector se sentirá excluido. Quien se pregunte sobre la legitimación del castigo encontrará un posicionamiento claro, con el plus para el debate que supone la consideración de la punibilidad en situaciones límite. Quien se interese por el pulcro funcionamiento de los dispositivos dogmáticos, encontrará un texto inapelable que en ningún momento perderá contacto con los fundamentos materiales. Finalmente, quien esté buscando resolver problemas de inexigibilidad, hallará un inventario de casos y estándares posibles para la solución de situaciones en contextos de necesidad o fuerte condicionamiento. La obra se enmarca en el contexto de un especial interés que YACOBUCCI ha venido demostrando en los últimos años en relación a la culpabilidad. Muestra de ello es que eligiera como tema «La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual» para pronunciar su discurso de asunción como Académico Titular en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el año 2018.

El concepto de exigibilidad tal como se presenta en esta obra, resulta ser un criterio que permite ponderar la legitimación de una sanción penal, tanto en cuanto a su aplicación (o no) como en cuanto a su extensión; y es la inexigibilidad la razón de ser común a ciertas causales de inculpabilidad, excusas absolutorias y decisiones de no punibilidad.

El libro consta de 19 capítulos, agrupados en tres partes. En la primera y más voluminosa con 14 capítulos («La exigibilidad en la estructura de la responsabilidad»), el autor se ocupa de dar cuenta de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad (pp. 7-14), y ofrece un recorrido por los autores que va desde los enfoques psicologistas hasta los normativos de la culpabilidad (pp. 16-27), en el que van despuntando algunas ideas importantes para el desarrollo ulterior del texto: la consideración de la normalidad de los escenarios de actuación o de la motivación anormal en general; y la caracterización de la exigibilidad como un *deber* que presupone siempre un *poder*. Valiéndose de estos conceptos, el autor distingue situaciones de evitabilidad y de exigibilidad. En la evitabilidad se analizan cuestiones vinculadas a la *dominabilidad* de los acontecimientos, que impactan sobre la existencia o no de comportamiento. La exigibilidad, por su parte, hace referencia a la libertad ya no en términos de voluntariedad, sino como libertad de elección. Aun mediando actos voluntarios del sujeto, pueden operar en él fuerzas de naturaleza moral (miedos, amenazas, coacciones) que afecten su motivación e incidan en sus decisiones y en el juicio normativo de exigibilidad.

Tras señalar que no existen derechos eficaces sin deberes correlativos, el autor sostiene la necesidad de que el orden de libertades garantice tanto la autonomía de los individuos como las mínimas exigencias de solidaridad propias de una vida en común. El juego entre la obligación de no dañar a otros y estas exigencias de solidaridad, da lugar a deberes positivos y negativos que reconocen como fundamento el deber de fidelidad al Derecho. A las personas de determinada edad y *psicosomáticamente normales* se les reconoce la capacidad de *poder* ser alcanzadas por la función de motivación de las normas; superada esa etapa, se ingresa en la consideración del *deber* de fidelidad al Derecho. Los comportamientos exigibles serán pues aquellos que puedan legítimamente reclamarse a las personas bajo amenaza de pena, teniendo en cuenta necesidades preventivas y criterios humanitarios.

Se trata, en definitiva, del análisis de especiales situaciones en las que las circunstancias dificultan (o impiden) el cumplimiento de los deberes legales, y eso acaba por deslegitimar el castigo. Se ponderan situaciones dilemáticas que devienen en la lesión de intereses jurídicamente protegidos con la finalidad de preservar los propios u otros que, en la situación concreta, se priorizaron aun cuando resultaban de igual o menor valor que los sacrificados. La categoría de la inexigibilidad conduce a una mirada transversal de la teoría del delito, ya que se vale de *marcadores* presentes en diferentes instancias. Se ocupa de situaciones en las que se verifican una suerte de supuestos incompletos de ausencia de comportamiento, justificación, inimputabilidad e inculpabilidad, lo que impone una cuidadosa tarea de delimitación.

Tras precisar el concepto de *necesidad*, el autor diferencia las situaciones en que esa necesidad da lugar a la justificación de aquellas otras en las que deviene en exculpación, atendiendo a si el agente –en el marco de la situación de necesidad– salvaguardó el interés que el orden jurídico prioriza (justificación) o, si privilegió su propio interés en perjuicio del jurídicamente preferente (exculpación). Esta distinción resulta de gran relevancia no solo a la hora de evaluar el comportamiento de terceros que pudieran intervenir en auxilio del *necesitado* o respecto de las situaciones de posible error, sino también al tiempo de señalar la existencia o no de un deber de tolerancia por parte de aquel que sufre la injerencia en su ámbito. En el orden de la justificación se analizan el estado de necesidad agresivo y defensivo (pp. 102-114), dando cuenta no solo de sus diferencias y condiciones de procedencia, sino también de las razones que fundamentan cada institución, así como de los deberes de tolerancia derivados. En una situación que generalmente da lugar a justificación, pero que en casos especiales puede derivar en una exculpación, se analiza

la situación del estado de necesidad coactivo en el que el agente recibe graves amenazas de sufrir un mal grave él mismo o un tercero, con la finalidad de orientarlo a la comisión de un delito.

Teniendo en cuenta que frente a los casos de inexigibilidad, la distinción entre situaciones de justificación y de inculpabilidad puede resultar problemática, el autor muestra algunas perspectivas que la dogmática penal ha ofrecido para esclarecer este punto (pp. 134-141): 1) considerar la inexigibilidad como una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad; o 2) considerar las dilemáticas situaciones que dan lugar a la inexigibilidad como un *ámbito libre de Derecho* en el que los particulares recuperarían la posibilidad de obrar orientados exclusivamente por su propia conciencia. Por fuera de estas opciones, el autor se inclina por una ubicación sistemática de la inexigibilidad dentro de las relaciones entre reprochabilidad y punibilidad. En la inexigibilidad, ni el injusto ni la culpabilidad (aunque disminuidos) quedan completamente neutralizados, sino que se verifica –en todo caso– una alteración en la relación de la culpabilidad con la pena que opera bloqueando el progreso de la punibilidad.

Señala el autor que el inventario de bienes que integran el juicio de inexigibilidad es ciertamente más reducido que el que da lugar a causas de justificación. Solo la salvaguarda de la vida –de manera indiscutible– y, matizadamente, la integridad corporal y libertad, pueden dar lugar a la no punibilidad por inexigibilidad. Partiendo de allí se consideran cinco situaciones de necesidad no justificante (pp. 161-173): 1) dilema de la supervivencia, en el que se distingue la comunidad de peligro *simétrica* (la tabla de Carnéades) de la *asimétrica* (en la que uno de los individuos en pugna no tiene perspectiva de supervivencia); 2) situación en la que un tercero, no alcanzado por el riesgo, tiene que definir el dilema acerca de quién sobrevivirá (dilema del tranvía), distinguiendo aquí si el tercero posee solo el estatus general de ciudadano o, por el contrario, está alcanzado por algún deber especial; 3) casos en los que el tercero que debe resolver la disputa de convivencia entre otros, posee un deber específico de actuar pero se encuentra limitado por la escasez de los recursos para atender todas las demandas (atención médica en catástrofes); 4) hipótesis en las que un tercero, no expuesto a riesgo personal, está en posición de aniquilar un grupo de personas y opta por eliminar solo a algunas para salvar a las demás (caso de los psiquiatras del III Reich); y 5) supuestos en los que el individuo es coaccionado para eliminar la vida de otros mediante la amenaza de perder la suya dentro del marco de estructuras organizadas (caso *Erdemovic*).

El siguiente grupo de casos es aquel en el que el comportamiento del agente resulta condicionado por miedo. Tras una introducción desde la filosofía moral, con especial referencia a ARISTÓTELES (pp. 175-183), el autor concluye que el miedo es un condicionante de la voluntariedad de obrar que, al no quedar por completo anulada, debe distinguirse tanto de la fuerza física irresistible como de las situaciones que afectan la capacidad de comprensión. Convencido de que la ubicación sistemática del *miedo insuperable* dentro de la inexigibilidad es la más apropiada, advierte acerca de la necesidad de atender a las características de cada ordenamiento jurídico en su regulación. La inexigibilidad en estos casos no se funda solamente en la verificación del *miedo* como dato psíquico, sino, fundamentalmente, en una valoración de la situación en la que el agente obró. Quien actúa por miedo no denota hostilidad al Derecho, sino que expresa un intento de eludir una consecuencia lesiva que se cierne sobre él. A modo de orientación, se da cuenta de los requisitos de procedencia del miedo insuperable en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Luego se examinan las particularidades en el Derecho penal argentino en el que el miedo insuperable queda comprendido dentro de la fórmula legal que remite al *que obrare bajo amenazas de sufrir un mal grave e inminente*. Para finalizar la primera parte, el autor trata dos

casos especiales de posible inexigibilidad: el de la amenaza de pérdida laboral y el de la coacción terrorista.

En la segunda parte del libro, «La cuestión en el criminal law» (pp. 239-266), se diferencian situaciones de justificación (en las que la persona acepta su responsabilidad, pero niega haber obrado mal) de los casos de excusa (en los que la persona reconoce haber actuado mal, pero niega su responsabilidad). Las diferencias entre ellas, dadas las características de esta tradición jurídica que, por lo general, evita multiplicar las instancias de análisis, pueden tornarse algo imprecisas al punto que hay quienes proponen tratar en el mismo nivel ambos tipos de *defenses*. Se analiza la jurisprudencia de la Suprema Corte de EE.UU concluyendo que, en ella, no existe un reconocimiento expreso de la *necessity* como *defense*. En lo que hace a la cuestión de la coacción (*duress per minas*) en el Derecho norteamericano, se muestra que algunos casos pueden ser tratados como supuestos de justificación y otros, en los que se da una afectación *subjective or psychological*, como casos de excusa. Para finalizar el autor analiza las particularidades de estas defensas en el marco del *English Criminal Law*, incluyendo también el interesante caso de quien se dice coaccionado por la organización criminal en la que participa.

La tercera y última parte de la obra (pp. 269-320), «Exigibilidad y punibilidad», recupera ideas de capítulos anteriores, poniendo el foco en la cuestión de la punibilidad. Desde allí se sostiene que solo en los casos límite las cuestiones de exigibilidad devienen en una completa deslegitimación de la pena, siendo más frecuentes las situaciones en las que –descartada la inexigibilidad plena– el impacto se produce en el ámbito de la graduación de la pena. Particularmente interesante en este punto resulta el análisis de las situaciones en las que personas en situación de vulnerabilidad o exclusión cometen delitos que lesionan bienes jurídicos de terceros. YACOBUCCI identifica una serie de *marcadores* que permiten ponderar en qué casos la infracción a las normas de comportamiento por parte del que padece exclusión puede ser considerada sin respuesta punitiva. Esos *marcadores* comprenden: la naturaleza del delito, el grado de lesión de la víctima, los condicionamientos del agente, su propia competencia en esos condicionamientos, la inevitabilidad del escenario, la actividad estatal desplegada en el caso y las posibles consecuencias comunitarias. Se deja en claro, no obstante, que no puede excepcionarse el castigo cuando los delitos cometidos por excluidos afecten significativamente derechos fundamentales. Para finalizar, el autor se refiere a la problemática de escenarios que, adecuados a un tipo de injusto, revelan un menor grado de exigibilidad (sin anularla) que torna inadmisibles la aplicación de las consecuencias legales que, en la generalidad de casos, resultan adecuadas. El autor echa mano para estos casos a la noción de equidad en términos aristotélicos (como rectificación de la justicia legal) para remediar aquellas situaciones, lo que puede plasmarse, por ejemplo, en penas por debajo del mínimo legal o de ejecución condicional aun cuando no medien los requisitos de procedencia.

Al finalizar el libro el lector se queda, afortunadamente, con ganas de *más*. En especial con ganas de continuar discutiendo casos con YACOBUCCI. En un plano filosófico nos ha dejado pensando la mención que el autor hace, en relación al dilema del tranvía, a una cierta perspectiva determinista al sostener que –al no existir un deber de intervención por parte del tercero– el desenlace es determinado por el destino. Nos planteamos si esa perspectiva no puede terminar, en ciertos casos, conduciendo a un debilitamiento de deberes positivos en casos límite. Imaginemos: un paciente que presenta un cuadro grave (pero con ciertas posibilidades de supervivencia) que podría ser operado, teniendo la operación posibilidades de ulteriores complicaciones; o un bañista que se debate en una situación en la que podría ahogarse (pero que todavía intenta nadar y podría salvarse) y al que se puede ayudar (presumimos que con mejores

chances) pero trayéndolo con una cuerda hacia una zona de piedras contra las que podría golpearse. El argumento del destino, ¿no podría desalentar el cumplimiento de deberes especiales o mandatos de solidaridad, refugiándonos en la mayor seguridad de la pauta de no intervención?

De otro lado y en relación a los planteos vinculados a las situaciones de *exclusión*, existen una serie de casos potencialmente vinculados a ellas, algunos de ellos mencionados por SILVA SÁNCHEZ (*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 89), sobre los que sería interesante conocer la opinión del autor, especialmente teniendo en cuenta que está escribiendo desde América Latina, lugar en el que –situaciones de ese tipo– resultan tristemente frecuentes. Me refiero a: 1) delitos contra la propiedad sin mayor despliegue de violencia; 2) ocupación de tierras por personas sin vivienda; 3) cortes de vías de circulación o de servicios públicos para reclamar por reivindicaciones vinculadas a la situación de exclusión; 4) *mulas* y vendedores al menudeo de estupefacientes (en ocasiones también ellos mismos adictos); 5) delitos (que no afecten la vida o la integridad) cometidos dentro de ciertas instituciones penitenciarias en las que las condiciones de vida resultan en ocasiones rayanas con un *estado de cosas inconstitucional*.

Como se verá no hemos permanecido indiferentes a la lectura de esta obra, que no solo logra presentarnos con claridad el posicionamiento y las propuestas del autor, sino que, también, nos ha invitado a seguir pensando.