

ExLibris**Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz****Recensiones:**

Recensión a Larry ALEXANDER/Kimberly Kessler FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 223 páginas, por Leandro DIAS

Recensión a Gonzalo J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 419 páginas, por Arturo González DE LEÓN BERINI

Recensión a Percy GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance. En especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 249 páginas, por Mateo BERMEJO

Recensión a Bernd RÜTHERS, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método* (trad. de Francisco J. CAMPOS ZAMORA), Marcial Pons, Madrid, 2020, 169 páginas, por Ivó COCA VILA

Análisis:

Ingke GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017, 331 páginas, por Kai AMBOS

-

**Larry Alexander/Kimberly Kessler Ferzan,
Reflections on Crime and Culpability, Cambridge
University Press, Cambridge, 2018, 223 páginas**

Leandro A. Dias
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
leandrodiasder@gmail.com

-

Hace poco más de una década, Larry ALEXANDER y Kim Kessler FERZAN, dos de los filósofos del Derecho penal más influyentes de los últimos tiempos, publicaron el libro “Crime and Culpability”. Se trató de una obra revolucionaria y ciertamente polémica, en la que se llevó a las últimas consecuencias una serie de premisas que si bien no terminan de imponerse en la discusión penal (ni anglosajona, ni continental), siempre están asechando las opiniones dominantes del momento. En particular, los autores defendieron dos tesis: a) un retribucionismo moderado, en el sentido de que el merecimiento de pena del autor deriva de su culpabilidad moral y debe ser el único fundamento y límite del castigo, con independencia de consideraciones instrumentales, pero con un reconocimiento de que en ocasiones puede haber otras razones para *no* castigar; b) una concepción de culpabilidad basada, por un lado, en la creencia del autor de estar generando un riesgo a intereses de terceros y, por otro, en la creencia del autor de que existe alguna circunstancia justificante o exculpatoria respecto del riesgo, con un descuento según la estimación de las probabilidades de que esas circunstancias existan (pp. 1 ss.). Las implicancias de estas tesis fueron, entre otras, la afirmación de la ilegitimidad de la responsabilidad por negligencia (es decir, la imprudencia inconsciente), por resultados/consumaciones y por actos preparatorios no peligrosos (pp. 3 ss.).

Como podrá observar el lector, estas implicancias no son algo nuevo o extravagante, sino tomas de postura sobre temas históricos del Derecho penal. Pero la virtud de ALEXANDER y FERZAN en su libro anterior fue la de ofrecer una fundamentación filosófica de estas tomas de postura a partir de las dos tesis ya mencionadas de un modo extremadamente sofisticado, con el estilo de argumentación característico de la filosofía analítica, en el que la claridad pasa a ser la principal herramienta. Así, las complejas cadenas de ideas son desarrolladas en lenguaje ordinario y a partir de casos dilemáticos (hipotéticos) que hacen las veces de disparadores de intuiciones de justicia que sirven para corroborar o desacreditar argumentos, en lugar de recurrir a conceptos metafísicos abstractos o cuestionables. En el libro analizado en esta ocasión, “Reflections on Crime and Culpability”, los autores abordan, con la misma metodología, nuevas cuestiones derivadas de las dos tesis básicas del libro anterior y que resultan de enorme actualidad para la discusión jurídico-penal.

La obra se compone de tres partes. La primera parte está dedicada a diversos problemas del ilícito penal, entendido como puesta en peligro de intereses de terceros. El primer artículo de la sección (capítulo 2) analiza la posibilidad de hacer responsable a una persona por la creación de riesgos mediados por acciones llevadas a cabo posteriormente por otras personas. En particular, la discusión tiene lugar a partir de la clásica teoría de la interrupción del curso causal por el actuar voluntario de un tercero (pp. 19 ss.), lo que en la discusión alemana se remite a la discusión clásica de la prohibición de regreso. En el libro se sostiene una postura que rechaza una

interrupción del nexo causal y, del modo como procede la teoría de la imputación objetiva, intentan encontrar distintos principios normativos (no causales) para restringir la responsabilidad de quien actúa en un primer momento. Entre ellos quizá el más interesante se vincule a lo que llaman “privilegio de comerciante” (pp. 40 ss.) y que se refiere a la posibilidad de restringir la punibilidad por actos de complicidad en casos de conductas comerciales estereotipadas. Puntualmente, la idea es que en estos casos se ve restringida la autonomía del comerciante que vende un cuchillo a sabiendas de que será utilizado por el comprador para cometer un asesinato y que ese interés de autonomía se ve potenciado si se trata de un empleo habitual. Por esa razón, proponen la impunidad de estos casos, con independencia del estado mental del autor, aunque el interés de autonomía cedería ante el deber de tener en cuenta los intereses de terceros en casos en los que la venta del producto no forme parte de las tareas habituales del comerciante (p. 42).

El segundo trabajo de la primera parte (capítulo 3) se encarga brevemente de los errores respecto del alcance de los intereses de otros, cuando esos intereses se encuentran fuertemente delimitados jurídicamente. Por ejemplo, cuando el interés de un tercero en el respeto de su propiedad está delimitado por las reglas de derecho civil que determinan el carácter “ajeno” de la cosa. En este aspecto, los autores consideran que en estos casos se presentan errores de hecho, no de derecho. Hasta aquí nada nuevo para los lectores de tradición continental familiarizados en la discusión sobre los elementos normativos del tipo. Pero ALEXANDER y FERZAN agregan algo importante: lo decisivo no sería el conocimiento de una persona media (o la oscura construcción del “conocimiento paralelo en la esfera del lego”), sino si el error demuestra una falta de consideración del individuo concreto por el interés ajeno o no, y solo en el último caso habrá una eximición de responsabilidad (p. 62). El tercer artículo (capítulo 4) abandona los errores y se centra en la responsabilidad por omisión. Allí se desarrollan los distintos problemas abiertos de la responsabilidad por omisión, como el fundamento y los límites de la responsabilidad por injerencia (pp. 68 ss.). Y aparece una toma de posición interesante respecto de la posición de garante que se crea tras una tentativa de homicidio que probablemente dará lugar a la muerte de la víctima si esta no es rescatada por el autor (pp. 81 ss.). Los autores señalan que si lo decisivo es la creación de riesgos (y no los resultados), en este caso se está en presencia de dos creaciones diferentes de riesgos que deben dar lugar a la realización de dos conductas culpables autónomas. El último trabajo de la primera parte (capítulo 5) se dedica al problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. ALEXANDER y FERZAN toman una posición fuerte en contra de su legitimidad: si la culpabilidad que da lugar al merecimiento de pena consiste en una puesta en peligro consciente de intereses de terceros, los delitos de peligros abstracto no son más que presunciones de culpabilidad de un comportamiento inocuo (pp. 84 ss.). Por tanto, quienes cometen delitos de peligro abstracto serían meros infractores de reglas estatales que no protegen intereses de terceros y solo podría justificarse una pena si la desobediencia generase un riesgo de repetición de conductas que en última instancia sí podrían dañar, y el infractor conociese ese riesgo (p. 87).

La segunda parte del libro se ocupa de cuestiones vinculadas a la culpabilidad. El primer trabajo (capítulo 6) se centra en quienes cometen un delito grave, pero consideran que su comportamiento no solo es lícito, sino moralmente correcto. Aquí, los autores analizan, entre otros, los supuestos de “asesinatos por honor”, en los que se suele esgrimir como defensa que el autor contaba con un error (por ejemplo, respecto del mayor peso de la vida en relación con el honor), producto de la cultura diferente en la que el autor adquirió sus valores morales. Aquí ALEXANDER y FERZAN llegan a la conclusión de que en principio hay que estar abierto a la

posibilidad de considerar que estos autores no son culpables: a menos que hayan estado en condiciones de reconocer su error y, a pesar de eso, hayan decidido actuar en contra de los intereses de la víctima, quienes realizan actos aberrantes creyendo que obran lícitamente no realizan una conducta culpable (p. 107). El segundo artículo presenta un desarrollo muy detallado de cómo han de resolverse distintos casos dilemáticos que desde hace unas décadas vienen discutiéndose en la literatura filosófica bajo la rúbrica de “casos del tranvía”. Pero lo decisivo no es tanto la solución de los casos, sino qué sucede cuando un autor lleva a cabo una acción moral y jurídicamente ilícita en un caso dilemático sumamente discutido por juristas y filósofos morales, pero creyendo que hacía lo correcto. La solución (*à la* WELZEL) que brindan los autores del libro es que un error sincero sobre cómo solucionar estos casos dilemáticos tiene que exculpar al autor (pp. 128 ss.). El último artículo de esta parte (capítulo 8) intenta ofrecer un fundamento retribucionista de dos intuiciones generalizadas: por un lado, que cuando un autor realiza múltiples actos al intentar cometer un delito solo es culpable por uno (o por uno en su totalidad y por los demás solo en menor medida) y, por otro, que cuando el autor realiza nuevos delitos tras ser condenado, su culpabilidad aumenta. Sin embargo, ALEXANDER y FERZAN no logran encontrar una justificación para estas intuiciones. Así, no habría buenas razones retributivas para considerar culpable solo una decisión contraria a intereses de terceros, sino que cada decisión culpable merecería un reproche individual (pp. 138 ss.). Y en el caso de reincidencia, la culpabilidad de cada acto también sería independiente de la de los demás, lo que solo permitiría sumar el nuevo acto culpable al anterior, pero no aumentar el reproche más allá de esa adición (pp. 140 s.).

La última parte relevante del libro se refiere a algunos problemas que genera la imposición de castigo. El primero (capítulo 9) presenta un problema muy importante para el Derecho penal y que no siempre es reconocido como tal: la identidad personal. Un requisito para la legitimidad del castigo de un culpable es que se castigue al culpable que cometió el delito. ¿Pero qué sucede si la persona a la que se castiga es solo *aparentemente* la misma que lo cometió, porque por alguna razón ha cambiado drásticamente? PARFIT ha planteado con claridad cuál es el desafío que la filosofía de la identidad personal genera para el Derecho penal: “Cuando un condenado tiene una conexión poco cercana con quien era al momento del delito, merece menos castigo. Si la conexión es muy débil, quizá no merezca ninguno” (*Reasons and Persons*, 1984, p. 326). ALEXANDER y FERZAN toman una doble postura (pp. 153 ss.). Por un lado, reconocen que si se cumplen los requisitos metafísicos para hablar de un quiebre de la identidad personal, esto tiene que ser reconocido por el Derecho penal y evitar castigar a una persona por los actos de la otra. Por otro, consideran que los requisitos metafísicos quizá sean muy estrictos y que el Derecho penal puede fijar otros estándares para conceder una excusa. El último artículo del libro aborda problemas vinculados a la distribución de merecimiento retributivo. Allí se abordan en especial ciertas objeciones que diversos autores le han señalado en los últimos años a las teorías retributivas más modernas. Entre estas se destaca la crítica de TADROS de que incluso si retribuir fuese algo bueno, eso obligaría a los ciudadanos a contribuir, por medio de tributos, a la consecución de ese bien si no lo desean (pp. 189 ss.). Si se los obligase, se los estaría utilizando como medios para conseguir fines. Sobre este tema, ALEXANDER y FERZAN muestran que este problema, así como otros, está sobredimensionado, ya que lo mismo sucede con cualquier bien impersonal que el Estado pretende perseguir con contribuciones de los ciudadanos.

Hasta aquí, la descripción del contenido de la obra. En cuanto a su valoración, la lectura es realmente entretenida, no solo por la sofisticada forma de argumentar de los autores, sino también por cómo presentan problemas clásicos desde nuevas perspectivas y cómo muestran

que, a la inversa, los nuevos problemas pueden ser resueltos con las herramientas clásicas. En especial quienes estén interesados en la filosofía del Derecho penal encontrarán especialmente refrescante este libro, pero no solamente ellos, dado que ya en la descripción de los capítulos que se ha brindado en esta recensión ha quedado claro que muchos problemas tienen una vinculación directa con problemas prácticos de la dogmática jurídico-penal. El capítulo 4 sobre delitos de omisión es, en ese sentido, una prueba de que la vinculación entre la dogmática y la filosofía es más estrecha de lo que en ocasiones se presupone y que el trabajo conjunto entre ambas disciplinas puede ser la clave para la evolución de la ciencia del Derecho penal. Además, quienes estén buscando nuevos temas de investigación encontrarán muchas áreas poco exploradas, así como problemas que surgen por primera vez en la discusión como consecuencia de la profundidad de la argumentación de ALEXANDER y FERZAN. Por estas razones, el libro resulta especialmente recomendable.

No obstante, es necesario señalar dos aspectos problemáticos de la obra. El primero se vincula a que en todo el libro acecha un fantasma: el del libre albedrío. Y es que la premisa de ALEXANDER y FERZAN de considerar culpables y merecedoras de pena solo a las decisiones voluntarias contrarias a los intereses de terceros presupone que efectivamente pueda haber sido tomada una decisión voluntaria. Este problema ya aparece en el primer artículo, dado que los autores consideran que la intervención de terceros en un curso causal no difiere de una intervención de la naturaleza, por lo que en principio el autor debe tener en cuenta en su cálculo de riesgos las derivaciones de posibles actuaciones “libres” de terceros en el curso causal a poner en marcha. Pero si esto es así, al menos se está rechazando una posición libertaria en materia de libre albedrío y asumiendo alguna forma de determinismo causal. Esto es abordado muy brevemente (p. 23) con una asunción de una postura compatibilista, en el sentido de que incluso si el determinismo es cierto, esto no sería incompatible con nuestras prácticas de responsabilidad penal, en las que solemos predecir el comportamiento de terceros sin que eso implique una negación de su autonomía. Pero como ha señalado PUPPE («Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS*, (6), 2016, p. 368) incluso si solemos hacer esa clase de pronósticos en la vida cotidiana, la experiencia práctica también muestra que actuamos de forma inesperada al momento de tomar decisiones críticas, como sería la comisión de un delito en este caso. Entonces el hecho de que un ser humano pueda intervenir en un curso causal (¡o no!) es un factor relevante y problemático para el análisis, incluso para un compatibilista. Si esto es así, la estrategia de ALEXANDER y FERZAN de esquivar el problema se queda a mitad de camino.

El segundo aspecto se refiere a ciertas conclusiones contraintuitivas de la obra. A modo de ejemplo, la solución que ofrecen a los casos de asesinatos por honor luce sumamente contraria a intuiciones básicas de justicia. Quizá sea inteligible considerar que un verdadero psicópata realmente tiene que ser tratado “tácticamente” y no como un agente moral. Sin embargo, el caso de los asesinatos por honor y otros delitos graves culturalmente motivados parecería ser diferente. Incluso si el autor nunca tuvo la oportunidad de darse cuenta de su error, aquí no estamos en presencia de verdaderos “ciegos morales”. En todo caso, se trataría de personas que, en el mejor de los casos, no han reflexionado lo suficiente, quizá por influencias y presiones familiares o de otra clase, pero que tienen capacidad de hacerlo y decidieron no hacerlo, cuando debían hacerlo. Piénsese en el caso de un hombre que vive en una cultura que censura a las mujeres que “abandonan la familia” y se van a vivir al extranjero para vivir una vida según los valores occidentales, que decide viajar a Alemania y matar a su hermana (que ha huido de su país) y a su novio, para preservar el honor de la familia. Y supóngase que esa persona lleva a cabo

esos homicidios y que *realmente* creía al momento del hecho que estaba haciendo lo correcto. ¿Solamente se debe aplicar una medida de seguridad y no una pena que implique un juicio de disvalor? Parecería que la solución brindada en el libro resulta plenamente compatible con las premisas teóricas de las que parten ALEXANDER y FERZAN, pero aun así hay intuiciones de justicia, de esas tan importantes para los defensores del retribucionismo, que no terminan de equilibrarse. En este problema, y también en algunos otros, habría sido necesario un poco más de argumentación de los autores, ya sea para defender la solución contraintuitiva, o bien para explicar cómo una postura conforme a nuestras intuiciones es todavía compatible con las premisas defendidas.

Pero más allá de estas dos cuestiones señaladas, la única forma leal de cerrar esta reseña es a través de una reiteración de la recomendación brindada unos párrafos antes. Y es que ALEXANDER y FERZAN han producido un libro extraordinario, que dará mucho que hablar en la discusión anglosajona sobre filosofía del Derecho penal. Si quienes intervienen en el Derecho penal continental no quieren quedarse fuera de algunas de las discusiones más interesantes de los últimos tiempos y seguramente de los tiempos que vendrán, deberían leer esta obra con mucha atención.

Gonzalo J. Basso, Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, Marcial Pons, Madrid, 2019, 419 páginas

Arturo González de León Berini
Universitat Abat Oliba CEU
gonzalez55@uao.es
-

La monografía de Gonzalo J. BASSO, titulada *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, es fruto de la investigación doctoral del autor, realizada bajo la dirección de Manuel CANCIO MELIÁ. Tal y como este nos advierte ya desde el prólogo, estamos ante “un gran estudio de Derecho penal” (p. 20), del que podemos destacar –de entrada– dos virtudes principales. En primer lugar, el tema posee un evidente interés teórico y práctico, y se aborda en un momento de cierto letargo doctrinal, sobre una cuestión tan decisiva para entender el ejercicio del poder punitivo. Por otro lado, conviene ensalzar la apertura metodológica de la obra, que es capaz de integrar aportaciones de las tradiciones germánica y anglosajona, para ofrecer al lector una visión global. Habría que celebrar que ello sea una tendencia cada vez más habitual en el mundo hispánico.

El libro que nos ocupa se estructura en dos partes –quizás demasiado desequilibradas en su extensión y profundidad. Tras una breve introducción sobre algunos aspectos preliminares de la investigación, que nos ayudan a delimitar los conceptos y centrar el objeto de estudio, Gonzalo J. BASSO dedica la primera sección de su obra a realizar una exposición y valoración crítica del tratamiento que diversos sistemas jurídico-penales dan a las labores de determinación de la medida del castigo, así como también de los múltiples enfoques teóricos que han abordado dogmáticamente la cuestión. Si algo caracteriza a este apartado de la monografía es, sin duda, su gran exhaustividad: el autor muestra pleno conocimiento de la materia, y tal dominio se refleja en una síntesis magistral de los aspectos clave (sea de las legislaciones o de la literatura), formulada siempre a la luz de un juicio cabal.

En el primer capítulo (“La determinación judicial de la pena en sistemas de Derecho penal continental, internacional y anglosajón”), tras un repaso detallado de la normativa en varios países, el autor incluye un epígrafe valorativo sobre las tendencias político-criminales más notorias en el objeto de su investigación. De entre ellas, destaca la siguiente constatación: pese al endurecimiento punitivo que caracteriza a los ordenamientos occidentales en las últimas décadas, los jueces, “dentro del margen de apreciación que ostentan, imponen con suma frecuencia castigos que se sitúan en el punto mínimo de la escala prevista[,] [...] o en proximidades a dicho punto mínimo” (p. 76). Asimismo, se advierte “una cierta proliferación de factores relevantes de cuantificación punitiva vinculados al sujeto[,] pero desvinculados de su específico hecho delictivo [...]” (p. 79).

Ya en el capítulo II (“Enfoques teóricos de determinación judicial de la pena”), Gonzalo J. BASSO se encarga de diseccionar –sistemática y profusamente– las diversas aproximaciones doctrinales que muchos autores han ido haciendo sobre la materia que nos ocupa. Con un análisis minucioso de los planteamientos teóricos, y una valoración ponderada de sus principales contribuciones y

debilidades, dedica casi 200 páginas –¡esto es, más de la mitad de la obra!– a desgranar los argumentos de quienes le preceden en el estudio de la individualización del castigo, a fin de ir preparando el terreno para su propuesta. La virtud esencial de este apartado es, sin duda, su capacidad para conjugar y armonizar –de forma fluida y sin estridencias– propuestas que provienen de las tradiciones germánica y anglosajona; de todo ello se extraen factores comunes de examen y debate, en uno de los aportes novedosos de esta monografía.

Por ejemplo, Gonzalo J. BASSO relaciona la clásica teoría alemana del “espacio de juego” (*Spielraumtheorie*) –a la que prefiere llamar “del margen de libertad” (p. 83)– y los enfoques norteamericanos del retribucionismo limitador (*limiting retributivism*). Una valoración conjunta de estas perspectivas desvela su dificultad para procurar un control judicial efectivo de las decisiones que individualizan la pena, y eso “fomenta una fundamentación mínima” del órgano sentenciador (p. 124). En tal sentido, PÉREZ DEL VALLE ha postulado aquí un cambio de paradigma metodológico: las labores del tribunal que revisa la legalidad del *quantum* condenatorio marcan el ámbito de lo relevante en la concreción del castigo (*Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2016, p. 228); una postura basada en el estudio de Wolfgang FRISCH en 1971 (*Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*).

También logra el autor sacar factores comunes entre las teorías consideradas “herederas” de las anteriores: la prohibición de sobrepasar la culpabilidad (*Schuldüberschreitungsverbot*) y el retribucionismo limitador expandido (*expanded model of limiting retributivism*), que apuestan rotundamente por priorizar las razones preventivas a la hora de individualizar las penas. Un análisis conjunto de dichos enfoques lleva a Gonzalo J. BASSO a proponer la idea de asimetría en las labores del sentenciador: ha de respetar un *quantum* máximo –fijado por la retribución proporcional del daño causado–, al mismo tiempo que se le dan “atribuciones para la configuración del concreto hecho punible que reúna el contenido de injusto mínimo[,] que se debería corresponder con la pena mínima legalmente imponible” (p. 216). En definitiva, el autor deja claro cómo todas estas aportaciones teóricas clásicas giran en torno a la incidencia hegemónica de los fines del *ius puniendi* (SPENDEL) en las tareas de la determinación judicial de las sanciones.

Respecto de la teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*), Gonzalo J. BASSO interpreta –con razón– su papel de “precursora” de los actuales enfoques de la proporcionalidad con el hecho (p. 136): la medida del castigo se ha de circunscribir (exclusivamente) a factores reconducibles al injusto culpable, prescindiendo así de aspectos personales. Y, puesto que la parte propositiva de su monografía se encuadra también en esta línea doctrinal, el autor se encarga de examinar y ponderar, con gran detalle, las contribuciones de carácter sistémico, de importancia creciente en las últimas décadas. En este sentido, indica que quienes pretenden aproximar la concreción del castigo a las categorías dogmáticas de la teoría del delito se apoyan siempre en una base preventiva (p. 228). Más aún, la necesaria búsqueda de intersubjetividad (FEIJOO SÁNCHEZ) es otro elemento positivo de tales planteamientos; algo que va generalizándose en la literatura (por ejemplo, REICHERT o PÉREZ DEL VALLE).

Sobre la versión llamada “de la proporcionalidad positiva con el hecho” –propia del *Neoklassizismus*–, Gonzalo J. BASSO argumenta que dichos enfoques yerran al relativizar “la distribución de funciones legislativas y judiciales que debe presidir la construcción de un sistema ordenado de gravedad relativa de delitos y de penas” (p. 257). Esta será, precisamente, una de las

tesis principales del autor: el parlamento ha de ostentar un papel prevalente en la especificación de los subtipos y los submarcos asociados a ellos, mientras que a los órganos sentenciadores les corresponde tan solo un rol subordinado –o marginal. Lo que, no obstante, plantea una cierta paradoja, tras la valoración integral de la obra: por un lado, se relega al juzgador a un ámbito secundario; por otro, se le obliga a interpretar las normas *favor libertatis*, cuando el legislador sea demasiado punitivo, a fin de excluir del castigo aquellas conductas que no alcancen un umbral mínimo de injusto (p. 352).

Con esto ya entramos en la segunda fase de la monografía, donde Gonzalo J. BASSO intenta elaborar un enfoque alternativo de la determinación de la pena, en el que, desde una perspectiva sistemática, se oriente a los jueces sobre cómo estructurar las decisiones cuantificadoras y llevar a cabo la fijación de la medida sancionatoria. De entrada, en el breve capítulo III (“Puntos de partida”), el autor establece “los cimientos conceptuales” (p. 271) de su modelo teórico con pretensión de rendimiento dogmático y político-criminal. Aquí resulta crucial su postura respecto de la naturaleza de la concreción del castigo, como un “acto híbrido de aplicación y de configuración de normas” (p. 282). Una tarea de atribución dividida en estos tres momentos sucesivos: (i) un juicio formal, de subsunción típica; (ii) un juicio material de subsunción del hecho en la penalidad mínima de obligada imposición; y (iii) un ulterior juicio de subsunción, dentro de la horquilla.

No obstante, dicha estructura tripartita no implica negar el carácter unitario de las labores de individualización de las sanciones, que Gonzalo J. BASSO entiende –en cualquier caso– como deliberación única, pese a que sean múltiples sus manifestaciones e implicaciones. Por ejemplo, el autor admite, con razón, un concepto amplio de la concreción del castigo, en el que también se incluyan aspectos de la inexecución penitenciaria (de igual modo que KÖHLER, FRASE o PÉREZ DEL VALLE). En suma, se trata de simplificar la complejidad de tal labor judicial, descomponiéndola en fases sucesivas, y sobre todo gracias a “una importante reducción de las circunstancias jurídicas que deban ser objeto de valoración” (p. 320). Ello, unido a la función marginal de los tribunales al concretar el castigo, facilitaría “el surgimiento de doctrinas de control efectivo de las decisiones cuantificadoras de pena en sede de revisión judicial y constitucional” (p. 289).

La propuesta de Gonzalo J. BASSO, pues, se enmarca claramente en la tendencia sistemático-dogmática que ha irrumpido con fuerza en las últimas décadas (en Alemania, Estados Unidos y el mundo hispánico), y que a su vez desafía a la tradicional posición hegemónica de los fines de la pena en el debate sobre la individualización de las sanciones. Según nos dice el autor, los *Strafzwecke* han de tener solo un “efecto reflejo” en la atribución judicial del castigo (pp. 294-295); no se puede prescindir de las consideraciones preventivas, pero han de canalizarse siempre a través de categorías dogmáticas, preexistentes en la *Verbrechenslehre*. En tal sentido, pues, la conclusión es que los fines de la pena también “suministran razones prudenciales que justifican proceder de forma restrictiva en la interpretación de las normas penales de conducta y de sanción” (p. 344).

El cuarto y último capítulo (“Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena”) constituye la parte propositiva de la monografía. Para poder alcanzar una “pena exacta por aproximación” (p. 302), Gonzalo J. BASSO se apoya en dos conceptos centrales, con sus consecuencias prácticas. Así, la proporcionalidad cardinal conducirá a que “el nivel de severidad general de castigos del sistema penal se deba interpretar

de forma restrictiva” (p. 306). En otras palabras, el autor sugiere una incidencia asimétrica de las consideraciones dogmáticas en la labor individualizadora: los tribunales tienen siempre un deber de interpretar restrictivamente el alcance de las normas, a fin de contener la aflictividad. Por ejemplo, los segmentos superiores del marco abstracto deberían reservarse solo para los supuestos de concurso ideal de delitos o acumulación material de penas en concursos reales (pp. 311-313).

Por otra parte, la proporcionalidad ordinal –o relativa (VON HIRSCH)– se manifiesta en las operaciones de concreción del castigo de modo dual. Sin perder de vista la idea matriz de que las exigencias de adecuación entre la gravedad de los delitos y de las penas se dirigen sobre todo al poder legislativo, la labor marginal del juez se verifica en dos ámbitos complementarios (p. 347). Primero, el sentenciador decide si un hecho formalmente típico ha de ingresar en el marco abstracto; en segundo lugar, se recorre la extensión de la horquilla para insertar el injusto culpable en un *quantum* concreto, “tanto como lo exijan y permitan los condicionamientos sistémicos de proporcionalidad cardinal” (p. 348). La subsunción inicial, de carácter material –normativo o valorativo–, es clave en la propuesta de Gonzalo J. BASSO: el tribunal fija el umbral mínimo de lesividad para acceder a una escala sancionatoria que *a priori* permanece vedada.

Así se nos desvela el trasfondo político-criminal de la obra, que no obstante ha permeado en la toma de postura que lleva a cabo el autor en distintos lugares. De lo que se trata –en cualquier caso– es de reducir la aflictividad global del sistema penal, en una época representada por el expansionismo de los códigos y el “populismo punitivo”; con terminología anglosajona, la sumisión al “*parsimony principle*” (MORRIS o FRASE), también al individualizar el castigo. Entonces, precisamente en áreas donde hoy se legisla de forma indeterminada –contra el mandato de taxatividad–, con penas rigurosas, “resultará esencial la aplicación de filtros normativos por parte del juzgador[,] al delimitar el alcance concreto del tipo, tomando en cuenta para ello la severidad de la punición contenida en la norma de sanción” (p. 352). Lo que conduce a “la impunidad por atipicidad material” cuando no haya “proporción manifiesta entre la medida de pena mínima imponible y la gravedad del hecho” (p. 367).

Junto con lo anterior, recordemos además que el autor ha insistido –en varios momentos– en la necesidad de acotar el margen del arbitrio judicial, que ha de seguir existiendo, sin embargo, siquiera sea para corregir los excesos del legislador mediante una interpretación *favor libertatis*. En dicha línea, la depuración normativa de los marcos penales constituye el “presupuesto indispensable para combatir la escasa fundamentación de la pena concreta que se explicita en las sentencias” (p. 377). Se vincula así uno de los grandes déficits del proceso de individualización del castigo con el carácter marginal de las atribuciones del tribunal de instancia: al desintegrar y limitar sus labores se facilita el control por parte de los órganos *ad quem*. En definitiva, estamos ante una gran monografía: Gonzalo J. BASSO aborda con amplitud y brillantez un tema complejo –hasta hace poco olvidado en la doctrina de habla hispana–, aportando interesantes propuestas dogmáticas.

Percy García Caveró, Criminal Compliance. En especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 249 páginas

Mateo Bermejo
Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
mateobermejo@yahoo.com.ar

-

1. La obra que aquí se recensiona es autoría del Profesor Dr. Percy GARCÍA CAVERO, uno de los especialistas más destacados de América Latina en Derecho penal económico y autor de una vasta obra jurídica. Sus obras se caracterizan por construir puentes conceptuales entre la dogmática penal y ámbitos sumamente complejos de aplicación de la misma, con relevantes alcances teóricos y prácticos.

El libro "*Criminal Compliance. En especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de Activos*" se inserta en estas líneas de investigación, aportando un adecuado punto de equilibrio entre la teoría general del *criminal compliance* en las empresas, sus efectos jurídico-penales para personas físicas y jurídicas a la luz de las reglas de imputación de la dogmática penal y la observación, a partir de ese marco teórico, de la regulación preventiva y represiva de los delitos relacionados con la corrupción y el lavado de activos.

En efecto, la estructura del libro parte de la definición de los fundamentos, finalidad y naturaleza jurídica del *corporate compliance* (capítulo I) para, luego, ingresar al estudio del *criminal compliance* y analizar sus institutos más relevantes, tales como las investigaciones internas y el *whistleblowing* (capítulo II), y sus consecuencias en el ámbito de la imputación penal para personas físicas y jurídicas (capítulo III), para concluir con un minucioso análisis del *compliance* anticorrupción (capítulo IV) y del *compliance* antilavado de activos (capítulo V). Asimismo, la obra se encuentra atravesada no solo por la consideración de las normas legales vigentes en el Perú, sino también por innumerables referencias a normas internacionales y del *soft law* que resultan un marco insoslayable para una adecuada comprensión de la evolución del *compliance* empresarial y sus efectos jurídicos.

Así, la obra resulta de utilidad tanto para quienes tienen interés en las particularidades de la legislación peruana en la materia como para aquellos que pretenden obtener una comprensión general del fenómeno del *criminal compliance* contemporáneo desde una perspectiva internacional y de Derecho comparado.

A la vez, la obra se presenta con la estructura de un Manual sobre el tema y contribuye a la comunidad jurídica con una claridad analítica que aporta utilidad tanto para los penalistas interesados en ingresar al mundo jurídico del *compliance* empresarial y sus estándares e institutos más relevantes, como para especialistas en *compliance* que desean tener una adecuada comprensión de los efectos de la interpenetración entre normas autorregulatorias y consecuencias jurídico penales.

2. El capítulo I contempla dos aspectos igualmente relevantes de los programas de cumplimiento, uno más general y otro más específico de las etapas de conformación del programa de cumplimiento en la empresa.

Por un lado, se desarrolla un análisis histórico y conceptual del *corporate compliance* que incluye un desarrollo de su finalidad y su naturaleza. El autor considera que la finalidad del *compliance* consiste en asegurar la observancia de la ley en las actividades corporativas, lo que tiene lugar por medio de dos objetivos y funciones, que se desarrollan luego en el capítulo II: por un lado, la función de prevención, procurándose evitar la comisión de conductas infractoras de la ley y, por otro lado, la función de confirmación del Derecho, que se materializa en el establecimiento de mecanismos confiables y seguros para la detección interna de irregularidades cometidas, así como para actos de reparación y, en su caso, denuncia a las instancias correspondientes y puesta a disposición de las autoridades de los elementos de acreditación pertinentes (pp. 32-33). Al referirse a la naturaleza del *compliance*, el autor aborda su evolución desde sus orígenes en la pura autorregulación empresarial (asociada a razones de carácter ético, reputacional y económico) hasta la más contemporánea intervención estatal que impone el cumplimiento empresarial de forma legal y coercitiva (como se advierte en particular en relación con la prevención del lavado de activos), así como distintas variantes de la autorregulación regulada (pp. 34-37).

Por otro lado, el autor se adentra en las tres etapas de la conformación de un programa de cumplimiento (que un sector de la doctrina denomina diseño-implementación-control del cumplimiento del programa), que en la obra se identifican como *Formulación - Implementación - Consolidación y Perfeccionamiento* del programa. A la vez, para caracterizar a cada una de estas etapas, GARCÍA CAVERO adopta también tres tríadas conceptuales.

En relación con la etapa de *Formulación* del programa, que contempla el cuerpo normativo que recoge los procedimientos empresariales internos de gestión de los riesgos de infracción legal (p. 39), el autor utiliza la tríada *identificar-definir-estructurar*. Así, la primera instancia de la formulación del programa consiste en realizar los procedimientos adecuados para identificar los riesgos asociados a la concreta actividad de la empresa (*risk assessment*), que consta, según el autor, de diversos pasos (pp. 43-49): (A) la fijación del objeto de análisis tomando en consideración el universo de actividades de la empresa cuyos riesgos se evaluarán, (B) la identificación de las posibles infracciones legales que pueden presentarse en el ámbito de las actividades identificadas como riesgosas, (C) una evaluación concreta de la importancia de los riesgos, tomando en consideración un aspecto clave del análisis económico como son las funciones de severidad del daño potencial y la probabilidad de producción del resultado lesivo (lo que estará en relación con la intensidad de las medidas de prevención que se dispondrán), (D) la revisión continua de la labor de identificación de los riesgos para considerar nuevos riesgos o la intensificación de los ya existentes y, por último, (E) la elaboración de una matriz o mapa de riesgos que documente a modo informativo los pasos anteriores (punto de partida clave para el paso siguiente, que consiste en la adecuada gestión de los riesgos detectados). La segunda instancia de la formulación del programa consiste en realizar los procedimientos adecuados para definir las medidas de prevención, detección y comunicación que establecen el modo en que se debe actuar frente a los riesgos de infracción legal identificados para una correcta gestión de los mismos (*risk management*) para reducir al riesgo empresarial a lo jurídicamente tolerable (p. 49), que se integra, según el autor, con diversos elementos (pp. 49-60): (A) la elaboración del código de conducta que establece lo que los empleados y directivos pueden realizar o no en el marco de

la empresa de acuerdo con las normas legales y técnicas relativas al ámbito de actividad, (B) el establecimiento de una estructura organizativa que delimite competencias y responsabilidades de los miembros de la organización que deberá documentarse con un manual de organización y funciones, (C) la selección de la información necesaria para poder llevar a cabo una adecuada administración de la información que es un requisito necesario para tomar decisiones legalmente correctas, (D) la determinación de responsabilidades en relaciones de subordinación y delegación horizontal y vertical, teniendo en consideración los deberes de selección de personal, capacitación, intervención y control y, en particular, los deberes residuales de control y supervisión de los delegantes, (E) las medidas de detección de irregularidades, que evidencian que el sistema de prevención no solo pretende evitar hechos ilícitos sino también advertir aquellos cuya ejecución ha comenzado, alcanzando tanto a los mecanismos de control y supervisión generales (como la auditoría interna) como, en particular, al más novedoso sistema de denuncia interna de irregularidades (*whistleblowing*). La tercera instancia de la formulación del programa consiste en estructurar el sistema de cumplimiento con una estructura organizativa que apunta específicamente a asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de los miembros de la empresa: la designación de un encargado de cumplimiento independiente de la administración de la empresa se presenta como un requisito ineludible, cuya complejidad dependerá, a su vez, de la complejidad de la organización de la empresa, de lo que dependerá que se designe un *compliance officer* o que se llegue a la creación de una oficina o departamento de cumplimiento.

Para analizar la etapa de *Implementación* del programa, que en la obra se define como un proceso progresivo que debe extender el programa de cumplimiento a todos los niveles de la entidad empresarial con la finalidad de crear una cultura del *compliance*, el autor utiliza la tríada *informar-incentivar-organizar* (p. 64). Cada uno de estos aspectos resulta clave para una adecuada implementación del programa en la empresa: (A) Informar consiste en capacitar adecuadamente a los miembros de la empresa difundiendo todos los detalles técnicos del programa, con un perfil esencialmente práctico, así como en concientizar acerca del cumplimiento de reglas éticas y legales para conformar una cultura organizacional comprometida con la legalidad, (B) la expresión incentivar indica que la empresa debe promover la observancia del programa de cumplimiento por parte de sus miembros individuales: la dirección debe manifestar su compromiso con el cumplimiento normativo (*tone at the top*), se debe facilitar a los empleados acceso a toda la información pertinente sobre el programa de cumplimiento e, incluso, apelar a incentivos más concretos como reconocimientos internos a quienes cumplen objetivos relacionados con el cumplimiento normativo y, por último, (C) organizar la empresa por medio de medidas tales como el deber de documentar el programa de cumplimiento (lo que debe plasmarse en un Manual de Cumplimiento), la elaboración de un protocolo para el funcionamiento del sistema de *whistleblowing* y de las investigaciones internas, el deber de reportar a la dirección de la empresa por parte del *compliance officer* los avances en la efectiva vigencia del programa y medidas de control como las auditorías externas.

Respecto de la etapa de *Consolidación y Perfeccionamiento* del programa, en la obra se lo define como el mantenimiento del mismo a pesar de su inobservancia, lo que tiene lugar por medio de la detección de infracciones y la imposición de sanciones, así como por el perfeccionamiento del programa en aquellos puntos que se han manifestado como inadecuados. Para analizar este aspecto, el autor utiliza la tríada *reaccionar-sancionar-mejorar* (p. 69): (A) la reacción ante la inobservancia del programa de cumplimiento tiene como institución central las investigaciones internas que deben estipular el procedimiento a seguir ante la noticia de una infracción legal en

la empresa, (B) las sanciones por la inobservancia del sistema de cumplimiento son consecuencia disciplinaria de la eficacia de las investigaciones internas para detectar infracciones y podrán efectivizarse en la medida en que la observancia del programa de cumplimiento normativo resulte una exigencia laboral y su incumplimiento una infracción del contrato de trabajo, (C) el mejoramiento del programa de cumplimiento implica una reevaluación de la idoneidad del programa que puede ser periódica o activarse ante eventos específicos que pongan en evidencia deficiencias del *compliance*.

3. El capítulo II contempla la aplicación del *compliance* en relación con la observancia específica de la normativa jurídico penal por parte de los miembros individuales de la empresa (*criminal compliance*). Resulta de interés que el autor no solo destaca la función preventiva del *criminal compliance* sino que, a la vez, lo pone en relación con las consecuencias sancionatorias del delito destacando la función de confirmación de la normativa penal de los programas de cumplimiento. Vale la pena destacar que el autor considera, correctamente a mi entender, que estas funciones se satisfacen por medio de la ordenación de conductas de los miembros de la empresa y su adecuación a las normas jurídico penales: medidas preventivas de carácter material (como otras medidas de prevención situacional) serán consecuencias del cumplimiento de tales conductas pero no parte esencial del programa (p. 95).

El análisis de la faz preventiva considera la exigencia de que el programa sea idóneo y, como un factor decisivo para ello, la creación de una cultura del cumplimiento normativo en la empresa, a la vez que toma en consideración un vector central del programa de cumplimiento: las medidas de prevención con base en la idea de la gestión del riesgo por medio de la tríada *identificación-evaluación-mitigación de riesgos delictivos*. Por otra parte, el autor relaciona la faz de confirmación de la normativa penal con la detección de infracciones y la gestión de sus consecuencias sancionatorias (destacando las importantes funciones aquí del sistema de *whistleblowing* y de investigaciones internas): en mi opinión, y si bien no surge expresamente de la obra, aquí debe considerarse que las consecuencias penales no solo alcanzan a la pena, sino también a consecuencias jurídicas como el decomiso de las ganancias ilícitas, de gran relevancia en la política criminal contra la criminalidad económica y organizada.

4. El capítulo III trata de un aspecto particular del *criminal compliance*: las consecuencias jurídico penales del *non-compliance*, prestando atención tanto a la responsabilidad penal de la empresa como a la responsabilidad penal de los miembros individuales de la misma (pp. 107 ss.).

El Prof. GARCÍA CAVERO esboza aquí los aspectos sustanciales de los modelos de imputación a las personas jurídicas basados, por un lado, en el modelo de atribución por el hecho de otro y, por otro lado, en el modelo de responsabilidad por el hecho propio (pp. 113 ss.).

En relación con el modelo de imputación vicarial el autor explica que el *compliance* carece de relevancia alguna, a excepción de su consideración en la instancia de individualización de la sanción como atenuante cuando se satisfacen las exigencias de implementación de un programa adecuado.

El modelo de imputación por el hecho propio parte del enfoque, hoy dominante, del defecto de organización, ponderando que es justamente en esta instancia que el *compliance* ofrece parámetros claros con los que puede concretarse dicho déficit sobre la base de la ausencia de un programa de cumplimiento o la implementación de uno inadecuado (pp. 114-115). Cabe destacar

aquí la sutil distinción que plantea el autor entre, por un lado, la imputación a la empresa por la comisión de un *injusto autónomo* y, por otro, la intervención de la misma en un *injusto común*. En esta segunda alternativa, con impronta del contemporáneo interés por el lugar de las *Obliegenheiten* en la moderna teoría de la imputación penal, se considera al déficit de organización, como infracción de incumbencias de la persona jurídica, la forma de intervención de la empresa en el hecho ejecutado por un miembro individual, siendo que en la obra se opta por esta segunda alternativa como mejor interpretación de la legislación peruana (p. 120). Asimismo, se esbozan los aspectos sustanciales de la relevancia del *criminal compliance* en la imputación objetiva y subjetiva a la empresa, así como en la culpabilidad, la determinación de la pena y las consecuencias accesorias (pp. 122-142).

La obra también aborda la cuestión más tradicional de la imputación penal a personas físicas, pero con todas las particularidades de la imputación en el ámbito de la empresa. El objetivo de la obra aquí no consiste en profundizar en todos los aspectos de la atribución de responsabilidad, sino en definir la influencia del *compliance* al respecto bajo la correcta premisa de que “el criminal compliance en nada cambia los ámbitos de responsabilidad derivados de las relaciones usuales de subordinación o delegación al interior de la empresa (...) lo que este instrumento normativo empresarial lleva a cabo (...) es dejar claramente establecidas cuáles son las funciones que se les asigna a cada uno de ellos, así como definir los específicos deberes de supervisión y control correspondientes” (p. 146). Aquí la obra distingue los ámbitos de organización de los socios o accionistas, directivos, oficial de cumplimiento y trabajadores: el autor deslinda con mucho detalle las diferentes funciones que le incumben a cada uno de estos estamentos y roles en el diseño, implementación y control del cumplimiento del programa, lo que resulta de suma utilidad para la posterior imputación penal en caso de infracción de los deberes que les alcanzan a cada uno de ellos.

5. Tanto el capítulo IV como el capítulo V se adentran en los ámbitos de aplicación de mayor desarrollo del *criminal compliance* en Perú y en América Latina en general, a saber, la corrupción pública y el lavado de activos. En efecto, en América Latina, a diferencia de la regulación legal en Europa y Estados Unidos, el *criminal compliance* ha tenido desarrollo casi en el exclusivo ámbito legislativo de estos fenómenos delictivos, diagnóstico que surge de un análisis de las legislaciones de Argentina, Chile, Brasil, Perú, Colombia, entre otros países. Por eso, el estudio de estos capítulos puede brindar una buena aproximación no solo al enfoque de la cuestión en el Perú sino, también, en otros países del continente.

6. Sin duda, la obra alienta al debate académico. Así, en primer lugar, tal como ya se explicó, el autor considera que el “mejoramiento” del programa se integra en la etapa de *Consolidación y Perfeccionamiento* como último elemento de esta tercera etapa del proceso (como parte de la tríada *reaccionar-sancionar-mejorar*). Sin embargo, entiendo que el mejoramiento del programa es parte de un proceso permanente, que ni se integra en esta tercera etapa ni implica una etapa posterior, sino que constituye un principio rector que vuelve circular el proceso de formulación/implementación/consolidación, teniendo lugar, así, sucesivos procesos de reformulación/reimplementación/ reconsolidación por medio de una evaluación permanente de la calidad del programa, teniendo en consideración como guía su idoneidad o eficacia.

En segundo lugar, otro aspecto a tomar en cuenta es la opinión que parece sostener el autor acerca de que si bien la prevención situacional del crimen es consecuencia del programa de cumplimiento no integra el mismo (p. 95). No debe olvidarse que la prevención situacional del

crimen contempla aspectos normativos con técnicas que pretenden establecer, explicar y clarificar reglas o normas de conducta y que, en este sentido, las reglas de conducta que integran el programa de cumplimiento constituyen una técnica de prevención situacional que es parte central de programa.

Asimismo, en tercer lugar, también invita a la deliberación un aspecto crucial del *criminal compliance*, como es la imputación penal a las personas jurídicas y su relación con la autoorganización empresarial. En efecto, el Prof. GARCÍA CAVERO entiende, al analizar la legislación del Perú, que aun cuando el régimen legal vigente considere que la responsabilidad de la persona jurídica posee una naturaleza administrativa y la regla de imputación del hecho parece fundarse en la heterorresponsabilidad (por la intervención de una persona humana vinculada a la empresa junto a la obtención de un beneficio para la misma), y la presencia de un programa de prevención se considere meramente como una eximente de responsabilidad, la interpretación correcta de la norma implica comprender que se trata de una auténtica responsabilidad penal y debe considerarse que el modelo de imputación es de responsabilidad penal por el hecho propio (pp. 193-196). El hecho de que sea una autoridad del Poder Judicial quien imponga la sanción no implica que la misma necesariamente deba considerarse una pena, ya que consecuencias jurídicas como el decomiso han evolucionado hacia un instituto con caracteres civiles que resultan impuestos también por jueces en lo criminal, mientras que la consideración de la existencia de un programa de prevención como una eximente (o un criterio para la individualización de la pena en otras legislaciones) no resulta fácilmente equiparable a la consideración de este como un elemento de la infracción de incumbencias de la empresa constitutivo de su aporte ilícito al hecho y, así, como un requisito para la imputación del hecho.

7. En conclusión, el libro es una obra con una aproximación manualística al *criminal compliance*, que va de lo general a lo particular, brindando detalles históricos, normativos y conceptuales de relevancia en relación con el *compliance* y sus consecuencias jurídico penales, con especial atención a la regulación anticorrupción y antilavado de activos. Sin duda, como se dijo, quedan abiertos ejes de discusión de sumo interés: las distinciones conceptuales triádicas en las etapas de desarrollo del programa de cumplimiento y la subsunción de los institutos del *compliance* en cada una de ellas, las reglas de imputación a las personas jurídicas (y, en particular, la consideración de la intervención de la empresa como intervención conjunta con la persona física con base en la infracción de incumbencias) y las relaciones funcionales entre *compliance* y consecuencias penales del *non-compliance*, entre otros. Alentar esta discusión es también virtud de la obra.

Bernd Rütters, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método (trad. de Francisco J. Campos Zamora), Marcial Pons, Madrid, 2020, 169 páginas

Ivó Coca Vila
MPI zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht
i.coca-vila@csl.mpg.de

“La República Federal de Alemania ha pasado de ser un Estado democrático de derecho a un «Estado judicial»”. Con esta contundente aseveración iniciaba Bernd RÜTHERS, profesor emérito en la Universidad de Constanza, el prefacio a la primera edición de su ensayo titulado “*Die Heimliche Revolution. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat*”, 2014, Mohr Siebeck, Tübinga. Dos años más tarde aparecería publicada una segunda edición (2016, Mohr Siebeck, Tübinga), rematada entonces con un epílogo en el que el autor responde a algunas de las objeciones formuladas contra la primera edición. En *ExLibris* damos cuenta ahora de la publicación de la versión española de dicha obra, cuya preparación ha corrido a cuenta de Francisco J. CAMPOS ZAMORA (Profesor de la Universidad de Costa Rica) y que ha sido publicada, coincidiendo con el nonagésimo aniversario de Bernd RÜTHERS, a principios del año 2020 por *Marcial Pons* en su colección *Filosofía y Derecho*. El que también en la sección de reseñas de una revista consagrada al análisis del Derecho penal haya espacio para la presentación de una obra dedicada a la teoría sobre el método jurídico y a las formas de intervención judicial «correctora» no precisa de ulterior explicación tan pronto como se advierte que, en realidad, de lo que se ocupa RÜTHERS en este libro es de una “cuestión clave en todo Estado constitucional democrático, a saber, la distribución del poder de normar entre la legislación y la administración de justicia” (Prefacio a la 2ª ed.).

-I-

Ya el título de la obra refleja de forma meridiana las dos principales tesis defendidas por RÜTHERS. En primer lugar, en la República Federal de Alemania habría tenido lugar una auténtica “revolución”. El Estado alemán habría dejado de ser un Estado democrático de Derecho para convertirse en un Estado judicial. “Extensas áreas de todas las ramas del derecho se regulan, ya no a través de las leyes, sino del «derecho judicial». Rige un hecho indiscutible: el derecho es aquello que los tribunales superiores competentes declaran como derecho vigente hasta que se avecine el próximo cambio jurisprudencial” (Prefacio a la 1ª ed.). En todo caso, entiende RÜTHERS que el Derecho judicial resultaría en la actualidad imprescindible: como ya KANTOROWICZ mostrara, la laguna legal no es la excepción, sino la regla (pp. 150-151). No es solo que el legislador democrático no puede ofrecer anticipadamente una respuesta legal a todos y cada uno de los conflictos de intereses imaginables en el seno de una sociedad altamente cambiante, sino que con frecuencia prefiere dejar la resolución de tales conflictos en manos del poder judicial. “[V]ivimos realmente en un «Estado judicial», [pues son] las últimas instancias judiciales (...) quienes deciden de forma vinculante aquello que es el derecho vigente” (p. 150). Y esto mismo vale para el Derecho constitucional. “El Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)] se ha convertido en la máxima fuente de derecho” (Prefacio

a la 1ª ed.). También la jurisprudencia del TEDH y el TJCE estaría creando de forma masiva Derecho (p. 58).

Y esta revolución, así reza la segunda de las tesis centrales de RÜTHERS, se habría producido de forma secreta. Es decir, los jueces, ordinarios y constitucionales, habrían logrado usurpar las funciones del poder legislativo subrepticamente, de modo que su actual posición de poder habría permanecido hasta el momento inadvertida. Aunque RÜTHERS concede a sus críticos, en el epílogo a la 2ª ed., que la revolución ya no sería «secreta», pues el cambio hacia el Estado judicial sería evidente desde hace tiempo, insiste en que el poder judicial alemán ha ocultado largamente su asalto al poder legislativo (p. 152). Ahora bien, ¿cómo habrían logrado los jueces llevar a cabo esta revolución encubierta? RÜTHERS sostiene que, pese a que la ciencia y jurisprudencia alemanas habrían vivido en los últimos cien años importantes cambios constitucionales y metodológicos, ni los científicos del Derecho ni la jurisprudencia se habrían preguntado seriamente por el origen y las consecuencias históricas de sus métodos de interpretación. *Palabra clave: continuidades metodológicas* (pp. 51-52). “El derecho que no presta atención a la historia es peligroso; aún más sorprendente resulta la clara abstinencia, incluso el abierto desprecio de renombrados juristas contra la metodología jurídica” (p. 77). Ello explicaría, siempre según nuestro autor, que la jurisprudencia y doctrina dominantes en Alemania sigan aferradas al mismo método de interpretación de corte objetivo o teleológico-objetivo à la LARENZ (pp. 93-96) que de tan buen predicamento gozó entre jueces y profesores durante el periodo nacional-socialista (p. 52). Conforme a este, el interprete no debería partir “del fin de la norma ni del objetivo regulatorio de la legislación, sino de una supuesta «voluntad racional de la ley», en el momento de su aplicación” (p. 51). Sin embargo, dado que la teoría de la interpretación objetiva busca una objetividad que, en el marco de un Estado democrático de Derecho, ni existe ni puede existir, pues “el derecho justo existe solo en *comunidades de fe*” (p. 49), el recurso a una interpretación objetiva “es un medio para engañar haciendo parecer el establecimiento de normas en la judicatura, como un producto de una «interpretación» supuestamente científica” (p. 87). Dado que la ley nunca tiene una voluntad propia, según RÜTHERS, el juez que busca tal entelequia amparándose en el método objetivo solo puede encontrar en la ley aquello que previamente ya ha introducido (pp. 155-156). El método objetivo, en suma, no es un método de interpretación (*Auslegung*), sino de inserción (*Hinlegung*), esto es, de creación de Derecho. *Palabra clave: honestidad metodológica*.

-II-

En esta revolución secreta, entiende RÜTHERS, también habría participado, y con un papel destacado, el BVerfG. Este, junto al TEDH y el TJCE, se habría convertido en la fuente suprema de creación del Derecho en Alemania (p. 55). Hasta donde alcanzo a ver, son tres las razones principales que explicarían –siempre según nuestro autor– el aumento del poder legislativo del BVerfG en detrimento de las cámaras parlamentarias. En primer lugar, la comprensión de la Ley Fundamental por parte del BVerfG (*Lüth-Urteil*, 15.1.1958 [BVerfGE 7, 198 ff.=NJW 1958, 257 ff.]) como un “orden de valores objetivo”, que irradia su fuerza sobre todo el ordenamiento jurídico, habría fortalecido inmensamente la posición de poder de este tribunal (pp. 57-58) e incrementado exponencialmente el riesgo de que una interpretación conforme a la Constitución acabe suponiendo, en realidad, una modificación de la ley ordinaria interpretada. Esta posición de poder (creador de Derecho), ahora ya en segundo lugar, se ve reforzada al propugnar el BVerfG la libertad del juez en materia metodológica, relegando la voluntad histórica del legislador al papel de un mero criterio complementario y, en muchos, casos renunciable o irrelevante (p. 95).

Para RÜTHERS, sin embargo, “[q]uien otorga al Tribunal la libertad de elección metodológica propaga la arbitrariedad del contenido constitucional de acuerdo con las cambiantes preferencias ideales, orientadas al espíritu de la época de la respectiva Sala del Tribunal que se declara competente para conocer del asunto” (p. 56). Y es que, como el propio HASSEMER reconociera, célebre defensor de la libertad de elección metodológica: “con la elección de un método particular de interpretación, se elige también un resultado determinado mientras se rechaza otro” (p. 95). El método ya no es el instrumento para resolver el caso, sino para camuflar una solución previamente adoptada. Dado que esta libertad metodológica, además, se materializa con frecuencia en la praxis en un recurso al método objetivo, el BVerfG habría sentado las bases para una creación del Derecho (judicial) subjetiva y enmascarada bajo un halo irreal de objetividad. Finalmente, en tercer lugar, entiende RÜTHERS que la concepción profundamente politizada que tienen algunos magistrados del BVerfG de su cargo favorecería asimismo su creciente poder creador de normas. Aquellos ya no se contentarían con su clásica función de “guardianes de la Constitución”, sino que se arrojarían una función mucho más pretenciosa, a saber, la de operar como motores del cambio social (p. 117) a través de resoluciones dinamizadoras o actualizadoras de la Constitución (p. 110). El BVerfG no solo estaría fosilizando conceptos jurídicos ordinarios como el de “violencia” en el delito de coacciones (§ 240 StGB), sino que estaría creando nuevos Derechos constitucionales (p.ej., el Derecho fundamental a la autodeterminación informativa) al mismo tiempo que declararía obsoletos otros explícitamente contenidos en la Ley Fundamental (pp. 104-110).

Así las cosas, no es de extrañar que, a ojos de nuestro autor, también el Derecho constitucional se habría convertido esencialmente en Derecho constitucional judicial. Y el problema no es que el BVerfG haya de recurrir con frecuencia al perfeccionamiento del Derecho para cubrir lagunas, sino que son muchas las Sentencias de dicho Tribunal en las que se desvía derechamente de los valores inmanentes en la Ley Fundamental, reemplazándolos por otros (p. 106) y, de este modo, creando Derecho Constitucional de nueva planta. Ello quedaría patente, por ejemplo, en su declaración de inconstitucionalidad del tratamiento fiscal discriminatorio de los cónyuges de un mismo sexo respecto a las parejas heterosexuales (*Ehegattensplitting-Urteil*, BVerfG, 07.05.2013, [2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07]). Pese a que el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental establece que el matrimonio y la familia “están bajo la protección particular del orden estatal”, siendo según RÜTHERS la voluntad histórica del legislador constitucional alemán fomentar la natalidad como presupuesto indispensable para la supervivencia del pueblo y, por extensión, del Estado (p. 112), el BVerfG, apartándose de la voluntad legislativa democrática del constituyente, elimina la protección especial al matrimonio y a la familia a través de un vago recurso al principio genérico de igualdad (Art. 3 GG), equiparando a efectos fiscales las parejas homosexuales y heterosexuales. “El principio general de igualdad no es una cláusula suprallegal, utilizable de forma genérica para modificar el art. 6, párrafo 1, de la Ley Fundamental en contra del procedimiento obligatorio del art. 79 de la Ley Fundamental, solo por el deseo del Tribunal de alinear el contenido de igualdad con el cambiante «espíritu de la época»” (p. 113). Al apartarse del “propósito original de la norma”, como “punto de partida para cualquier interpretación constitucional correcta desde el punto de vista metodológico” (p. 114), el BVerfG está modificando la Ley Fundamental. “Esta decisión es «un acto revolucionario»” (p. 119).

Esta función creadora del Derecho (constitucional) asumida por el BVerfG supondría para RÜTHERS un profundo cuestionamiento tanto del principio de separación de poderes como del principio democrático. “Los tribunales, que exceden los límites de las competencias, (*sic*) asignadas por la Constitución, se arrojan funciones de establecimiento de normas sin base legal

alguna («tribunales sin límites!»), violan el Estado de derecho y el principio democrático” (p. 59). Y adviértase que para nuestro autor el poder legislativo que habrían alcanzado los jueces, especialmente los constitucionales, sería prácticamente ilimitado, pues carecería de todo contrapeso. El control parlamentario fracasa, como inefectiva se muestra asimismo la crítica en el foro público de las resoluciones judiciales (pp. 59-64). La dogmática tampoco supone una medida efectiva de control del Derecho judicial. Por un lado, “la dogmática consiste principalmente en representaciones de valor memorizadas y predominantemente reconocidas, para las cuales no existe ninguna prueba de verdad” y, en gran medida, está fuertemente influenciada por la jurisprudencia que debería limitar (pp. 65-67). Por otro lado, RÜTHERS advierte de la profunda complacencia con la que los profesores de Derecho público alemanes reciben la jurisprudencia del BverfG: *Karlsruhe locuta, causa finita*. “No pocos especialistas en derecho público consideran que la elección como juez del Tribunal Constitucional Federal es el punto más importante y valioso de su carrera profesional. Es probable que este hecho limite su disposición a criticar abiertamente las decisiones judiciales controvertidas” (p. 124).

-III-

Aunque el objetivo central de esta obra es el de denunciar a los cuatro vientos la arriba referida revolución, lo cierto es que, aunque de un modo superficial, RÜTHERS deja entrever las líneas esenciales de un método de aplicación del Derecho pretendidamente capaz, como mínimo, de mitigar la erosión del principio democrático y de separación de poderes que traería consigo el imparable auge del Derecho judicial. En primer lugar, proclama nuestro autor que las cuestiones metodológicas son cuestiones de poder y, por ende, de naturaleza constitucional (pp. 159-163, 194), esto es, que la Ley Fundamental no es neutral en lo que se refiere a la metodología de los jueces y que, por ende, estos no pueden decidir libremente el método de aplicación del Derecho. *Palabra clave: constitucionalización de la teoría del método* (cfr. al respecto JAESTEDT, «Das Proprium des öffentlichen Rechts», en ENGEL/SCHÖN [eds.], *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, pp. 258 ss.). En particular, entiende RÜTHERS que son el principio democrático y el de separación de poderes, junto con el resto de Derechos fundamentales, los parámetros centrales desde los que derivar un método de aplicación del Derecho conforme con la Constitución.

Presupuesta la naturaleza constitucional de la pregunta por el método, ahora ya en segundo lugar, RÜTHERS entiende que el único compatible con los principios constitucionales referidos es la interpretación histórico-subjetiva. “Cualquier persona que desee aplicar las leyes conforme con la Constitución siempre debe intentar identificar aquello que la legislación deseaba alcanzar al promulgar el precepto por aplicar, después de haber leído el texto de la norma, de conformidad con las disposiciones constitucionales de los arts. 1 [IVC: protección de la dignidad del ser humano], 20, párrafo 3 [IVC: sometimiento del poder judicial a la ley y al derecho], y 97, párrafo 1 [IVC: independencia judicial y sometimiento a la ley], de la Ley Fundamental” (p. 83). Es decir, en vez de ampararse en una supuesta interpretación objetiva de la ley, que en realidad no hace sino ocultar actos de pura creación subjetiva de Derecho, los jueces habrían de preguntarse por “el propósito de la ley, sobre el fin regulatorio jurídico-político del precepto. Este es el primer paso indispensable, no el último para la aplicación de la ley. El estudio del propósito histórico de la norma puede ser difícil de determinar e inclusive se puede fracasar en el intento; sin embargo, es indispensable si se quiere garantizar la separación de poderes y el principio democrático” (p. 83).

En tercer lugar, y dado que en ocasiones el juez no podrá conocer cuál era la voluntad legislativa o llegará a la conclusión de que dicha voluntad, a tenor de los cambios sociales, económicos, culturales etc., ya no constituye un punto de partida idóneo para aplicar el Derecho, RÜTHERS entiende ineludible que los jueces operen en tal caso de una forma metodológicamente honesta (p. 87). Allí donde el Derecho judicial sea inevitable, “[e]l necesario «perfeccionamiento del derecho», en términos de establecimiento de normas, tiene que ser mostrado como tal en aquellos casos en los cuales el derecho debe ser aplicado de forma honesta y no ocultado, tras la niebla que lo camufla como un método aparentemente «objetivo»” (p. 87). En definitiva, allí donde el juez no interprete el Derecho, sino que lo cree, esto es, lo perfeccione o lo desarrolle *praeter* o *contra legem*, aquel deberá exponer con claridad la naturaleza político-jurídica de su resolución, que habrá de ser valorada únicamente en atención a su fundamentación.

Y finalmente, en cuarto y último lugar, se pregunta RÜTHERS si no debería Alemania contar con una ley metodológica en la que se fijaran los parámetros de aplicación del Derecho, a imagen y semejanza de lo establecido en el art. 1 del Código civil suizo, los arts. 6 y 7 del Código Civil General de Austria, el art. 4 del *Code Civil* francés (p. 164) o, añadido yo, los arts. 3 y 4 del Código Civil español. RÜTHERS entiende que, sea como fuere, los “límites determinantes al derecho judicial son el principio democrático, en tanto prioridad de la legislación y la división de poderes, propia del Estado de derecho” (p. 165). A partir de aquí, se limita a decirnos que una “ley metodológica, que declare y establezca las mencionadas reglas metódicas generales inmanentes a la Constitución, sería un proyecto interesante” (p. 165).

-IV-

Es mérito de RÜTHERS haber puesto –desde hace ya tiempo y con tenaz insistencia– de manifiesto la trascendencia constitucional de las cuestiones metodológicas, así como su naturaleza y relevancia política. Del método jurídico, como mínimo en parte, depende el poder de los jueces para crear Derecho y, con ello, la delimitación de funciones entre el poder judicial y el legislativo en el seno de un Estado democrático de Derecho. *Quis interpretabitur? Quis iudicabit?* Insistir en ello, como lo es en la necesidad de una permanente autorreflexión metodológica, nunca puede estar de más. Todo esto es lo que nos ofrece RÜTHERS en su provocador ensayo. El problema es quizá que esto es también todo lo que nos ofrece en la obra aquí recensionada. Dejando a un lado el hecho de que las tesis allí defendidas por RÜTHERS son ya de sobras conocidas tanto por el lector de su *Rechtstheorie* (RÜTHERS/FISCHER/BIRK, 11ª ed., 2020, en particular, pp. 430 ss.), como, en especial, por el de su fundamental trabajo de habilitación, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968, 8ª ed., 2017; lo cierto es que RÜTHERS no presenta apenas propuestas constructivas a fin de contrarrestar (jurídicamente o políticamente) la revolución que dice haber desenmascarado (en cambio, cfr. en este sentido el reciente trabajo de VOßKUHLE, «Rechtsstaat und Demokratie», *NJW*, (43), 2018, pp. 3154 ss.).

Por un lado, no extrae ninguna consecuencia concreta de sus –por momentos– desmedidas aseveraciones sobre la mutación del Estado alemán desde un Estado de Derecho a uno judicial. Esta presentación radicalmente polarizada del problema constituye sin duda un provocativo reclamo promocional del libro, pero difícilmente puede ser tomada en serio como punto de partida sobre el que discutir y, eventualmente resolver, los problemas que adecuadamente identifica RÜTHERS. ¿O es que acaso sostendría seriamente que Alemania ha dejado de ser una democracia y se ha convertido en un Estado oligárquico dominado por una aristocracia judicial? Si resulta que la mayoría del Derecho ordinario y constitucional es judicial, ¿es el ordenamiento

alemán un Derecho esencialmente no democrático? Dudo que nuestro autor pretenda que sus categóricas afirmaciones hayan de ser tomadas en serio. El problema, en todo caso, es que tampoco nos explica RÜTHERS qué consecuencias prácticas habríamos de extraer de su diagnóstico tremendista.

Y, por otro lado, tampoco nos ofrece la –razonablemente esperable– defensa del método histórico-subjetivo como punto de partida para una aplicación del Derecho democrática y respetuosa del principio de separación de poderes. En primer lugar, nuestro autor no se hace cargo de las críticas que también se han dirigido al método histórico-subjetivo desde el prisma del principio democrático, en particular, por qué habría de ser más respetuoso con tal principio una aplicación del Derecho que responde a una voluntad legislativa pretérita en el tiempo cuando aquella es contraria a la voluntad mayoritaria del pueblo en el momento en el que el juez debe aplicar el Derecho. Tampoco resulta convincente el modo en el que desdeña a la dogmática como mecanismo de control de la jurisprudencia. No es cierto que esta se limite a memorizar y repetir el sentido de las resoluciones jurisprudenciales. Existe seguro una dogmática seguidista, pero también una autónoma y crítica (sobre todo ello, cfr. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 ss.). En segundo lugar, RÜTHERS asume que el método histórico-subjetivo es el único realmente compatible con el principio democrático y el de separación de poderes, pero él mismo reconoce que la indagación de la voluntad legislativa histórica no es siempre sencilla. En realidad, parece posible afirmar que la voluntad legislativa es, como lo puede ser la voluntad objetiva de la ley, un constructo, para cuya determinación el juez gozará igualmente de una amplia discrecionalidad. De hecho, RÜTHERS reconoce que allí donde la voluntad legal ya no pueda operar como un criterio válido para aplicar el Derecho, el juez puede apartarse de aquella, aunque haciéndolo explícito. Y con esto llego, ahora ya en tercer lugar, al último de los flancos descubiertos por nuestro autor que ameritan ser resaltados. RÜTHERS insiste en la importancia de la honestidad metodológica y en que los competentes para crear el Derecho son los parlamentos, esto es, el poder legislativo, y no el judicial. Sin embargo, también reconoce que el Derecho judicial es inexcusable y lo único que le demanda entonces al juez es honestidad metodológica, esto es, que reconozca su función creadora del Derecho. Ahora bien, ¿por qué razón esta honestidad metodológica habría de impedir la erosión del principio democrático o de separación de poderes? Formulado de otro modo: ¿dónde encuentra su legitimidad (constitucional) el juez que al crear Derecho evidencia la naturaleza de su actividad? ¿Es el mero reconocimiento de la usurpación de una función legislativa razón suficiente para legitimar el desplazamiento de las líneas de poder entre el legislativo y el judicial? Esta pregunta, central en el planteamiento de RÜTHERS, queda también sin respuesta en la obra aquí recensionada.

RÜTHERS formula en su “Revolución secreta” preguntas fundamentales en el seno de cualquier Estado democrático de Derecho y que habrían de preocupar, cuando no obsesionar, a cualquier jurista, también al penalista. Por ello, y pese a no ofrecer soluciones constructivas concluyentes para la determinación de una correlación de fuerzas plausible entre el poder legislativo y judicial, el ensayo de RÜTHERS merece ser leído y discutido. A Francisco J. CAMPOS ZAMORA debemos agradecerle el esfuerzo de haberlo puesto a disposición del lector hispanohablante. Si para conseguir captar la atención de un importante número de juristas no interesados habitualmente por estas cuestiones es forzoso recurrir al estilo maniqueísta y, por momentos, efectista que caracteriza la monografía aquí recensionada es algo que puede quedar a juicio del lector.

Ingke Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, 331 páginas

Kai Ambos*
Georg August Universität Göttingen
kambos@gwdg.de

-

-I-

La obra a reseñar, que constituye un escrito de habilitación en la Universidad de Osnabrück, se plantea como objetivo efectuar una revisión de la teoría de la imputación objetiva, debiendo entenderse por ello la exposición de “un nuevo análisis crítico” (p. 5). Tal como se señala en su subtítulo, al emprender dicha tarea GOECKENJAN limita su análisis a los delitos dolosos de resultado (los imprudentes, en términos prácticos mucho más importantes, solo son tratados *de pasada*) y al primer nivel de examen de la teoría (la creación o el incremento de un riesgo jurídicamente relevante). El segundo nivel, vinculado a la realización del riesgo, es deliberadamente dejado de lado (*ibid.*). Ya en el inicio mismo de la obra la autora explicita las seis objeciones que suelen plantearse contra el traslado de la teoría de la imputación objetiva a los delitos dolosos: 1) disposición asistemática de los criterios de imputación, 2) indeterminación y excesiva normatividad de dichos criterios, 3) imposibilidad de un enjuiciamiento “objetivo”, 4) carácter superfluo de la imputación objetiva en los delitos dolosos, 5) disfuncionalidad de los criterios de imputación y, finalmente, 6) inadmisibilidad de la alternancia entre un enjuiciamiento *ex ante* y *ex post* (pp. 3 s.).

Estas objeciones, que recorren como un hilo conductor toda la obra, son desarrolladas en detalle (pp. 134 ss.) y luego sometidas a evaluación en el último y cuarto capítulo (pp. 269 ss.). Con esta base de por medio se dispone entonces GOECKENJAN a presentar sus conclusiones a través de diez resumidas tesis (pp. 289 ss.), ofreciendo además una breve exposición acerca de la necesidad de una consecuente investigación (pp. 302 ss.). Pero sobre esta parte más innovadora habremos de volver más tarde. En los capítulos 1 a 3, efectuada ya una introducción bastante concisa¹ al objeto

* Agradezco al Prof. Dr. Peter Rackow de Gotinga por la lectura crítica y demás observaciones. Texto original publicado en *ZStW*, (132-2), 2020, pp. 453-469 (versión online: DOI <https://doi.org/10.1515/zstw-2020-0016>). Traducción del alemán por Mauro Roccasalvo, becario predoctoral de investigación y docencia de la Universidad Pompeu Fabra (mauro.roccasalvo@upf.edu).

¹ En el apartado II de la introducción (“Objetivos y límites de la obra”) se indica que, más allá de las limitaciones de perspectiva ya mencionadas, también habrá de quedar “la dogmática de la intervención [...] en gran medida excluida”. Esto resultaría imperativo “[p]ara poder llegar hasta el núcleo de la teoría general de la imputación objeto de análisis...”. Del mismo modo, refiere la autora que “tampoco se tendrán en consideración [...] las particularidades de los delitos omisivos...” (p. 5). Todas estas restricciones serían “necesarias para un tratamiento riguroso de las cuestiones objeto de análisis”. No obstante, “los resultados de la investigación pueden, parcialmente y en su aspecto general, ser relacionados con los restantes enunciados de la teoría de la imputación objetiva”. Un estudio exhaustivo a este respecto –finaliza la autora– “no puede sin embargo llevarse a cabo aquí y, por tanto, debe reservarse para investigaciones posteriores” (p. 6).

y fin de la obra (pp. 1 ss.), se esbozan las bases fundacionales de la investigación (capítulo 1, pp. 9 ss.), se hace un repaso de la evolución de la teoría de la imputación objetiva (capítulo 2, pp. 63 ss.) y, finalmente, a modo preparatorio de las posteriores conclusiones, se analizan los tres *topoi* del referido primer nivel de examen que la autora asume excluyentes de la imputación: la ausencia de creación de un riesgo, el riesgo permitido y la disminución del riesgo (capítulo 3, pp. 151 ss.).

-II-

1. En su esbozo de los *fundamentos* de los que parte la obra, afirma GOECKENJAN que la tarea de una dogmática de la imputación es la de determinar la relación que media entre un comportamiento humano y una consecuencia en el mundo exterior. Según entiende, dicha dogmática no ha de cimentarse en una sistematización pre-jurídica sino que debe orientarse y estar al servicio de la ley (pp. 12 ss.). En tanto solo a ella le incumbe llenar el margen de maniobra (*Spielraum*) dejado por el legislador (pp. 22 s.), debe abogarse por un enfoque hermenéutico e inductivo (pp. 26 s.). Para GOECKENJAN esta vinculación con lo jurídico-positivo no impide que la dogmática se constituya como “presupuesto indispensable para una equitativa, previsible y coherente [...] aplicación del Derecho” (p. 13). Pero más allá de tales reflexiones, mediante el referido arraigo a la “codificación legal” como “punto de partida” (p. 22) la autora deja a la dogmática en el lecho de Procusto del legislador, quitándole su margen de maniobra creativo. Y esto, en efecto, culmina repercutiendo en su comprensión de la teoría de la imputación objetiva. Conceptualmente distingue GOECKENJAN entre el objeto de la imputación y el objetivo o destinatario de la imputación; aquello (el objeto), en cuanto “algo”, es atribuido a dicho objetivo como algo distinto o bien a una persona* (pp. 32 ss.). Según expone, la cualidad de la imputación como proceso comunicativo (“acto de habla”)² pone a la vista la diferencia que media con aquel tipo de atribución que se emplea para describir procesos de criminalización empíricos (especialmente el *labeling approach*) (p. 35). En términos penales –parafraseados mediante conceptos como “imputación al tipo” o “imputación al injusto”– el fondo de la cuestión radica en si el resultado típico es o no la realización de una determinada persona (p. 45). Así, plantea la autora que por razones lingüísticas resultaría más convincente “establecer a una persona o bien a su acción como aquel objetivo al que se dirige la imputación” (p. 46). En todo caso, la teoría de la imputación objetiva no trataría más que de la “imputación de un resultado penal típico a una persona o su comportamiento, desde el plano del tipo objetivo” (p. 47). Acción y resultado deberían por tanto mantenerse libres de toda normatividad y ser entendidos de manera naturalística (pp. 47 ss.). Siguiendo esta idea, GOECKENJAN expone la necesidad de hacer una distinción entre los conceptos de riesgo y peligro (pp. 54 ss.). El riesgo designaría una probabilidad calculable de daño sobre la que el responsable de la decisión (*Entscheidungsträger*) ejerce –al menos– influencia y que, además, se determina desde su punto de vista, mientras que el destinatario, por el contrario, estaría simplemente expuesto al peligro indeterminado (p. 58). Por tanto, en el marco de la teoría de la imputación el concepto de riesgo sería más adecuado que el de peligro, debiendo concretamente entenderse como “una posibilidad de producción de un resultado sobre cuya realización el agente tiene influencia, y que no puede ser cuantificada con

* Dada la particularidad de la frase, agregó aquí su formulación original en alemán para que el lector pueda sacar sus propias conclusiones: «jenes als das „etwas“ wird diesem als etwas anderem oder einer Person zugeordnet» (N. del T.). La traducción escogida pretende poner a la vista su sentido, más allá de la propia literalidad.

² SEHER, *Zurechnung im Straftatbestand*, 2007, pp. 628 ss.

exactitud pero sí al menos determinada en su cantidad decisiva a efectos de su relevancia jurídica” (p. 59). Sin embargo, GOECKENJAN debe admitir que esta diferenciación no resulta dominante en la literatura jurídico-penal; más bien, ambos términos son a menudo empleados como sinónimos.³ Y el concepto de riesgo, por cierto, no está exento de problemas. Especialmente –y sobre todo en supuestos de efectiva causación de un resultado– existe incertidumbre en relación a la realización *ex ante* del riesgo, lo que a su vez conduce a los conocidos problemas de la determinación *ex post* de la perspectiva que *ex ante* tenía el autor (pp. 59 ss.). Dicho con otras palabras: incluso en casos de efectiva causación, la cuestión central relativa a si durante la prognosis de producción del resultado debe adoptarse una perspectiva individual u objetivo generalizada *ex ante*, no queda ya aclarada mediante la distinción *conceptual* entre riesgos y peligros.

2. En el siguiente y segundo capítulo (estado de la cuestión), GOECKENJAN se dedica a trazar el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva (pp. 63 ss.): desde las primeras teorías de la imputación del Derecho natural, pasando por la inicial normativización “«impulsada» por HONIG”⁴ (p. 87), hasta llegar a la moderna teoría normativa de la imputación del resultado del último tercio del siglo pasado, que principalmente se vincula a Claus ROXIN y Günther JAKOBS⁵ (pp. 111 ss.). Las subsecciones relativas al “Desarrollo de las distintas perspectivas de la imputación”, cabe destacar, resultan muy provechosas para el lector (pp. 83 ss.). Siguiendo a la autora, la doctrina actual de la imputación objetiva del resultado tendría “poco en común” con la concepción originaria imperante en el Derecho natural. Se habría convertido en una “categoría de valoración” que excluye del tipo los procesos puramente casuales, recurriendo a consideraciones funcionales al Derecho penal o más bien político-jurídicas (p. 123). De ello se deducen, según GOECKENJAN, ciertas premisas fundamentales para la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. A saber: la distinción entre el juicio causal y el de imputación; su función correctiva de una causalidad definida de forma demasiado amplia; la validez de la teoría también para los delitos dolosos; su formulación escalonada en dos niveles (creación y realización del riesgo); una prognosis objetiva-posterior del riesgo identificable *ex ante* para el caso de su creación (primer nivel) y una evaluación *ex post* sobre su realización (segundo nivel); y finalmente, el reconocimiento de ciertas constelaciones excluyentes de la imputación (riesgo general de la vida, riesgo permitido, disminución del riesgo, fin de protección e intervención de terceros) (pp. 123 ss.). Estas premisas, no obstante, se enfrentan a las seis objeciones ya mencionadas, sobre las que volveremos debajo (pp. 134 ss., 269 ss.).⁶

3. En el tercer capítulo (pp. 151 ss.), GOECKENJAN examina los tres *criterios excluyentes de la imputación* que, según su opinión, resultan más importantes en este primer nivel de análisis de la teoría: la ausencia de creación de un riesgo, el riesgo permitido y la disminución del riesgo.

³ Conforme ya ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *FS-Gallas*, 1973, pp. 241 [242], donde menciona “la idea rectora del aumento del riesgo contrario al deber o la realización del peligro”. Así también GOECKENJAN, pp. 59, 110 s.

⁴ Expresión debida a MAIWALD, «Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung», *FS-Miyazawa*, 1995, p. 465 [465].

⁵ SCHROEDER, «Schriftum – Ingke Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, 2018, p. 549 y FRISCH, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre», *GA*, 2018, pp. 553, 557, señalan como otros autores a Hans-Heinrich JESCHECK, Jürgen WOLTER y Hans-Joachim RUDOLPHI.

⁶ En principio parece bastante convincente diferenciar entre la “crítica a la teoría de la imputación objetiva y su aplicación a los delitos dolosos” (GOECKENJAN, pp. 134 ss.) y la (propia) “evaluación de la crítica a la teoría de la imputación objetiva” (pp. 269 ss.). Pero esto inevitablemente da lugar a redundancias (así también SCHROEDER, *GA*, 2018, p. 549 [550]).

Los apartados correspondientes a estos temas se estructuran de forma idéntica: luego de presentar el criterio objeto de análisis mediante su formulación básica y su reflejo en casos seleccionados, se da lugar a las críticas y soluciones alternativas aplicables. Esta parte de la obra es fundamentalmente descriptiva. De mayor interés son las conclusiones que la autora expone.

a) En lo que respecta a la *creación de un riesgo*, señala en primer lugar (p. 204 ss.) que incluso los propios representantes de la teoría de la imputación objetiva proponen enfoques bastante disímiles. Según GOECKENJAN, el interrogante relativo a si el tipo objetivo del delito doloso de resultado se ve satisfecho cuando la víctima –o bien un tercero– media en la causación del resultado, culmina “eclipsado” por las reglas que la ley establece en materia de intervención delictiva (p. 205). Dicho con otras palabras: en tanto rige el principio de primacía de las regulaciones legales, el problema debería ser resuelto a través de estas reglas, para las cuales lo relevante es la distribución de esferas de responsabilidad y no en cambio “la cuestión de cuán probable era la producción del resultado”.⁷ Podría incluso plantearse el caso en el que el resultado fuese causado por el comportamiento de un único autor, es decir, sin la intervención de un tercero. Y ello no haría más que demostrar, nuevamente, que “lo decisivo no es tanto la referida cuantía como en cambio la desaprobación del comportamiento” (*ibid.*). Nos encontramos entonces –según GOECKENJAN– con una “fórmula pura de valoración” que no puede ser significativamente delimitada del *topos* del riesgo permitido analizado a continuación. En última instancia, el criterio de creación del riesgo debería considerarse superfluo porque en estos casos falta ya un comportamiento típico en el sentido de la doctrina de FRISCH, quien, como bien es sabido, considera la pregunta por la imputación del resultado como estrictamente posterior a aquella sobre el carácter prohibido –y por tanto típico– de la conducta.⁸ En concreto: no mediando en absoluto un injusto del comportamiento, la cuestión de la *imputación* del resultado no aparece ya como objeto de análisis (p. 206).⁹ Aun así, indica la autora que dentro de las subsiguientes consideraciones sobre el riesgo permitido “debe todavía comprobarse cuán realmente alejadas en este aspecto están las teorías de la imputación del resultado y del comportamiento típico” (p. 206 y n. 350).

b) Conforme expone GOECKENJAN, aunque sus “diferencias” con la “teoría de la imputación del resultado [...] pudiesen ser escasas” (!), la teoría del comportamiento típico también se muestra fecunda en relación al *riesgo permitido* (p. 229). En aquellos pocos casos en los que el comportamiento doloso se topa con un riesgo permitido –como sucede por ejemplo en proyectos técnicos de gran envergadura– su carácter típico se encuentra ya ausente, justamente debido a la permisión de la conducta (p. 242). La relevancia de estos supuestos no depende del grado de riesgo, sino únicamente de su evaluación jurídica como situación permitida. Por tanto, un comportamiento de esta índole no será típicamente relevante, con independencia del referido nivel de riesgo materializado. Según la autora, si las diversas formas de riesgo permitido fuesen diferenciadas conforme el tipo de limitación aplicable –sea ella una específica regulación jurídica (pre-penal), una regla meramente informal, o bien el carácter socialmente adecuado del

⁷ Por consiguiente, solo “en los denominados comportamientos neutrales [debería] “[c]larificarse [...], si la prestación de ayuda en el sentido del § 27, apartado 1, StGB [...] puede ser excluida” (GOECKENJAN, p. 191).

⁸ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, especialmente p. 59: “Qué riesgos se desaprueban en general y, en consecuencia, qué formas de comportamiento se prohíben con miras a la contención de ese riesgo [...], es [...] una cuestión que precede a la teoría de la imputación...”. En igual sentido, EL MISMO, *GA*, 2018, p. 553 [561 s.].

⁹ Suscribiendo a la posición de FRISCH, GOECKENJAN, pp. 180 s., 229 s. (“...solo la perspectiva de Frisch [hace] justicia a la función directiva del comportamiento de las normas de Derecho penal”, p. 230).

comportamiento (pp. 242 s.)–, la primera de dichas alternativas tendría relevancia práctica para el ámbito de los delitos dolosos (p. 244). Pero aun así, no resulta del todo claro que los casos de “riesgos asociados al contacto social cotidiano y no sujetos a limitación especial de riesgo alguna” puedan ser –tal como refiere GOECKENJAN– resueltos “en su mayoría” (?) de forma adecuada mediante el criterio de la “previsibilidad”. Ello ocurre especialmente si se tiene en cuenta el ejemplo del “uso del transporte público durante un resfriado de tipo contagioso” (pp. 243 s.). ¿Debe realmente prohibirse a una persona que sufre una gripe ir en bus a ver a su médico de cabecera solo porque debido a la situación otros podrían infectarse? Con el criterio de la previsibilidad no es posible diferenciar entre el conductor de autobús que sufre una gripe y el caso de una persona que padece una tuberculosis abierta*; distinción que, a todas luces, resulta necesaria.

En contraste con ello, debería ahora darse la razón a GOECKENJAN cuando, también en el contexto de sus consideraciones sobre el riesgo permitido, no hace propias las (potencialmente importantes) objeciones a la teoría de la imputación *objetiva* planteadas por JAKOBS en relación a la inclusión de conocimientos especiales (*subjetivos*). A este respecto, para la autora se revela crucial, primero, que estos conocimientos solo sean utilizados como objeto y no como criterio destinado a demostrar la trasgresión del riesgo permitido (es decir, del comportamiento aun no típico) y, segundo, que la evaluación final sobre la existencia (o ausencia) de imputación objetiva (*i.e.*, de un comportamiento típico) permanezca objetiva (véase al respecto pp. 280 s.). En este contexto se enmarca también la crítica al modelo propuesto por JAKOBS, de objetivación del conocimiento especial en base al rol *social* (pp. 239 ss.). A partir de ejemplos convincentes, GOECKENJAN logra demostrar el latente riesgo de caer en la arbitrariedad en caso de no seguirse estas premisas (pp. 240 s.).

c) Por último, en lo que respecta al *topos* de la *disminución del riesgo* (pp. 244 ss.), GOECKENJAN apunta con acierto aquella objeción de índole conceptual, según la cual no se trata tanto de disminuir el riesgo como por el contrario de determinar si desde una perspectiva posterior el perjuicio a la víctima o al bien jurídico se ha visto reducido (pp. 249 ss.). Siguiendo esta línea, los casos objeto de análisis deberían someterse a una ponderación en concreto, resultando por tanto incorrecta su ubicación en una categoría basada en la generalización como lo es la del tipo objetivo. Según la autora, tales supuestos habrían de examinarse en el plano de la antijuridicidad, como problemas de consentimiento (presunto) o de estado de necesidad justificante (p. 268). Dicho esto, cabe sin embargo poner en duda que la distinción que hace GOECKENJAN entre, por un lado, una decisión generalizadora en el plano típico y, por el otro, una librada a la ponderación de cada caso en concreto en el plano de la antijuridicidad, no presuponga ya una premisa cuestionable. No es posible mantener esta estricta distinción,¹⁰ en particular porque el contraste propuesto entre la “pre-determinación generalizada del injusto típico del comportamiento” y las “cuestiones de ponderación” que se anclan en el plano de la antijuridicidad (p. 267) se muestra demasiado teórico o ideal, a la luz de por ejemplo las cláusulas de idoneidad (§ 130 StGB), la

* El término que utiliza el autor es «offene Tuberkulose», el cual en nuestro idioma responde al de «tuberculosis abierta». Mientras que la tuberculosis cerrada carece de efectos contagiosos por encontrarse su bacteria encapsulada en los pulmones, la abierta permite la infección de terceros al liberarse la bacteria por las vías respiratorias, por ejemplo al momento de toser [N. del T.].

¹⁰ Véase ROXIN, *FS-Maiwald*, 2001, p. 715 [732] en contraste con MAIWALD, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 465 [468].

discusión sobre la infracción “grave” del deber (§ 266 StGB) y la propia ponderación a realizar durante la determinación de la infracción a un deber de garante.¹¹

A la opinión de GOECKENJAN corresponde además objetar que una exclusión del tipo por razón de la minimización del riesgo también puede ser fundamentada desde una perspectiva general, principalmente porque la asignación de los casos de referencia al ámbito de la justificación equivale, a la luz de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, a la curiosa asunción de una norma general abstracta (de comportamiento) que prohibiría la reducción de un riesgo.¹² A todo esto pervive, por supuesto, una dificultad con la que hay que concordar sin más con GOECKENJAN: pretender establecer desde el plano de la antijuridicidad una clara delimitación entre *disminución* y *sustitución* del riesgo es realmente problemático (p. 265).¹³

-III-

En el cuarto y último capítulo, GOECKENJAN somete a una *valoración* final las *seis críticas* a la teoría de la imputación objetiva (como se indicara, referidas a su aplicación a los delitos dolosos y al primer nivel de análisis).

1. Para empezar, la autora concuerda con el ámbito doctrinario crítico de esta teoría en que los mencionados tres *topoi* excluyentes de la *imputación no se hallan dispuestos en consonancia con el sistema de los presupuestos del delito* (pp. 269-271). Al respecto, repite su crítica relativa a la creación de un riesgo: en el supuesto de intervención de terceros las normas que regulan la participación delictiva tienen prioridad sobre aquella, mientras que en el caso de mediar la conducta de un solo autor, lo central es la cuestión normativa de la desaprobación del riesgo creado, que en última instancia se resuelve en el *topos* del riesgo permitido. GOECKENJAN halla en esta última construcción una categoría legítima, cuya consecuencia radica en la exclusión de la tipicidad, pero no por ello ajena al reproche relativo a su ubicación contraria al sistema. Ello así en tanto trata con casos referidos al carácter típico del comportamiento (en el sentido de la doctrina elaborada por FRISCH) y cuya solución, por tanto, no depende ya de la pregunta por la

¹¹ Los casos citados a título de ejemplo se refieren a graduaciones y, en definitiva, a cuestiones de ponderación de los niveles de valoración de la antijuridicidad. Sobre la “ponderación global” en el contexto del § 130, apartado 1, StGB, véase RACKOW, «§ 130», *BeckOK StGB*, 42ª ed., 2019, nm. 23.2. Refiriendo que la presencia de una infracción del deber en el sentido del § 266, apartado 1, StGB resulta de una “ponderación de todas las circunstancias del caso concreto”, DIERLAMB, «§ 266», *MiKo StGB*, 3ª ed., 2019, nm. 175. Si un funcionario público sujeto al principio de legalidad obtiene en privado el conocimiento de un hecho punible y sin embargo permanece inactivo, a fin de determinar su (infracción al) deber de garante en el sentido de una “ponderación en el caso concreto” corresponde verificar “si el interés público prevalece sobre los asuntos privados” (así, BGH, *NStZ*, 1993, p. 383 [384]).

¹² HEINRICH, *AT*, 5ª ed., 2016, pp. 90 s., nm. 247 (también así, EL MISMO, *AT*, 6ª ed., 2019, pp. 90 s., nm. 247); en sentido concordante, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5ª ed., 2019, § 23, nm. 65; véase también, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12ª ed., 2016, § 10, nm. 73.

¹³ Ya señalado en ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 11, nm. 54; reiterado en ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, § 11, nm. 54, 54a; muy claro, KINDHÄUSER, «Risikoerhöhung und Risikoverringerung», *ZStW*, (120-3), 2008, p. 481 [498]: “Haarspalterei” (la expresión tendría un sentido ligado a la sutileza de “dividir un cabello” [N. del. T]); actual sobre la disminución de riesgos en el Derecho penal patrimonial, LEITE, «Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?», *GA*, 2018, p. 580 [590]: “También la difícil distinción entre la reducción y la creación de nuevos riesgos debe ser aquí relativizada debido a la naturaleza del bien jurídico protegido...”; a su vez allí argumenta LEITE que el alcance del problema de la delimitación depende del ámbito de aplicación: es considerable en el de los delitos de lesiones corporales y homicidio, y menos importante en el de los delitos patrimoniales caracterizados por el “principio de compensación global” (*Gesamtsaldierungsprinzip*).

imputación del resultado. En favor de la categoría del comportamiento típico abogaría la función directiva de conductas de los tipos penales, pues de allí se deduce que el destinatario de la norma debe poder conocer aquello que de él se espera ya antes de la ejecución de una determinada acción. Pero además, habla en apoyo de la misma el hecho de que a la falta de cognoscibilidad no podría dársele respuesta simplemente negando la imputación. Para finalizar, la mencionada crítica de ubicación contraria al sistema también sería aplicable a los casos de disminución del riesgo pues, como se dijera, los problemas que aborda son según GOECKENJAN propios de la antijuridicidad.

A esta objeción de asistematicidad cabe de todas formas replicar, en primer lugar, que la posición sistemática en la estructura del hecho punible puede ser correctamente explicada desde un punto de vista teleológico-funcional (y no rígidamente clasificatorio-categorial) y, en segundo lugar, que dicha ordenación tiene primordialmente una función didáctica;¹⁴ algo que la misma GOECKENJAN concede.¹⁵ Por otro lado, y ya en lo que concierne al aspecto de la dirección del comportamiento, puede advertirse una contradicción si, por un lado, se toman constelaciones en las que alguien no ha actuado de forma injusta porque (dada la ausencia de creación de un riesgo jurídicamente relevante) falta ya el desvalor del acto, y, por el otro, se afirma que para la teoría de la imputación objetiva, cuando un riesgo es permitido, *solo* la posibilidad de imputación del resultado se ve ausente. Desde el prisma de la certeza *ex ante* de la acción del destinatario de la norma, esta distinción no parece tener especial relevancia para aquellas constelaciones que la teoría de la imputación objetiva clasifica en su *primer nivel de análisis*.¹⁶ Pues en última instancia, la misma se limita al hecho de que al comportamiento se le niega su carácter típico y se rechaza la imputación objetiva;¹⁷ esta última, ya precisamente porque (*ex ante*) falta una referencia o punto de partida idóneo para una relación de imputación.

2. De mayor importancia es la (segunda) objeción relativa a la *indeterminación y excesiva normatividad* de los criterios de imputación, que GOECKENJAN considera solo parcialmente justificada (pp. 271-274). Al hacerlo, concede en primer lugar que la exclusión típica de ciertos tipos de conducta solo puede fundarse en valoraciones jurídicas.¹⁸ Sin embargo, critica la excesiva independencia dogmática de la teoría de la imputación objetiva y, con ello, su desmedido distanciamiento de las exigencias establecidas por vía legislativa (de este modo, se mantiene fiel a su punto de partida metodológico referente a la vinculación de la dogmática con la ley). La tesis de la autora sugeriría “que la teoría de la imputación adopta presupuestos autónomos de la responsabilidad penal, que nada tienen que ver con la dogmática de la Parte General y las cuestiones inherentes a la interpretación de los respectivos tipos penales” (p. 272). Para fundar su posición, GOECKENJAN remite a “la experiencia obtenida de diversos debates con otros especialistas del Derecho penal”, en tanto han puesto en duda la importancia de determinados ámbitos de la dogmática cuando se los enfrenta a la perspectiva de la imputación

¹⁴ Así, recientemente, por ejemplo, GRECO, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens», *ZStW*, (117-3), 2005, p. 519 [534 s.]; además, véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 15; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 7, nm. 58 (“Debe partirse de la tesis de que un sistema moderno de Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, es decir, edificado atendiendo a finalidades valorativas”); también ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, § 7, nm. 58.

¹⁵ Sistemática, “no como fin en sí mismo, sino como instrumento para la producción de resultados convincentes *en materia de contenido*” (GOECKENJAN, p. 281; sin énfasis en el original).

¹⁶ En contra, GOECKENJAN, p. 230.

¹⁷ En todo caso, lo que finalmente está en juego es la perspectiva *ex-post* de aquél que es designado para la aplicación de la norma (de sanción).

¹⁸ Al respecto, ya también GOECKENJAN, p. 242 y *passim*.

y han alegado que con los argumentos de la teoría de la imputación objetiva “algunas categorías dogmáticas de la Parte General” y “gran parte de la Parte Especial” deberían entenderse prescindibles (pp. 272 s.). Tales consideraciones, no obstante, son poco aptas para respaldar la propuesta efectuada, pues se mueven en el marco de un vacío metodológico. Por tanto, solo cabe concederles –en el mejor de los casos– un valor anecdótico.

Aquellas categorías de la otra dogmática que al parecer son sustituidas o puestas en duda por la teoría de la imputación objetiva, por lo demás, no son definidas con más detalle por GOECKENJAN. Es que, a decir verdad, también la teoría de la imputación objetiva es una categoría de la dogmática jurídico-penal y de este modo se encuentra en una relación de competencia con otras categorías de la misma. La autora parece orientar su preocupación al (indeseado) “desapego al derecho codificado” (p. 273), más que a la realmente inapropiada inflación de la teoría de la imputación objetiva y su consecuente supresión de otras categorías dogmáticas.¹⁹ Si bien es cierto que remite a FRISCH, su comprensión de la dogmática sugiere que sus reflexiones –excluido el vínculo que establece entre la dogmática y la prerrogativa legislativa– son más de naturaleza teórico-democrática. Su propuesta relativa a que la creación del riesgo no sea entendida en el delito doloso como “presupuesto positivo de toda realización típica” sino “negativamente como excluyente del tipo” (pp. 273 s.) parece ser un mero juego de palabras. La integración de tal premisa conduciría a que el punto de partida del segundo nivel de análisis de la imputación objetiva –respecto del cual GOECKENJAN ve necesarias “mayores investigaciones” (p. 304)– resulte al menos amenazado con perder sus contornos, dada la liberación al aplicador del Derecho de su deber de determinar positivamente en qué *concretamente* se asienta lo prohibido en la creación de un riesgo. Tampoco queda claro por qué mediante el recurso a valoraciones jurídicas “el peligro de una descontrolada independencia de los criterios de imputación” (p. 274) debiera verse disminuido. Ante el trasfondo de inflación normativa, la opinión de la autora es que solo el tratamiento de la disminución del riesgo en el contexto de las causas de justificación resulta no problemático, ya que estas se encuentran en gran medida codificadas. Esto puede seguirse en tanto se esté de acuerdo con la premisa de GOECKENJAN: trasladar la disminución del riesgo a la antijuridicidad. Las dudas que este postulado suscita ya fueron abordadas anteriormente.

3. La autora no comparte la tercera crítica dirigida a la teoría de la imputación objetiva, según la cual la *imposibilidad de un enjuiciamiento puramente objetivo* quedaría demostrada por la consideración que a costa del autor se realiza de sus conocimientos especiales (pp. 274-281). Para GOECKENJAN solo se trata de una faceta especial del problema de la aplicación de la teoría de la imputación a los delitos dolosos (p. 275). Dicho inconveniente (solo) se manifiesta claro desde una perspectiva sistemática del delito que acepta la comprensión habitual según la cual todo lo objetivo se asigna al tipo objetivo y todo lo subjetivo al tipo subjetivo. Sin embargo, siguiendo esta perspectiva sistemática²⁰ debe observarse que el problema de la consideración de conocimientos especiales también se presenta en los delitos imprudentes y, de hecho, de una forma aún más aguda. Según el entendimiento tradicional media en ellos una completa ausencia del tipo subjetivo, de manera que la inclusión de la subjetividad en la valoración típica luce allí aún más problemática.²¹

¹⁹ Véase al respecto FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 23, donde críticamente señala la existencia de “una teoría de la imputación inapropiadamente inflada” que “oculta y entorpece el desarrollo de esa/s categoría/s, cuyo ‘material’ ha acaparado”.

²⁰ Con respecto al delito doloso, GOECKENJAN, p. 275 señala una posible “ruptura del sistema”.

²¹ Ante este trasfondo, STRUENSEE aboga por la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente (STRUENSEE, «„Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand», *JZ*, 1987, p. 53 [60]): “El tipo subjetivo del

En realidad, en estos casos no se trata de subjetivizar los criterios objetivos de la teoría de la imputación, pues la cuestión de si un determinado comportamiento representa un riesgo desaprobado o bien se encuentra permitido se juzga siempre de acuerdo a un criterio objetivo (que puede encontrarse, por ejemplo, en regulaciones extra-penales): “el criterio para la determinación del riesgo permitido” es, como afirma acertadamente GOECKENJAN (p. 280), “una valoración objetiva”. Su cumplimiento por el concreto destinatario de la norma (el autor) no puede juzgarse solo de manera puramente objetiva (sobre la base de la figura del razonable hombre medio) sino que, a este respecto, el objetivo primordial de la minimización de riesgos debe conducir a que los conocimientos especiales del autor sean tenidos en cuenta, a su cargo o coste. En palabras de GOECKENJAN, para la determinación de la “base de enjuiciamiento”, los elementos subjetivos han de ser considerados (p. 280). Más precisamente, esto significa que, ante la pregunta sobre si se ha cumplido con el estándar objetivo, deba partirse del concreto autor. ROXIN tiene razón cuando dice que la objetividad en la evaluación del riesgo no se ve menoscabada por la consideración de circunstancias subjetivas del agente.²²

4. GOECKENJAN aborda la cuarta objeción, es decir, aquella relativa al *carácter superfluo de la imputación objetiva* en el delito doloso, remitiendo a sus consideraciones previas y mostrándose en gran medida de acuerdo con la crítica (pp. 281-3). Especialmente en proyectos técnicos de gran envergadura, las categorías de delitos dolosos y riesgo permitido podrían aparecer en pugna si los responsables de estos emprendimientos reconocen riesgos para bienes jurídicos protegidos (como lo demuestra, por ejemplo, la existencia de determinados mecanismos de protección), pero aun así se observa que la actividad es desarrollada dando cumplimiento a las normas dirigidas a la evitación o minimización de los mismos y, por ello, en el marco de la permisón del riesgo. Como se mencionara anteriormente, estos casos no serían propios de la imputación objetiva, sino referidos al carácter típico del comportamiento. En los restantes supuestos de delitos dolosos, la exclusión del tipo podría lograrse en el segundo nivel de valoración (el de la realización del riesgo), especialmente cuando ocurre una progresión causal completamente impredecible; caso al que, sin embargo, la jurisprudencia prefiere dar solución en el contexto del tipo subjetivo, por medio de la doctrina del desvío esencial del curso causal objetivo con respecto a aquél representado.²³ En suma, de estas consideraciones se sigue que en materia de delitos dolosos solo un pequeño ámbito de aplicación permanecería dentro del alcance de la imputación objetiva.

5. La quinta crítica (*disfuncionalidad de los criterios de imputación*) resulta –según GOECKENJAN– justificada solo para supuestos de disminución del riesgo, siempre que se asuma que una distinción precisa entre disminución y sustitución no es posible y que, por consiguiente, los casos concretos deben ser resueltos a través de las causas de justificación (p. 284).

6. Más difícil es el tratamiento de la última y sexta objeción, relativa a la *inadmisibile alternancia que se produce entre un enjuiciamiento ex ante y ex post* durante el análisis de la creación y realización de riesgos (pp. 285-288). Sin embargo, esta crítica puede ser refutada considerando los casos de riesgo permitido ya como un problema de ausencia de comportamiento típico, tal

delito imprudente [...] consiste en el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado acaecido”. Cfr. también, EL MISMO, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», GA, 1987, p. 97 [105].

²² ROXIN, *FS-Maiwald*, 2010, p. 715 [727].

²³ Ver por ejemplo, BGHSt 38, p. 32 [34]; 48, p. 34 [37]; 56, p. 162 [166 ss.]; NSTZ, 2016, p. 721 [723].

como convincentemente hace GOECKENJAN. Si se sigue esta premisa, en virtud de la función directiva de conductas de los tipos penales corresponde adoptar un punto de vista *ex ante*, pues el destinatario de la norma ha de conocer sus exigencias antes de la ejecución de un acto posiblemente prohibido. En verdad, si los casos problemáticos de disminución del riesgo se trasladan al estrato valorativo de la antijuridicidad, esto no parece muy lejano al rechazo de la imputación objetiva *en base a la falta de creación de un riesgo o bien de un riesgo permitido*, pues tanto la ausencia ya inicial de un riesgo como la permisión general-abstracta de su creación pueden ciertamente determinarse desde el instante del acto.²⁴ En consecuencia, es indiferente si (formalmente) se niega un comportamiento típico o la posibilidad de imputación de un eventual resultado.

Por contraposición, el enjuiciamiento *ex post* se relaciona con el segundo nivel de valoración de la imputación objetiva, es decir, aquel propio de la realización del riesgo, no examinado en mayor detalle por GOECKENJAN. En dicho nivel se analiza si el comportamiento (no permitido) se ha visto realizado en el resultado típico; lo cual solo puede ser respondido en retrospectiva (*ex post*). Debe estarse de acuerdo con la autora cuando dice que las perspectivas *ex ante* y *ex post* varían “conforme las circunstancias, entre la categoría del comportamiento típicamente relevante y aquella referida a la responsabilidad típica por un resultado causalmente producido” (p. 286). Esta conclusión, aun así, no difiere significativamente de la teoría de la imputación, que solo se centra en la (falta de) creación del riesgo en lugar de hacerlo sobre (la falta de) un comportamiento típico.

-IV-

1. a) Finalizado este análisis, GOECKENJAN presenta sus *conclusiones* en diez resumidas tesis. Las mismas abogan por una restricción de la teoría de la imputación, que en opinión de la autora resulta demasiado amplia en el primer nivel de valoración (pp. 289 ss.). En el *resultado global*, poco queda de este estadio para el delito doloso: “El *topos* de la falta de creación de un riesgo carece de una justificación autónoma, la llamada disminución del riesgo debe ser tratada en la antijuridicidad, y el riesgo permitido no es un problema de la imputación del resultado, sino inherente al comportamiento típico” (p. 303).

b) Desglosado en las diez tesis mencionadas, esto significa, *en primer lugar*, que el concepto general de imputación puede “designar procesos totalmente diferentes”, representando en el ámbito del Derecho un proceso de índole comunicativa (“acto de habla”). *En segundo lugar*, que los elementos de la imputación objetiva deben comprenderse de manera más específica y normativa (como “categoría de valoración”), de modo que pueda constituirse la producción del resultado típico como objeto de la imputación y el comportamiento (consecuentemente responsable) como objetivo de la imputación (pp. 292 s.). Siguiendo a GOECKENJAN, la teoría de la imputación objetiva también abarcaría grupos de casos que corresponden al ámbito del comportamiento típico. Conceptualmente la cuestión versaría sobre la realización del resultado típico y no sin embargo sobre la imputación del resultado “al tipo objetivo”.²⁵ Por cierto, la formulación básica de esta teoría en dos niveles de análisis da lugar a diversos casos en los que el resultado típico efectivamente ocurre pero, dadas las circunstancias, su imputación al acto o

²⁴ Al respecto, véase n. 17 con su texto principal.

²⁵ Crítica con esta formulación GOECKENJAN, pp. 292 s. Para contextualizar, véase ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11, nm. 44 ss., especialmente nm. 46 (“Imputación al tipo objetivo”).

al autor no resulta posible. Mas dicho esto, debe aclararse lo siguiente: si referidos al último nivel no subsisten en absoluto supuestos que no puedan ser resueltos a través de la desviación esencial del curso causal (p. 283), no está claro en qué medida devendría útil sustituir terminológicamente la distinción entre casos correspondientes al primer y segundo nivel –cuya justificación para GOECKENJAN es dudosa o, al menos, requiere de un examen crítico por separado (pp. 282 s.)– por aquella propuesta de la autora basada en la coexistencia de un comportamiento típicamente relevante por un lado y la determinación de la existencia de un resultado por el otro, junto con la “responsabilidad típica” (p. 286) respecto a este último. En cualquier caso, más allá de cuestiones jurídicas de índole terminológico-conceptual, lo importante es la vinculación penalmente relevante que en retrospectiva tiene el resultado, es decir, qué criterios se requieren para la afirmación de una conexión penalmente relevante entre un resultado y un comportamiento o una persona.²⁶

En tercer lugar, considera GOECKENJAN que en los delitos dolosos las cuestiones de imputación suelen quedar eclipsadas por el sistema de intervención delictiva establecido por ley, dado el carácter prioritario que posee este último con respecto a las primeras (pp. 293 s.). *En cuarto lugar*, lo decisivo para la permisión de un comportamiento no recaería en la magnitud del riesgo sino en un enjuiciamiento de carácter valorativo. Por tal motivo, en el delito doloso el primer nivel de análisis de la teoría de la imputación objetiva podría “ser reducido a una fórmula pura de valoración” (pp. 294 s.). Ya *en quinto lugar*, el ámbito de aplicación remanente de dicho primer nivel –entiéndase por ello aquel referido al riesgo permitido– quedaría propiamente limitado a una teoría del comportamiento típico, en tanto responde al contexto donde debe dilucidarse si la conducta infringe una norma de comportamiento (la cual, por cierto, se ve concretada a través del riesgo permitido) (pp. 295 s.). De ello se deduciría también la correcta diferenciación entre el juicio *ex ante* de infracción a normas de comportamiento y el juicio *ex post* de relación del comportamiento con la producción del resultado. *En sexto lugar*, debe entenderse que estas restricciones al comportamiento típico (a través del riesgo permitido) rigen también para el delito doloso, especialmente en la esfera de proyectos técnicos de gran envergadura (p. 296). Por otro lado, según sostiene GOECKENJAN ya *en séptimo lugar*, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes los criterios para la determinación del riesgo permitido resultan idénticos en materia de contenido, difiriendo solo en cuanto a su relevancia práctica (p. 297). Por ejemplo, la cognoscibilidad reviste especial importancia en aquellos imprudentes, mientras que, por regla general, en las constelaciones dolosas el resultado suele ser previsto de forma positiva. Conforme se expone *en octavo lugar*, en los delitos dolosos la presencia de un riesgo permitido constituye una excepción, razón por la cual el análisis “[podría] reducirse a excluir negativamente del ámbito del injusto típico objetivo ciertas clases de comportamientos que ya desde una ponderación preliminar deben considerarse permitidos” (p. 300). Por contraste, en los delitos imprudentes la verificación positiva de la ausencia de cuidado debido resulta necesaria, pues allí deviene imperativo aclarar si efectivamente se ha infringido una norma de comportamiento. *En noveno lugar*, la disminución del riesgo no sería un supuesto de exclusión de la imputación objetiva, sino concerniente a la autonomía del respectivo titular del bien jurídico. Por tanto, debería resolverse a través de una ponderación de las circunstancias concretas del caso, ya en el ámbito de las causas de justificación (consentimiento presunto o § 34 StGB) (p. 300). *En décimo*

²⁶ A este respecto, según MAIWALD y SCHÜNEMANN –a quienes GOECKENJAN, p. 293 toma de referencia– se trata de la “imputación de un resultado a una persona” (MAIWALD, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 465 [481]) o de la “imputación del resultado a la acción” (SCHÜNEMANN, «Über die objektive Zurechnung», *GA*, 1999, p. 207 [208]).

lugar y para finalizar, indica GOECKENJAN que estas reflexiones están en consonancia con la función de las normas de comportamiento penalmente reforzadas (pp. 301 s.), las cuales deben “ser entendidas como el resultado de una ponderación generalizada entre los intereses de conservación de determinados bienes a proteger y aquellos inherentes a la libertad de la ciudadanía” y, además, “estar establecidas ya antes de la ejecución de un acto en concreto”, en orden a poder “desplegar su eficacia directiva” (p. 301).

2. A la luz de estos resultados, la autora propone dos *tareas de investigación* primordiales a futuro. En primer lugar, la teoría de la imputación objetiva debería “ser depurada” (*entrümpelt werden*), entre otras razones porque su expansión contraria al sistema de los presupuestos del delito pone en riesgo “la buena reputación de la ciencia alemana del Derecho penal” (p. 303).²⁷ Por otra parte, correspondería aclarar si los conocimientos aquí adquiridos pueden también hacerse extensivos a otras áreas, en particular a aquella en términos prácticos más relevante de los delitos imprudentes. Asimismo, correspondería precisar aún más la relación que media entre la teoría de la intervención y la teoría de la imputación objetiva y, finalmente, investigar si en los delitos dolosos realmente resulta justificado el segundo nivel de análisis que propone esta última (p. 304).

-V-

Si se trazase un panorama general de la obra reseñada, debería señalarse que la restricción del estudio al “*primer nivel de análisis* de la imputación objetiva”²⁸ resulta decisiva. Al respecto, es dudoso que –tal como plantea la autora– la necesidad de la misma sea realmente “evidente, ya por motivo de la casi inabordable abundancia de material”²⁹. En todo caso, tal restricción inevitablemente provoca la objeción de que los dos niveles que componen la formulación no son inconexos. Y además, continúa siendo difuso hasta qué punto dicha limitación debe también deducirse “de la tarea propuesta”, es decir, de la realización de un “nuevo análisis crítico” de la “teoría de la imputación objetiva” (p. 5, en particular también pp. 282 s.). No deviene extraño que, dadas estas circunstancias, en la página 282 aclare GOECKENJAN que “para poder emitir un juicio integral y concluyente sobre si en el delito doloso la teoría de la imputación objetiva es *en su conjunto* superflua, [...] [resulte] necesario revisar también el objeto del segundo nivel de examen [...], a fin de verificar si demuestra potencial para la solución de problemas o si, por el contrario, las cuestiones que abarca pueden ser respondidas de igual o mejor manera por medio de otras categorías de análisis del delito”. No solo en este punto –e incluso ya desde un principio– se hace evidente que “pretender llegar” hasta el “núcleo” de la teoría de la imputación *mediante* (o más bien, *a pesar de*) las diversas restricciones de perspectiva asumidas luce como una postura demasiado optimista.³⁰

Esto en nada modifica el hecho de que en diversos ámbitos de discusión GOECKENJAN tenga argumentos de peso que apoyan su punto de vista, como por ejemplo sucede en el tratamiento de la disminución del riesgo, o bien en el haber arribado a una solución convincente y compatible

²⁷ Solo de paso, debería señalarse que esta apreciación contradice el hecho de que, hasta hoy, la teoría de la imputación objetiva goza de gran popularidad en el extranjero (especialmente en los países de habla hispana y portuguesa), como lo demuestran las numerosas publicaciones al respecto (a menudo referidas a disertaciones escritas tanto en Alemania como en España o Portugal).

²⁸ GOECKENJAN, p. 5.

²⁹ GOECKENJAN, p. 5.

³⁰ Véase al respecto, GOECKENJAN, citada en n. 1 de esta reseña.

con la teoría de la imputación objetiva en materia de conocimientos especiales. Pero a la vista del prudente posicionamiento que la autora esboza en la página 282, parece un poco sorprendente que en aquella inmediatamente contigua se limite a afirmar que “sin poder abordar aquí el problema en profundidad, [...] es evidente que” aquellos casos que la teoría de la imputación centra en el juicio de realización del riesgo jurídicamente desaprobado “resultan pasibles de ser resueltos de forma igualmente correcta y, en definitiva, convincente mediante la figura jurídica de la desviación esencial del curso causal real con respecto a aquél representado”. Lo cuestionable es que justamente a través de este medio pueda otorgarse una respuesta adecuada a aquellos supuestos de (ausencia de) relación de infracción de deber³¹ que menciona GOECKENJAN. Por consiguiente, no tendrá lugar una desestimación definitiva de la teoría de la imputación objetiva –bien sea por su carácter superfluo o por su fracaso–³² hasta tanto sean clarificados aquellos concretos aspectos que en la obra reseñada ya desde un principio fueron dejados de lado (pp. 303 s.).³³

³¹ GOECKENJAN, p. 282 y su n. 77.

³² Similar al respecto, SCHROEDER, *GA*, 2018, p. 549 (552).

³³ GOECKENJAN, p. 304: “Mientras estas cuestiones no sean aclaradas, la teoría de la imputación objetiva no puede [...] desempeñar su cometido”.