

Recensiones:

Recensión a Itziar CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 374 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Alexander SARCH, *Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford University Press, New York, 2019, XIII + 296 páginas, por Ramon RAGUÉS I VALLÈS

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

-

Itziar Casanueva Sanz, La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 374 páginas

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

-

Esta monografía recoge los resultados de la que fue tesis doctoral de la autora, defendida en 2013 en la Universidad de Deusto. Su tema: las afectaciones de la imputabilidad como consecuencia del consumo de drogas. Una investigación sobre la culpabilidad, a la vez que un minucioso estudio sobre las sustancias consideradas drogas a estos efectos. No es su propósito describir la relevancia de estas sustancias en otros ámbitos (delitos contra la salud pública, contra la seguridad vial, entre otros), sino el de la relevancia de su consumo sobre la imputabilidad del agente en la comisión de un hecho delictivo. De hecho, no se pronuncia sobre el bien jurídico salud pública, porque no es su objetivo (pp. 56, 62), como tampoco lo son otros aspectos que necesariamente quedan fuera (pp. 272, 279). En este sentido, es una tesis sobre un aspecto de la culpabilidad que exige, en esa medida, una toma de postura sobre esta categoría y su relevancia en la teoría del delito.

La bibliografía empleada es amplia y diversa por contener referencias, en español, jurídico-penales y de ciencias de la salud. Abundan las remisiones a la 5.^a ed. del *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM-5, por sus siglas en inglés).

La autora se propone tender puentes con las ciencias de la salud (pp. 139, 259, 309-312, y cap. VI), y puede decirse que ese objetivo preside y recorre toda la publicación. Y se evidencia en su misma estructura, en la que se van imbricando capítulos con enfoques descriptivos y por eso más próximos a las ciencias de la salud (caps. I, IV y VI), con otros más jurídicos y orientados a analizar la categoría de la imputabilidad (II, III y V). A su vez, comienza trazando los conceptos previos, tanto de droga (I) como de culpabilidad e imputabilidad (II), para luego profundizar en el estudio del régimen de la imputabilidad en el código penal español (III) y de las diversas enfermedades y afectaciones posibles (IV), y enfocar entonces la parte constructiva que contiene sus propuestas sobre el tratamiento de los diversos casos (V) y sobre el papel de los peritos en el sistema de imputación de la culpabilidad del agente (VI).

Comienza su investigación (cap. I) con una descripción de las sustancias consideradas «drogas». Tras rechazar la expresión de «drogas tóxicas» (pp. 51, 61, 65, 68, 70), opta por un concepto mixto que combine los elementos tanto formal (de inclusión en alguno de los respectivos listados de estupefacientes o sustancias psicotrópicas: p. 59) como material, que requiere relevancia médico-farmacológica (que afecte al sistema nervioso-central: p. 61) y trascendencia jurídica, por poder poner en peligro en cada caso el bien jurídico. Dicho bien jurídico será la salud pública cuando se trate de delitos de tráfico de sustancias (arts. 368 ss.: p. 72), la seguridad vial (arts. 379 ss.: p. 64) cuando se trate de estos delitos. En cambio, a efectos del art. 20.2, se pronuncia por exigir que la sustancia pueda provocar intoxicación, síndrome de abstinencia o dependencia, «de modo que resulten alteradas las facultades psíquicas del sujeto y ello afecte a su capacidad para

comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión» (p. 67). La distinción conceptual con el alcohol se establece al exigir el elemento formal de inclusión en los listados correspondientes y su composición (p. 69). Con esto queda delimitado el tema de su investigación: la afectación de la imputabilidad por el consumo de drogas, de modo que lo relevante no es tanto la droga como los efectos que produce en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a esta.

Como una investigación sobre la imputabilidad no puede pasar sin una toma de postura sobre la culpabilidad y sus fundamentos, afronta esta tarea como premisa inicial (cap. II). Analiza las dos posiciones más amplias al respecto: las concepciones normativas (que reconocen el libre albedrío) y las basadas en la motivabilidad (que prescinden o renuncian a basarse en el libre albedrío). Y llega a la conclusión de que sus fundamentos no son tan opuestos entre sí como podría pensarse inicialmente (pp. 150-152). No se efectúa una posición original o novedosa sobre el fundamento de la culpabilidad y la imputabilidad, o sobre el libre albedrío o su negación, pues no es el objeto de esta investigación. Su posición sobre la imputabilidad es calificada como empírico-normativa y formal (pp. 144-146), que «no se decanta por la existencia del libre albedrío ni por la posición contraria» (p. 145), es de carácter «jurídico, no médico o psiquiátrico, de base psicobiológica» (p. 146). Coherente con este planteamiento, y contando con aportaciones de las ciencias de la salud, en particular de la psicopatología, se describen las posibles influencias sobre las funciones del psiquismo: afectividad, atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento, percepción y voluntad (pp. 109-129).

Sobre esta base conceptual, aborda el estudio del régimen de la inimputabilidad en el código penal español, y lo efectúa describiendo los elementos comunes a eximentes y circunstancias modificativas relacionadas con el consumo de drogas (cap. III). Se refiere al concepto de imputabilidad que se contiene en la regulación penal española, y luego se confronta con el adoptado en el capítulo precedente. Así, se describe el contenido de la imputabilidad como capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (pp. 154-164, y en particular, 165), que se plasma en la fórmula mixta de base patológica (anomalía o alteración psíquica, intoxicación o síndrome de abstinencia) más efecto psicológico (no poder comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión). Concretamente, se refiere a esta fórmula con el calificativo de «psiquiátrico-psicopatológica» (p. 174). Sentadas estas premisas o elementos comunes, CASANUEVA afronta ya el análisis en detalle de los concretos preceptos del código penal español que será objeto de un ulterior capítulo (V). Pero antes de adentrarse en ello, considera oportuno referirse a los trastornos mentales relacionados con las drogas.

Los efectos de las drogas sobre el psiquismo se estudian como trastornos (cap. IV). Efectúa la autora una clara opción por recurrir a las categorías del DSM-5 (p. 189), en el que percibe una «pretensión de universalidad» (p. 190), pero que exige ciertas cautelas (p. 191). Siguiendo la división del DSM-5, clasifica los «trastornos relacionados con sustancias» en dos grupos: los provocados «por consumo» (pp. 193-204: dependencia, y su diagnóstico), y los «inducidos por sustancias» (pp. 204-225: intoxicación, síndrome de abstinencia, entre otros). Así como el capítulo anterior y el siguiente adoptan un enfoque jurídico, ahora se adentra en las aportaciones de las ciencias de la salud, desde donde aspira a delimitar y trazar diferencias terminológicas y conceptuales sobre las que proyectar después su análisis jurídico-penal.

Los concretos preceptos del CP español sobre el tema de esta investigación ocupan un amplio estudio aparte (cap. V), en donde se realiza un detallado análisis de jurisprudencia y doctrina. Se

procede a analizar la eximente de intoxicación (art. 20.2), y seguidamente (por este orden) las de anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio (art. 20.1), para pasar después a las circunstancias modificativas atenuantes de eximente incompleta, grave adicción y atenuante analógica. En cada una de estas previsiones legales, y en coherencia con su opción por una fórmula «psiquiátrico-psicopatológica», procede revisando los elementos que dio por sentados como necesarios: el requisito psiquiátrico o de base, el efecto psicopatológico en la percepción y decisión, más la coincidencia temporal y la exigencia de conexión de sentido con el delito cometido. Se añade en cada caso, la posible operatividad de la doctrina de la *actio libera in causa*.

Finalmente, se cierra la investigación (cap. VI) con una breve referencia a las diversas tareas de los peritos y de los órganos judiciales en el análisis de la imputabilidad, su disminución y su ausencia. Se culmina así su aspiración de tender puentes entre ambos sectores del saber, las ciencias de la salud y el Derecho penal, lo cual exige también delimitar las competencias materiales y metodológicas de cada una de ellas.

El estudio que lleva a cabo CASANUEVA en esta monografía es profundo, serio y además útil. Ofrece al lector penalista información muy valiosa sobre las sustancias en cuestión, así como sobre las patologías que pueden producir, y desde ahí, acerca de su relevancia en la imputabilidad. Incluso podría verse, a la inversa, como una aportación al no jurista sobre las implicaciones jurídico-penales que produce el consumo de drogas.

Su detallado estudio invita a efectuar alguna reflexión sobre el contenido y elementos de la imputabilidad. Así, es preciso diferenciar la faceta material de la sustancia considerada droga y la de sus efectos. Aquí, la autora procede correctamente, a mi modo de ver: una cosa es la materialidad de la sustancia que se considera droga y cuáles sean los criterios empleados para considerar tal a una sustancia, y otra, la de sus efectos en la imputabilidad, y por tanto en la culpabilidad. Como bien se distingue y precisa (cap. III), la base común de las eximentes referidas a la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y la capacidad de actuar conforme a tal comprensión, por emplear la terminología del código penal español, y que la autora sigue. Sin embargo, da la impresión de que, desde hace años, la doctrina penal viene dando entidad a la categoría de la imputabilidad para ubicar cómodamente ahí las situaciones patológicas e intoxicaciones, como si fuera un paso previo y necesario para la culpabilidad, y sin necesidad de profundizar en su función. La inexigibilidad, por su lado, junto con el conocimiento de la antijuridicidad, fueron adquiriendo entidad propia –mayor o menor, pero propia–, como una cuestión casi marginal de la culpabilidad. Si a esto añadimos que el codificador penal español ha ido evolucionando en sus previsiones legales para añadir nuevas situaciones (error de prohibición, intoxicaciones, síndrome de abstinencia, alteración de la percepción...), parece que la culpabilidad queda como una amalgama de requisitos para colmar las exigencias de la imputación de responsabilidad. Se perdería así de vista la clave de la culpabilidad, que reside en la capacidad (con unas u otras expresiones) de percibir el sentido de la ilicitud de lo que se lleva a cabo, y la voluntariedad de seguir en el caso concreto la norma percibida. Hay en el fondo, a mi modo de ver, una común referencia a alguna de estas dos categorías básicas como son el componente cognitivo (comprender) y volitivo (voluntariedad), a las que hay que añadir la no menos importante relevancia de las consideraciones preventivas. El detallado estudio que efectúa CASANUEVA sobre las funciones del psiquismo (cap. II), podría reconducirse a fin de cuentas a su influjo en la comprensión (atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento y percepción) o en la voluntariedad (afectividad y voluntad), como me parece identificable a lo largo de su exposición. Esto no pretende quitar valor a la distinción de las diversas funciones, ni negar lo conveniente que es analizar la relevancia de la afectividad sobre

la motivación del agente (tarea esta última que merecería un estudio separado). Pretendo únicamente poner de relieve cómo los avances de las ciencias de la salud (psíquica y psicológica) aportan luces, sin duda, pero han de acabar siendo «procesados» con las categorías jurídico-penales. Y entre estas, fundamentalmente, las que sirven de base a la culpabilidad. Es más, comprensión de la ilicitud y capacidad de seguir esa comprensión servirían de base igualmente a los otros dos elementos de la culpabilidad (conocimiento de la norma e inexigibilidad de otra conducta, respectivamente). Aparte, como ya se ha dicho, las necesidades preventivas. Por eso, entiendo que la imputabilidad opera en los códigos penales como un conjunto de tópicos que agrupa patologías y situaciones de intoxicación y relacionadas, pero que pueden hacer perder de vista lo esencial en la culpabilidad: la comprensión de la ilicitud y la capacidad de seguir esa comprensión.

En relación con esto último, entiendo que al tener en cuenta las categorías y criterios psiquiátrico-psicopatológicos se nos presenta un riesgo; y es el de acabar *subsumiendo* la situación fáctica en una descripción médica (por ejemplo, en pp. 171, 177, 189, 236, 245, 252). En la medida en que eso suponga pasar por alto la peculiar fisonomía del modo de proceder jurídico, pienso que sería algo a prevenir. La autora parece anticiparlo (p. 292) cuando se separa de lo que pueda estar establecido en el DSM-5, para ver la imputabilidad con los ojos propios del Derecho penal.

Por lo demás, en el contexto de rigor y seriedad de su estudio, pienso que hay algunos temas que quedan menos tratados o dejados de lado intencionalmente, pero de los que sería preciso ocuparse. Ciertamente, no es razonable un análisis de detalle de todas y cada una de las implicaciones, pero hay algunas que, a mi juicio, deberían tratarse. Me refiero en concreto a la posible incidencia del consumo de drogas, «más acá» de la imputabilidad, en el dolo. CASANUEVA menciona en alguna ocasión esta problemática, cuando se cuestiona si «un sujeto inimputable puede actuar dolosamente» (p. 182; también, en p. 186, n. 122), pero no entra a tratarla por exceder de los objetivos de su investigación. Igualmente, pienso que procedería cuestionarse la incidencia del consumo en el error sobre la antijuridicidad de la conducta, o sobre la inexigibilidad (se menciona en p. 282). Hubiera sido también interesante una referencia a las medidas de seguridad aplicables en estos casos, pero es comprensible que su abordaje excedería con mucho de los fines de esta monografía.

Con independencia de estas consideraciones, queda fuera de toda duda el valor de la aportación de CASANUEVA al tema de los efectos del consumo de drogas en la culpabilidad y en particular la imputabilidad. Comparto con la autora la convicción de que lo físico y lo psíquico están «íntimamente relacionados», o que operan «como una unidad» (p. 172). Y es eso precisamente una de las dificultades para la comprensión de esta materia. Su aportación en este sentido resulta de gran ayuda al penalista. Hay que agradecer a la autora la amplitud de su estudio, el rigor con el que lo lleva a cabo, y el valor de tender puentes con las ciencias de la salud, sin abandonar la perspectiva propia del Derecho penal.

Alexander Sarch, Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't, Oxford University Press, New York, 2019, XIII + 296 páginas

Ramon Ragués i Vallès
 Universitat Pompeu Fabra
 ramon.ragues@upf.edu

-

La discusión académica angloamericana sobre la llamada doctrina de la ignorancia (o ceguera) deliberada (*willful blindness*) se había desarrollado hasta la fecha a través de diversos artículos. Sin embargo, en lo que se alcanza no existía una monografía en lengua inglesa que analizara extensamente y de manera exclusiva esta cuestión hasta la publicación en 2019 de la presente obra: *Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't* a cargo del profesor estadounidense Alexander SARCH, actualmente en la Universidad británica de Surrey. Esta obra supone, no solo una puesta al día del debate sobre esta polémica institución, sino su análisis más exhaustivo hasta el momento.

Ya en la introducción del libro el autor pone de manifiesto cómo, a su juicio, para poder ofrecer un concepto aceptable de ignorancia deliberada es necesario profundizar en el fundamento teórico de esta construcción, a saber, la tesis de la culpabilidad equivalente propuesta en su día por Douglas HUSAK y Craig CALLENDER (*equal culpability thesis*). Según este planteamiento, hay determinadas situaciones de ignorancia del sujeto activo respecto de las características o consecuencias de su propio comportamiento que presentan la misma gravedad, en términos de responsabilidad moral, que los casos de pleno conocimiento. Ello supone una excepción a la regla general de que quien sabe lo que hace tiene siempre una mayor responsabilidad que quien no cuenta con tal conocimiento (p. 2).

En la primera sección introductoria del libro se ofrecen al lector las nociones básicas sobre el sistema de imputación subjetiva dominante en los Estados Unidos, que está basado, por influencia del *Model Penal Code* (1962), en la cuatripartición entre propósito, conocimiento, temeridad y negligencia (*purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*). La teoría de la ignorancia deliberada establece resumidamente que, para el Derecho penal, es tan culpable quien sabe lo que está haciendo como quien lo desconoce por no haber querido obtener tal conocimiento. Un planteamiento que nace a mediados del siglo XIX en Inglaterra, que a finales de aquel mismo siglo fue asumido en los Estados Unidos por el Tribunal Supremo y que en este país empieza a emplearse de manera muy frecuente a partir de la década de 1960 en acusaciones por tráfico de drogas. En una sentencia de 2011 (*Global-Tech Appliances Inc. et al. versus SEB S.A.*) dicho Tribunal confirmó el pleno vigor de la figura, aun no estando expresamente reconocida en aquellos códigos estatales basados en el *Model Penal Code*, ni tampoco en la legislación federal.

Es importante precisar en este punto dos premisas de las que se parte en la discusión angloamericana para entender los ulteriores argumentos del autor: (1) El mayor grado de responsabilidad que se observa en los casos de conocimiento (*knowledge*) respecto de los supuestos de temeridad (*recklessness*) y negligencia (*negligence*); y (2) La definición del

«conocimiento», en tanto que forma de imputación subjetiva (*mens rea*), como la práctica seguridad del acusado respecto de la concurrencia en su conducta de un determinado elemento del hecho delictivo (*actus reus*). Esta perspectiva implica que, en delitos como la posesión de droga, que requieren que el sujeto obre con conocimiento (*knowingly*), no baste con actuar temerariamente (*recklessness*) para la comisión del ilícito penal. Como se expone en el libro: «la doctrina de la ignorancia deliberada se concreta en la regla según la cual los jurados pueden condenar a un acusado en un delito que requiere conocimiento cuando ha actuado como ignorante intencionado respecto de la proposición inculpatória» (p. 12). Estas primeras puntualizaciones son especialmente relevantes para comprender el papel que la ignorancia deliberada desempeña en los sistemas angloamericanos, en los que no existe algo parecido al dolo eventual, esto es, una figura que equipare a todos los efectos el conocimiento seguro de un hecho ilícito con la representación de la posible (pero no segura) concurrencia de un elemento del tipo.

Partiendo de esta base, SARCH precisa que, en su modalidad básica, la presente figura se concibe mayoritariamente así: «para ser ignorante deliberado de una proposición inculpatória p (que se tiene por verdadera) una persona debe: (1) Tener sospechas lo bastante serias de que p es verdadera (por ejemplo, creer que existe una probabilidad suficientemente alta de que p sea verdad, casi certeza absoluta) y (2) deliberadamente (y no solo negligente o temerariamente) dejar de dar aquellos pasos a su alcance para conocer con mayor certeza si p es realmente verdadera» (p. 18). Esto significa, como el autor reconoce (p. 19), que, de acuerdo con esta definición, quien obra en ignorancia deliberada es, como mínimo, alguien que actúa con temeridad (*recklessness*). En todo caso la duda es si hay que ir más allá y debe equipararse su castigo con el de quien obra con pleno conocimiento.

Antes de profundizar en la respuesta a semejante cuestión, el autor considera necesario dedicar un extenso segundo capítulo a exponer qué es, a su juicio, la culpabilidad penal, un paso previo ineludible para abordar, después, la teoría de la culpabilidad equivalente. Según el concepto descriptivo-normativo del que dice partir SARCH, una persona es culpable de una acción en la medida en que manifiesta una insuficiente consideración (o, expresado de manera más sencilla, incurre en una falta de respeto) por los intereses ajenos protegidos por la ley o, de modo más general, por los valores legalmente protegidos (p. 28). Desde el punto de vista de SARCH, no basta con que esta desconsideración esté presente en el fuero interno de una persona, sino que es necesario que se manifieste en la conducta realizada. De manera más concreta, su teoría de la culpabilidad (p. 44 ss.) se construye sobre dos criterios: (1) la culpabilidad requiere que la falta de consideración sea la causa de la conducta del sujeto (p. 46 ss.); y (2) el grado cuantitativo de desconsideración que se manifiesta en el hecho es totalmente independiente de la desconsideración que el sujeto alberga internamente. Desde su perspectiva (p. 46), lo que pretende el Derecho penal no es impedir que alguien carezca internamente de la consideración necesaria respecto de los intereses ajenos, sino evitar que esta falta de respeto se manifieste en su conducta, lo que acontece cuando falla el «mecanismo de repulsión» que debería haber llevado al acusado a evitar la conducta prohibida.

Partiendo de estas premisas, la siguiente cuestión que se plantea SARCH es el criterio para precisar cuál es el grado de falta de consideración que se manifiesta en una conducta (p. 50). A su juicio, la clave está en determinar el nivel de desviación del concreto acusado respecto del modelo de ciudadano fiel al Derecho (*law-abiding citizen*), es decir, aquel sujeto ideal que, tras ponderar adecuadamente las razones legislativas para omitir o realizar una determinada acción, habría omitido su comportamiento (p. 52). Este grado de desviación es mínimo en los casos de

negligencia y, en cambio, mucho mayor en los supuestos de intención (p. 55). Una tesis que recuerda mucho a los planteamientos de JAKOBS, cuando este autor señala que las razones de la diferencia de trato entre el hecho doloso y el culposo están en el mayor déficit de motivación que se advierte en el primero.

Una vez expuesta su teoría de la culpabilidad, a partir del tercer capítulo Alexander SARCH pasa a centrarse en la figura de la ignorancia deliberada y en su fundamento, esto es, en la citada teoría de la culpabilidad equivalente. De entrada, descarta el autor que pudiera aceptarse una teoría que equiparase todos los supuestos de desconocimiento deliberado con las situaciones de conocimiento efectivo (p. 87 ss.): por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que salir de la ignorancia es especialmente costoso o peligroso para el sujeto, o cuando este tiene el deber profesional o ético de no investigar (por ejemplo, un abogado que piensa que su cliente no le está diciendo toda la verdad). En otras palabras, cuando el sujeto tiene buenas razones para no profundizar en sus sospechas, intuitivamente no parece aceptable sostener que concurre el mismo grado de culpabilidad que en quien tiene perfecto conocimiento de lo que está haciendo (p. 91). Sin embargo, a SARCH no le convencen los intentos de restricción efectuados hasta la fecha en la doctrina: ni el basado en los motivos; ni el que parte de una aproximación contrafactual; ni tampoco el que considera determinante una eventual justificación de los motivos para permanecer en la ignorancia.

Una vez expuestas las razones por las que se considera insatisfactorio el estado de la cuestión, el autor pasa a exponer su propuesta personal para restringir los efectos de la teoría de la culpabilidad equivalente a aquellos supuestos en los que, desde su punto de vista, la ignorancia presenta *mutatis mutandis* la misma gravedad que el conocimiento. A su juicio, «la ignorancia deliberada supone la infracción del *deber de informarse razonablemente* y la teoría de la culpabilidad equivalente entra en juego cuando alguien infringe dicho deber *de modo suficientemente grave* antes de llevar a cabo el *actus reus*» (p. 109, cursiva en el original).

Según se expone a lo largo del presente capítulo, debe considerarse más culpable al sujeto que infringe su deber de informarse siendo consciente de la posibilidad de obtener más información que a quien realiza la conducta prohibida siendo consciente de que esta supone un riesgo, pero sin contar con dicha posibilidad de informarse mejor (p. 117). Mientras este último actúa con *recklessness*, en el caso del primero se observa una mayor culpabilidad derivada de la *pérdida de dos posibilidades de evitar la conducta prohibida*: la primera, al omitir la obtención de información; y la segunda, al realizar la conducta ilícita. En sus propias palabras: «infringir el deber de informarse y llevar a cabo la acción peligrosa es más culpable que llevar a cabo dicha acción cuando no hay opción de informarse».

Para que se observe la equivalencia de culpabilidad es necesario que la infracción del deber de informarse se produzca de manera consciente o intencionada y sin que existan razones que la justifiquen (p. 126). Según el autor, la adición de ambos componentes a los efectos de determinar la culpabilidad –infracción del deber de informarse y realización con *recklessness* del *actus reus* (p. 129)– es posible en la medida en que forman parte de un curso unitario de conducta y son parte de un mismo proceso deliberativo y motivacional. Más adelante expone SARCH (p. 168) cómo, a su juicio, en el caso de concurrencia de estos dos elementos se expresa la misma desconsideración hacia los intereses, derechos y valores protegidos por la ley que en los casos de actuación con conocimiento, lo que justifica su idéntico tratamiento. Más complicada es la cuestión de la existencia o no de razones justificantes de la ignorancia, un concepto de difícil concreción y seguramente uno de los puntos más débiles de su teoría.

Una vez expuestas estas premisas conceptuales, ciertamente abstractas, el autor trata de extraer de ellas instrucciones fácilmente comprensibles para los miembros de los tribunales del jurado (p. 132 y ss.). En concreto, propone literalmente la siguiente instrucción (p. 135): «*puede considerarse probado que el acusado actuó con conocimiento si se concluye, más allá de toda duda razonable, que (a) el acusado sospechaba [que los hechos incriminatorios podían concurrir], pero (b) se abstuvo de obtener más información sobre si sus sospechas eran ciertas, aun cuando (c) podía obtenerla y (d) no era consciente de que concurriera ninguna circunstancia que pudiera justificar su decisión de ignorar la verdad (como una grave dificultad o peligro propio o ajeno en caso de investigar o conflictos con deberes importantes)*».

Tras dedicar el capítulo 5 del trabajo a exponer las razones por las que considera que, por lo menos en los sistemas angloamericanos, su planteamiento es ya aplicable sin necesidad de una reforma legal, el autor pasa a dar respuesta a cuestiones concretas que derivan de su propuesta personal. Así, se ocupa de exponer los motivos por los que, a su juicio, una infracción temeraria (*recklessly*) del deber de informarse puede dar lugar a una situación de ignorancia deliberada (o, más correcto, «*reckless ignorance*») equiparable en términos de culpabilidad al conocimiento, una posibilidad que el autor considera especialmente relevante para condenar a asesores jurídicos, económicos o contables en casos de cooperación al fraude de las empresas con las que colaboran tales profesionales (capítulo 6), si bien con la exigencia en estos supuestos de que las infracciones del deber de (auto)informarse no sean puntuales, sino reiteradas, para que pueda observarse el mismo grado de culpabilidad.

En sentido opuesto, en el capítulo 7 el autor rechaza que la doctrina de la ignorancia deliberada baste para sustituir el propósito (*purpose*) en aquellas infracciones que lo requieren, algo que en la práctica estadounidense ha resultado polémico a propósito de figuras delictivas como la conspiración. Finalmente, en cuanto a la responsabilidad de personas físicas resulta sumamente interesante el capítulo 8, donde SARCH aborda el tratamiento de aquellos casos en los que el acusado no ha llegado a plantearse siquiera que su conducta pudiera ser constitutiva de delito porque ha cegado aquellas fuentes de información que le habrían permitido conocer el concreto riesgo que estaba generando con su hecho. A su juicio, si bien en estos supuestos la ignorancia deliberada no puede equipararse al conocimiento, sí puede situarse al mismo nivel de culpabilidad que la *recklessness* en aquellos casos en los que el sujeto conoce que lo que está haciendo es, en general, gravemente peligroso y, sin embargo, decide vulnerar su deber de informarse acerca de qué concreto riesgo está creando. Según se defiende en el libro, en estos casos se manifiesta un nivel de desconsideración hacia los intereses protegidos equivalente al de los casos de *recklessness* (p. 224 ss.).

Finalmente, el último y extenso capítulo se dedica a la posibilidad de apreciar ignorancia deliberada en el caso de personas jurídicas. A tal efecto el autor asume como acertada la «teoría del conocimiento colectivo», que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque ni mucho menos mayoritarias, exigen para castigar a las entidades jurídicas por delitos que requieren conocimiento (p. 243). Desde su perspectiva (p. 250), «compartimentar la información dentro de la compañía para que los empleados permanezcan a oscuras puede hacer a la corporación tan culpable como si hubiera actuado pese a tener sus empleados un pleno conocimiento».

Desde su punto de vista, existe ignorancia deliberada corporativa –equiparable a dicho conocimiento– cuando uno de los empleados de la empresa impide que él mismo u otros empleados de la propia compañía adquieran el conocimiento que deberían tener (p. 231). En

particular, el autor subraya que la infracción del deber de un empleado de informar razonablemente a otros respecto de la posibilidad de realizar una conducta prohibida manifiesta –en términos de culpabilidad corporativa– la misma desconsideración hacia los intereses protegidos legalmente que la vulneración del deber de informarse al que se ha aludido anteriormente. Esta situación se da especialmente en aquellos casos a los que SARCH se refiere como «interferencias de los órganos directivos en el flujo natural de la información» dentro de la empresa que impiden que los empleados estén correctamente informados (pp. 255-256).

El autor concluye su trabajo constatando cómo su propuesta amplía la doctrina tradicional de la ignorancia deliberada en unos casos y la restringe en otros (pp. 263-266) y añade que, si una conclusión quiere que se extraiga de su libro, es que «la atribución de culpabilidad equivalente es un instrumento judicial valioso y defendible, pero una herramienta especialmente poderosa que debe emplearse con sumo cuidado y dentro de unos estrictos límites para evitar el injusto castigo de personas más allá de lo que estas merecen» (p. 266).

Como se adelantaba en las primeras páginas, el libro de Alexander SARCH supone el estudio más exhaustivo publicado hasta la fecha en lengua inglesa sobre la ignorancia deliberada. Sin embargo, no todo lo que se afirma en esta obra es directamente aprovechable para los sistemas continentales, que están basados en un modelo bipartito de imputación subjetiva (dolo / imprudencia), en el que todas las formas de dolo (intención, representación como segura o representación del riesgo) se encuentran, en principio, equiparadas en cuanto a sus consecuencias. No en vano, la idéntica culpabilidad en los casos de conocimiento (certeza) y la mayoría de supuestos de ignorancia deliberada (representación del riesgo) que SARCH justifica en su texto es algo que ya se da por hecho en tales sistemas, en los que el dolo eventual y el dolo directo de consecuencias necesarias reciben el mismo tratamiento.

Ello no significa, no obstante, que el texto no aporte elementos de gran interés para un lector cuyo principal foco de atención sean los ordenamientos del *civil law*. Así, por ejemplo, la distinción entre casos de *recklessness* simple y de *recklessness* basada en una previa vulneración consciente o intencionada del deber de informarse –que SARCH considera más culpables– puede ser relevante, como factor de graduación de la intensidad de la pena, también en los supuestos de dolo eventual. Con arreglo a esta tesis, a efectos de graduar la culpabilidad del sujeto no solo debería atenderse al saldo final de sus conocimientos sobre la posible concurrencia de los elementos típicos, sino a la posibilidad o no de haber obtenido antes mayor información al respecto.

Particularmente interesante para el «lector continental» es el capítulo 8, donde se fundamenta la necesidad de equiparar con los casos de *recklessness* aquellos supuestos en los que el sujeto ciega las fuentes de información sobre los riesgos asociados a su conducta, en una estructura muy parecida a los casos denominados de «ignorancia deliberada *stricto sensu*», que resultan problemáticos también en los sistemas bipartitos por no llegar a darse el mínimo conocimiento necesario para sostener la existencia de dolo eventual. Asimismo, las consideraciones sobre una posible ignorancia deliberada corporativa son sumamente relevantes para la tarea –todavía pendiente– de perfilar un sistema de imputación subjetiva –o un modelo análogo– trasladable a personas jurídicas.

Finalmente, entre los méritos del texto conviene destacar también la envidiable claridad con la que está escrito pese a la complejidad de algunas de sus ideas, así como el esfuerzo del autor por lograr que, incluso las más abstractas de sus propuestas, sean trasladables a la práctica judicial y

resulten comprensibles para los jurados. Entre los puntos negativos, en cambio, no puede soslayarse el que se ignoren por completo todas las propuestas teóricas, sobre esta materia o afines, ajenas al ámbito angloamericano. Aunque no sea nada nuevo, es triste constatar cómo en la ciencia penal todavía las barreras idiomáticas propician el desarrollo en paralelo de varios debates sobre cuestiones que son idénticas. Los planteamientos de SARCH sobre la culpabilidad y el desconocimiento intencionado coinciden en buena medida con las de autores que escriben en otras lenguas, cuyas aportaciones podrían haber resultado muy aprovechables.

En todo caso, con sus numerosas virtudes y sus concretos déficits, la presente obra será un punto de referencia ineludible para quien, en los próximos años, pretenda conocer a fondo el debate sobre la teoría de la ignorancia deliberada y sumarse a él con nuevas propuestas.

Alejandra Verde, Encubrimiento, receptación y lavado de activos. Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2021, XIV + 322 páginas

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

-

Este libro reúne trabajos de la autora, aparecidos en diversas publicaciones entre 2015 y 2020, que guardan unidad con la temática de la que fue su tesis doctoral y que vio la luz recientemente como monografía: *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (ver GILI PASCUAL, *InDret Penal* 2/2020, 622-626). El conjunto de ambas obras es una relevante aportación sobre el tema de las conductas posdelictivas, del que viene ocupándose desde hace tiempo Alejandra VERDE, doctora en Derecho penal por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

La obra comienza presentando el sentido de esta publicación (Introducción), y siguen los siete capítulos que la componen, y que concluyen con una relación bibliográfica conjunta. No faltan las oportunas adaptaciones de los textos aquí reunidos, con el fin de coordinarlos y enlazarlos en esta nueva edición, que no sigue el orden de su aparición temporal, sino el de la coherencia y conexión internas. A pesar de la pretensión de no ser exhaustiva en el tratamiento o exposición de todos los problemas (pp. 4, 47), no es menos amplio en cuanto al número de cuestiones ni menos profundo por el nivel de exposición y crítica.

La parte nuclear es la conformada por el cap. III, dirigido a exponer su visión de la receptación como delito contra el mercado formal, y que es un apretado resumen del contenido de su tesis (p. 115, nota). Esta parte nuclear se halla flanqueada por dos grupos de capítulos: por un lado, los caps. I y II, sobre la exigencia conceptual del delito previo, y sobre las modalidades de favorecimiento, respectivamente; y por otro, los caps. IV y V, dedicados a sendas cuestiones de detalle sobre el autolavado y la «receptación intermedia» como conducta de lavado de capitales. Finalmente, los caps. VI y VII, abordan «cuestiones procesales y problemas de parte general» (p. 224).

El cap. I («El delito previo en las conductas posdelictuales») expone una cuestión común a este grupo de infracciones, como es el requisito del delito previo, el cual ha de revestir el carácter de «ilícito», en cuanto acción típica y antijurídica, haber comenzado antes del posterior, ser abarcado al menos con dolo eventual, y que se constituye como elemento normativo para el tipo del posdelictual (de modo que un error sobre la antijuridicidad del previo afectará al tipo del posterior). Sigue el cap. II («Favorecimiento real y personal. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación») en el que se afronta la tarea de identificar el bien jurídico protegido por los delitos de favorecimiento real y personal. Tras un análisis profundo y amplio de la bibliografía alemana al respecto, y más allá de la concreta letra de la ley (StGB, CP argentino, CP español), la autora se pronuncia por situar el bien jurídico en unas realidades que, a su juicio, permiten una mejor interpretación de los tipos actuales, así

como aconsejar una posible reformulación. Así, el favorecimiento real «dificulta u obstaculiza el decomiso de las cosas ilícitamente obtenidas» (p. 69), mientras que el personal se dirige a «proteger al autor o al partícipe de un delito anterior de la actuación de la administración de justicia o de prevención orientada a la investigación de ese hecho y de su participación en aquel, para frustrar o, al menos, demorar o dificultar la realización de la pretensión penal estatal dirigida a la imposición de una sanción o de una medida de seguridad»: pp. 72-73); de manera que concluye: se trata de garantizar «que el Estado, por medio de los órganos creados para castigar a los delincuentes, pueda realizar el fin del derecho penal» (p. 75), de modo que se protege «el ejercicio o la materialización del *ius puniendi* estatal» (p. 75; cfr. también 99-101, 198, 219). La discriminación entre uno y otro favorecimiento puede llevarse a cabo mediante el recurso a la intención del agente, y puede dar lugar a concurso de delitos (p. 70). Esta visión, que se adecua relativamente bien a los §§ 257 (Begünstigung) y 258 (Strafvereitelung), lleva a proponer una interpretación de los preceptos legales argentinos y españoles del favorecimiento personal y real, así como a una reconstrucción de la regulación de *lege ferenda*.

Se llega así al capítulo nuclear, el III («Receptación, no encubrimiento. Un delito contra el mercado formal»). Su posición más destacable me parece la del bien jurídico protegido por el delito de receptación. Previamente, ha indicado que el comportamiento que la doctrina argentina designa como tal es, en realidad, favorecimiento real (p. 103). Hecha esta precisión, critica y rechaza la teoría de la perpetuación, así como que el bien jurídico se sitúe en el patrimonio de la víctima, la tutela de la Administración de Justicia o la vigencia del Derecho. Y formula: «la receptación pone en peligro abstracto el mercado formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, porque vulnera las legítimas expectativas de los ciudadanos apegados a las normas y de los comerciantes legales» (p. 167). La autora se propone localizar un contenido material del delito que tenga carácter moral, que lo identifique como malo en sí mismo; y lo sitúa en que resulta inmoral aprovecharse del sufrimiento de otro para obtener una ventaja económica, que es lo que se produce a la víctima del delito previo mediante el delito de receptación (pp. 150-155, 158, 166), que por eso mismo ha de exigir ánimo de lucro (aunque en el CP arg. para el tipo agravado: pp. 162-164). A partir de este punto de partida, restringe el ámbito del tipo a conductas que recaigan sobre cosas ya existentes antes del delito previo (p. 157), propone considerar atípica la «receptación del subrogante» o sustitutiva (p. 158), y considera correcto excluir del tipo la autoreceptación (pp. 159-162).

Siguen dos capítulos sobre aspectos concretos del delito de lavado de capitales a raíz de la particular regulación argentina (2011). Por un lado, en el cap. IV, se plantea qué naturaleza presenta el lavado realizado por el propio autor previo: «¿Es el autolavado de dinero un delito posterior copenado?», pregunta que responde negativamente, porque la conducta atenta contra un bien jurídico diverso, por lo que no se da *bis in idem* (p. 204). En efecto, rechazada también aquí la teoría de la perpetuación (pp. 194-195), el lavado crea una situación antijurídica nueva (p. 196), pues «vulnera la actividad de la administración de justicia consistente en recuperar, secuestrar o decomisar los bienes o el dinero provenientes de los delitos» (p. 198), para concluir que puede verse como una «forma agravada de favorecimiento real» (*ibidem*). Por otro lado, en el cap. V («La 'receptación intermedia' como forma de lavado de dinero: ¿un tipo penal redundante?») se cuestiona la oportunidad de definir, como modalidad de lavado, la conducta de *recibir* bienes de origen ilícito penal *para* aplicarlos a operaciones que aporten apariencia de licitud, y concluye que se trata de una conducta que ya se hallaba definida como receptación, y prevista con la misma pena (pp. 218-219).

En la parte final aborda dos temas adicionales, pero no menos importantes. Primero, en el cap. VI («La subsunción alternativa en la condena [*Wahlfeststellung*]: Examen de su legitimidad constitucional»), una cuestión que parece de carácter procesal, pero con implicaciones materiales y de teoría de la interpretación y aplicación del Derecho. Ahí se expone cómo este modo de proceder de la determinación o subsunción alternativa –dar por aplicable un precepto cuando se sabe que se ha cometido uno de dos delitos, pero sin certeza sobre cuál de los dos– carece de regulación expresa, pero se halla muy extendido y teorizado en la doctrina alemana, aunque mucho menos en la española y argentina. A su modo de ver, y tras un análisis profundo de la doctrina alemana, resulta inconstitucional, por ser contrario al principio de legalidad (p. 266), a la presunción de inocencia –*in dubio pro reo*– (pp. 269-270), así como al derecho de defensa (p. 272). Finalmente, en el cap. VII («Delito previo y culpabilidad»), se aborda la relación entre las conductas posdelictuales y la culpabilidad del agente del delito previo. Y lo lleva a cabo a propósito del planteamiento de M. Pawlik sobre el *injusto del ciudadano*. Con esta oportunidad, analiza de nuevo su visión de los delitos posdelictuales, para concluir que sigue siendo preciso, ajustado a la letra de la ley, como también valorativamente correcto, contar con la antijuridicidad del delito previo, pero no con la culpabilidad de su agente, la cual debe seguir siendo deslindable. Con esto, propone una nueva razón para mantener separados injusto y culpabilidad.

La publicación de este segundo libro de Alejandra VERDE sobre la temática de los comportamientos posdelictuales supone una amplia y profunda contribución a un tema en el que persisten todavía no pocas incógnitas. Y que ella ha afrontado con valor y aportando soluciones propias, fundamentadas y originales. Ciertamente, es oportuno contar con investigaciones como la presente, porque se trata de un grupo de delitos que va adquiriendo cada vez más relevancia: las conductas post-ejecutivas, subsiguientes, de conexión, o «posdelictuales», como las denomina la autora. Así, piénsese en el delito de asesinato por concurrencia de la circunstancia de «facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (art. 139.1.4.^a CP esp.), el de difusión de datos o imágenes captadas ilícitamente (art. 197.3 CP esp.), o el robo con llaves sustraídas por un medio que constituya infracción penal (art. 239.2 CP esp.), y otros más antiguos como la recepción de moneda falsa para ponerla en circulación, o la expendición de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386). Delitos a los que cabría añadir otros cuya amplia y difusa redacción permite considerar como de coautoría aportaciones subsiguientes en una prolongada fase ejecutiva (tráfico de estupefacientes, tenencia ilícita de armas...). Y otros casos. Es razonable entender que, en tal situación, sea necesario contar con una teoría global o unitaria de las aportaciones post-ejecutivas (p. 8, nota 9).

Surgen de entrada, sin embargo, algunas dificultades a tal empresa. En primer lugar, la diversidad de previsiones legislativas (entre el StGB y los códigos penales argentino y español, que son los ordenamientos que estudia), supone una dificultad para elaborar esa teoría unitaria. Y ello, por cuanto hay diferencias no menores entre unos ordenamientos y otros. Así, mientras que favorecimiento, receptación y lavado de activos presentan un núcleo relativamente común –debido, entre otras razones, a las corrientes y compromisos internacionales– el delito de *Strafvereitelung* (§ 259) supone una clara diferencia respecto a otros ordenamientos y no puede obviarse (pp. 12-18, 26, 51-n. 8; en cambio, cfr. pp. 88-89), sobre todo porque mediante ese delito el centro de atención se traslada, de las conductas de auxilio, favorecimiento y antiguas formas de participación, hacia un aspecto que cambia el panorama: la Administración de Justicia (pp. 63, 67, 69, 71). Dicho delito, por una parte, existe en el StGB, y tomarlo como prisma por el que hacer pasar a los delitos de los códigos penales argentino y español es tarea que difícilmente se logrará sin producir alguna distorsión conceptual. Claro que puede servir de punto de referencia una vez que se asuma ese bien jurídico, y debería llevar a regular de nuevo –como propone la

autora– el encubrimiento en estos códigos, pero impide llegar a algunas conclusiones sin tener en cuenta las diferencias conceptuales. Por otra parte, y aun admitiendo la corrección del planteamiento de la *Strafvereitelung*, cabe dudar de la ventaja que se otorga a la regulación de ese delito como paradigma de cómo legislar las conductas de encubrimiento (p. 87), puesto que me parece que no aporta la precisión literal que se anuncia (en tal sentido, el art. 451 CP esp. puede resultar mucho más preciso, aunque no más correcto). Otra dificultad referida a las previsiones legislativas puestas en comparación es la figura que en España se denominó «auxilio complementario» (art. 451.1.1 CP esp.: «Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio»), y que suscita no pocas cuestiones de deslinde con la receptación, así como con el favorecimiento personal (pp. 11, 48, 50-n. 7, 59, 64-n. 39, 88-89). Finalmente, cabe aventurar que, de admitirse su propuesta de reformar estos delitos a la luz de la *Strafvereitelung*, posiblemente se incrementaría el ámbito de las conductas ahora vistas como encubrimiento.

Otras dudas surgen respecto al deslinde entre favorecimiento personal y real: puesto que presentan bienes jurídicos diversos, procede el concurso de delitos en caso de que un mismo hecho atente a los dos. A pesar de la coherencia de su conclusión, cabe dudar de que la pena resultante quede justificada, o que incluso se trate propiamente de un supuesto de *bis in idem*. Por lo demás, el recurso a los ánimos del agente para distinguir uno y otro favorecimiento (previsto, por cierto, entre receptación y auxilio complementario en el CP esp.) plantea la siempre difícil tarea de indagar y dar entidad a lo subjetivo.

Hay que atribuir un mérito indudable a su interesante posición sobre el bien jurídico protegido por el delito de receptación. Sin embargo, suscita alguna duda al pensar en cómo proceder ante conductas posdelictuales que trafican con bienes de ilícito comercio o bienes cuyo mercado se encuentra regulado y no admiten mercado formal «libre». Cabe dudar de que entonces se afecte al fundamento moral que se identifica y se exige en el contenido material de tales delitos.

Por otra parte, además, podrían encontrarse nuevos argumentos en favor de su posición si se indaga todavía más (p. 19) en la razón de ser de los arts. 300 y 453 CP esp., que no exigen la culpabilidad del autor previo para poder apreciar el tipo posdelictual.

Debido al enfoque propio de una colectánea, y como bien anuncia la autora, no se procede aquí a un análisis exhaustivo y completo, sino solo a presentar agrupadas algunos resultados de su investigación. Otros temas que merecerían estudios aparte serían, por ejemplo, el de la explicación de por qué se limita la pena para el encubridor (pp. 41-42), o la exención de pena en el encubrimiento entre parientes, o la del encubrimiento por funcionario. Pero abordar estas, y otras cuestiones, sería objeto de nuevas investigaciones, en las que los resultados aquí reunidos serán sin duda imprescindibles.

Sus aportaciones en lo referente a receptación, encubrimiento y lavado de activos no son escasas, ni poco relevantes, y se fundamentan adecuadamente; no se trata de una mera recopilación de doctrinas ajenas, sino que se entra en discusión con los autores de la doctrina al respecto, sobre todo alemana. Todo eso pone de manifiesto la calidad de sus aportaciones a una doctrina que quizá haya pasado por alto los relevantes temas y problemas que se dan cita en esta materia. Es mérito de su autora aspirar a un estudio conjunto de los delitos subsiguientes, tarea en la que es preciso continuar y para la que será preciso contar con esta obra.