

## ***ExLibris***

Sección coordinada por **Pablo Sánchez-Ostiz**

### ***Recensiones:***

Recensión a Alexander AICHELE/Joachim RENZIKOWSKI/Frauke ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik. Buttenheimer Gespräche*, Duncker & Humblot, Berlín, 2022, 286 páginas, por Alfredo ALPACA PÉREZ

Recensión a Nuria PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas, por Percy Vladimiro BEDOYA PERALES

Recensión a Ezequiel VACCHELLI, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020, 410 páginas, por Leandro E. R. MASSARI

### ***Réplicas:***

Réplica a la Recensión de Roberto CRUZ PALMERA a *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas (*InDret* 3/2022), por Cristina GARCÍA ARROYO

-

**InDret**

4.2022

**Alexander Aichele/Joachim Renzikowski/Frauke Rostalski (eds.), Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik. Buttenheimer Gespräche, Duncker & Humblot, Berlín, 2022, 286 páginas**

Alfredo Alpaca Pérez \*  
 Universidad de Extremadura  
 aalpaca@unex.es

-

El origen de esta obra colectiva se encuentra en el simposio internacional denominado «Teoría de las normas. Fundamentos de una dogmática universal del Derecho penal», llevado a cabo del 25 al 28 de octubre de 2017, en Buttenheim, Alemania. La publicación reúne una serie de contribuciones de destacados especialistas de diversos países (Alemania, Brasil, Chile, España, Italia, Japón y Portugal), muy conocidos por sus destacados aportes al estudio de la teoría de las normas en el Derecho penal.

La introducción [«¿Qué significa y con qué finalidad se estudia la teoría de las normas?» (pp. 9-19)] es de Joachim RENZIKOWSKI. El autor, después de destacar la distinción entre normas de conducta y normas de sanción, expone tres usuales objeciones a la teoría de las normas: primera, que la ley penal no contiene norma de conducta alguna; segunda, la presunta norma de conducta no contiene un deber jurídico independiente; y, tercera, que la norma de conducta evocaría una comprensión autoritaria del Estado que no tiene lugar en el moderno Estado liberal de Derecho. RENZIKOWSKI ofrece valiosos argumentos para rebatir sólidamente cada una de esas objeciones, de cara a plantear, en última instancia, una nueva pregunta que expresa claramente el objetivo de su contribución: ¿qué se puede hacer con la teoría de las normas en el Derecho penal? RENZIKOWSKI responde: la teoría de las normas es la puerta de entrada de la teoría del Derecho en la dogmática del Derecho penal. La teoría de las normas «permite, ni más ni menos, el análisis de las estructuras dogmáticas y una crítica de la fundamentación de las proposiciones dogmáticas». Con esto «se pueden desenmascarar los pseudoproblemas y revelar las cargas de la fundamentación». La teoría de las normas sería una «metadogmática» que ofrece la posibilidad de una comunicación en el discurso penal internacional «más allá de las particularidades nacionales». Por tanto, «representa un fundamento para una dogmática penal universal».

La segunda [«Condiciones de la normatividad. El futuro, la contingencia y lo que está relacionada con ella: un recordatorio» (pp. 21-26)] es de Alexander AICHELE. La teoría de las normas es una forma de fundamentación científica y de análisis del Derecho que necesita saber qué es una norma práctica: esta es una proposición deóntica que exige la ejecución o la omisión de cierta acción. Con esto claro, AICHELE declara que su finalidad es explorar las condiciones previas para la aceptación y el uso de esa definición. Conforme a esto, desarrolla el asunto nuclear en su contribución: la imposibilidad de la existencia de la norma práctica en una comprensión determinista del mundo. Al respecto, propone: en un mundo completamente determinado toda

---

\* El autor de la recensión agradece a Deisy Barrientos Pérez (Universidad de León, España) por la revisión y corrección del texto.

norma carece de sentido. Así, para que una norma tenga sentido, el deber que ella impone no solo debe ser posible, sino también contingente (debe poder ocurrir o no ocurrir). Conforme a esto, sostiene que «El uso significativo del concepto de norma práctica presupone, por tanto, la admisión de seres libres, y solo estos son posibles destinatarios de las normas». Finalmente, AICHELE reconoce que las normas pueden tener una aplicación prospectiva (hacia el futuro) o retrospectiva (hacia el pasado). En esta última se producen los juicios de imputación, los que no son ajenos al error. Pese a eso, AICHELE señala que, si se admite la existencia de normas prácticas, habría que consentir ese riesgo de error, porque esa misma existencia depende de la libre aplicación de esas normas.

El tercer texto [«Normas y directivas» (pp. 27-53)] es de Urs KINDHÄUSER. Sostiene que la voluntariedad no pertenece al contenido de la norma (cuyo destinatario decide *ex ante* cumplir o no cumplir), sino al enjuiciamiento de la conducta prohibida como querida (la que es objeto del reproche de culpabilidad *ex post*). KINDHÄUSER pretende demostrar la importancia de la diferenciación entre la función de apelación y la función de imputación que poseen las reglas del Derecho penal, a la luz de algunos problemas de la teoría de las normas. Sobre la norma y la sanción, considera que la norma de conducta puede derivarse semánticamente de la norma de sanción, por lo que, de la valoración de una forma de conducta (típica) como merecedora de pena, se deduce lógicamente que esa conducta infringe una norma. Con respecto al tipo de la norma de conducta, propone distinguir: por un lado, el juicio de valoración *ex post* de una conducta (en el que se toman en cuenta la intención y los motivos ulteriores del agente) y, por otro, la situación de decisión, en la que se encuentra el destinatario de la norma al momento del hecho (y que se analiza desde una perspectiva *ex ante*). Sobre la norma y el resultado, KINDHÄUSER, debido al problema lógico que implica la prohibición de acciones que se definen por su resultado («matar», por ejemplo) distingue entre normas que se refieren a la producción o impedimento de eventos o estados (normas de resultado) y normas que simplemente tienen por objeto actividades (normas de actividad). Finalmente, propone la distinción entre norma y directiva (*Direktive*): la norma implica un «deber» (*Sollen*), mientras que la directiva supone un «tener que» (*Müssen*). El «tener que» (obtenido mediante un silogismo práctico) no solo está en una relación instrumental de medio-fin con el «deber» (y, en ese sentido, es consecuencia de una deliberación práctica para la realización de un objetivo: el cumplimiento de la norma), sino que también «surge de querer lo debido». Asimismo, el «tener que», al regir solo para un destinatario de la norma que se encuentra en una situación determinada y que dispone de una determinada capacidad de acción y de motivación, es un «deber» situacionalmente concretado e individualizado con respecto a la acción u omisión exigida. Solo así puede tener sentido, según KINDHÄUSER, la frase «deber implica poder».

Stephan AST es el autor de la cuarta contribución [«El objeto del juicio de injusto en el Derecho penal» (pp. 55-71)]. El objetivo del autor es analizar el concepto y las características de las acciones que son objeto de las normas del Derecho penal. También pretende discutir el asunto referido a si solo las acciones pueden ser objeto de aquellas normas o si estas también se dirigen a estados, modificaciones o a la causación o evitación de modificaciones, sin que esa causación o evitación sea comprendida como una acción. AST se distancia de la idea de que la prohibición se dirige solo a una acción. Por tanto, admite la existencia tanto de prohibiciones de acción como de prohibiciones de causación. La admisión de esa equiparación depende de si el dolo puede fundamentar una acción. Para demostrar que eso es así, recurre a la comparación entre dolo y norma, que son los fundamentos de la imputación. La intención de realizar el objeto de la imputación es fijada por el sujeto, mientras que la norma se dirige al sujeto para que no realice

el objeto de la imputación. En el caso de un delito comisivo doloso, ambos fundamentos de imputación se combinan: la imputación se fundamenta intencional y normativamente. Pero en el caso de un delito comisivo imprudente, la imputación solo tiene un fundamento normativo. Con esto, según AST, se salva el déficit de legitimidad que implica la ausencia de intención en la imprudencia. En definitiva, la prohibición que subyace al delito comisivo imprudente no es la forma básica de las prohibiciones jurídico-penales, sino que se deriva teleológicamente de la prohibición de la correspondiente acción. Esto va de la mano del reconocimiento de que es necesaria y posible la admisión de las prohibiciones de causación, que se derivan teleológicamente de las correspondientes prohibiciones de acción. Ambas están al mismo nivel y unas no pueden desplazar a otras, si es que no se quiere que la teoría de las normas se empobrezca y no pueda reflejar de manera adecuada los aspectos y problemas del Derecho penal.

La quinta [«Descripción de la acción y normas» (pp. 73-81)] ha sido realizada por Yuki NAKAMICHI, quien se concentra en la problemática de la determinación del número de acciones en un suceso: si un sujeto dispara a otro dos veces y no se puede determinar qué disparo causó la muerte, ¿se han cometido dos acciones (así, por ejemplo, HRUSCHKA) o solo una (en ese sentido, entre otros, PETERS)? Según NAKAMICHI, para determinar si hay solo una o varias acciones, es necesario aclarar la estructura de la descripción de la acción, en particular, desde la perspectiva del «sentido». Al respecto, el referido autor señala que un acontecimiento puede ser visto desde varias perspectivas: cada observador intenta captar la acción como objeto de comprensión según el «código interpretativo» decisivo para su especialidad (un jurista no describe el hecho –por ejemplo, un homicidio– de la misma manera que un físico o un fisiólogo). Conforme a esto, para describir un suceso como acción en sentido penal y reducir la ampliación ilimitada de la descripción de la acción, es necesario establecer ese «código interpretativo» en el Derecho penal: la norma. Esta contiene la correspondiente descripción de la acción. Según NAKAMICHI, «en el Derecho penal solo es relevante la descripción de la acción reducida conforme a las normas de conducta». La norma de conducta, entonces, permite extraer de un «hecho bruto» la acción jurídico-penalmente relevante. Si es que se sigue el planteamiento expuesto por NAKAMICHI, y este es aplicado al delito de homicidio, se tendría lo siguiente: para alcanzar el significado de una acción como «matar», ha de tenerse en cuenta tanto la voluntad como el resultado. Si falta el resultado, el suceso no puede ser descrito como «homicidio», por lo que habría una tentativa de homicidio (por la descripción «A pretende la muerte de B»). Si falta la voluntad (de matar), a la acción no se le puede describir más como «A mata a B», sino solo como «A causa la muerte de B», lo que conduce al problema del homicidio imprudente. Finalmente, si falta tanto la voluntad como el resultado, los hechos no contienen una acción jurídico-penalmente relevante.

En el sexto trabajo [«Crítica normológico-funcional de una categoría de la imputación. Contra el empleo de una fórmula dogmática vacía» (pp. 83-108)] Georg FREUND expone que, especialmente en el Derecho penal, hay la impresión de que esencialmente todo es cosa de «imputación», por lo que es relevante preguntarse qué significa ese concepto. Este es precisamente el problema: no hay una respuesta válida para todos los casos, pues todo depende del respectivo contexto y, por tanto, de la función que se le otorgue al concepto «imputación». Si se señalara, de manera muy general, que la imputación es la vinculación entre dos constructos (por ejemplo, una persona y un suceso), no se ganaría conocimiento alguno, pues aún no se dice nada sobre la función que implica esa vinculación. Solo cuando queda clara esa función, los criterios de construcción surgen de manera (casi) automática. FREUND defiende la idea de que, para escapar de la por él denominada «euforia de la imputación», se ha de tener en cuenta que la resolución de problemas solo es posible a partir del contexto específico y tiene que estar estrictamente orientada a la

función del constructo que se va a crear. El abordaje del asunto conduce al autor a desarrollar su planteamiento normológico. Tanto la norma de conducta, como la norma de sanción requieren legitimación: si ambas manifestaciones implican una injerencia estatal en la libertad del ciudadano, entonces deben ser idóneas, necesarias y adecuadas para lograr un fin legítimo. Con respecto a la norma de conducta, sostiene que no es suficiente entenderla como una formulación abstracta y general, sino que debe ser comprendida como una norma concretizada para el contexto y el destinatario específicos. El destinatario de la norma, como ciudadano racional, está en condiciones de crear o formar esa norma de conducta para luego cumplirla. Sobre la norma de sanción, FREUND plantea que esta tampoco puede limitarse a ser comprendida en un plano abstracto. Aquella busca mantener la vigencia de la norma de conducta: la infracción de esta se entiende como un serio cuestionamiento de su vigencia, por lo que tal infracción no puede quedar sin respuesta. Conforme a esto, la norma de sanción dispone el veredicto de culpabilidad y la pena como reacción a la infracción de la norma de conducta (y de sus consecuencias). Por tanto, si no se puede fundamentar debidamente la infracción de la norma de conducta, tampoco será posible formular debidamente el correspondiente reproche (el veredicto de culpabilidad y la pena concreta han de ser legitimadas frente a la persona concreta). Y para ello, señala FREUND, no es suficiente el mero incumplimiento de incumbencias (*Obliegenheiten*).

El séptimo trabajo [«Comentarios sobre las categorías de las reglas de imputación y las reglas de conducta» (pp. 109-117)] es de autoría de Jan C. SCHUHR, quien ofrece varias ideas sobre la relación entre las reglas de conducta y las reglas de imputación. En ese sentido, afirma que la regla de conducta presupone siempre un modelo de destinatario como persona capaz de entender y actuar, al que se le puede atribuir procesos del mundo como acciones suyas y sucesos del mundo como producidos o influidos por él y, en ese sentido, conformes o contrarios a una proposición de deber ser. Se revela entonces que todas las proposiciones de deber ser presuponen necesariamente una imputación, específicamente: reglas de imputación. Estas han de proporcionar un modelo sobre el que se pueden construir las reglas de conducta. Las reglas de imputación no especifican qué manda o prohíbe la regla de conducta, así como tampoco cuál ha de ser el contenido de una evaluación normativa. Todo ello le corresponde, en realidad, a las reglas de conducta: estas dicen cómo se debe actuar. Fijar las reglas de conducta es la genuina tarea del legislador. Con todo, este debe basarse siempre en un sistema de reglas de imputación, las que, por su parte, son neutrales con respecto al contenido de las reglas de conducta y a las valoraciones subyacentes. SCHUHR señala, sin embargo, que existe el peligro de transgredir la función de las reglas de imputación. Esto sucede, por ejemplo, cuando hay una «manipulación inadmisibles» de las reglas de conducta, es decir, cuando son las reglas de imputación las que prescriben, de manera directa o indirecta, el contenido de cómo se debe actuar. Conforme a esto, SCHUHR destaca varios casos en los que se produciría una transgresión de las funciones de las reglas de imputación (que deberían estar delimitadas) y, como consecuencia, resultaría una manipulación de los resultados de la aplicación de las reglas de conducta mediante el recurso a las reglas de imputación. SCHUHR concluye su contribución afirmando que los esfuerzos por abandonar por completo las cuestiones de la imputación o de combinar las reglas de imputación y las reglas de conducta en una norma, están destinados al fracaso. Conforme a eso, propone precisar las reglas de imputación y limitarlas a lo que son. Según SCHUHR, el objetivo debería ser «limpiar» las reglas de imputación, pero «no abolirlas ni disolverlas».

Joachim RENZIKOWSKI realiza la octava contribución [«La imprudencia desde el punto de vista de la teoría de las normas» (pp. 119-137)]. Parte de la idea de que una dogmática jurídico-penal orientada a la teoría de las normas debe especificar qué norma de conducta infringe el autor del

delito imprudente. En ese sentido, expone las preguntas que se presentan como las directrices de su trabajo: ¿Cuál es el estatus del cuidado debido? y, en relación con ello, ¿Cómo ha de ser diseñado el delito imprudente? ¿Cuál es el contenido del cuidado debido? y, a partir de ello, ¿En qué momento de la construcción del delito se han de tener en cuenta las capacidades del autor? RENZIKOWSKI sostiene que la norma de conducta alude a un comportamiento descrito en abstracto, por lo que el destinatario de esa norma ha de concretarla él mismo en cada situación. Esto sucede tanto en el delito doloso como en el imprudente. En este último caso, plantea una importante distinción entre un deber de conducta (primario) y un deber de cuidado (secundario), el que es caracterizado como un «deber de conocimiento» (*Erkenntnispflicht*), que solo garantiza la capacidad de evitación del peligro, pero que no impide de manera automática que la norma de conducta (que prohíbe acciones idóneas para el resultado) sea infringida. RENZIKOWSKI explica que las normas de conducta son generales porque exigen lo mismo de todo destinatario de la norma: el agotamiento consciente de sus propias posibilidades de acción para evitar un determinado resultado. El deber secundario, sin embargo, se orienta a la organización de la propia esfera jurídica de manera que no emanen de ella peligros incontrolables. La norma de conducta y el deber de conocimiento, si bien se relacionan entre sí, son independientes en cuanto a su contenido. Ante la aparente contradicción de la formulación de normas abstractas y generales y la individualización de la norma en el caso concreto, RENZIKOWSKI argumenta que el Derecho fija de manera abstracta y general «qué alternativa de conducta debe ser (o no) elegida desde el espacio de juego individual de la conducta». Por tanto, quien no pueda cumplir con ese baremo, no podrá asumir el correspondiente riesgo. Si, pese a todo, alguien se pone en una situación en la que no puede evitar la lesión del Derecho, el resultado se le atribuye pues era fundamentalmente evitable. Por tanto, «la norma de cuidado es general, pero la contrariedad al cuidado (*Sorgfaltswidrigkeit*), como juicio relacionado con el respectivo autor con sus capacidades personales, es individual». Finalmente, RENZIKOWSKI expresa ser partidario de la afirmación de un baremo (*Maßstab*) subjetivo tanto en el delito doloso como en el imprudente ya en el ámbito del injusto: apoyándose en el propio § 16.1.2 StGB, sostiene que la imprudencia es un sucedáneo de la ausencia de dolo. Sin embargo, continúa, solo es posible saber lo que es posible conocer: «la posibilidad de conocer (*Erkennbarkeit*), como elemento de la imprudencia, es el presupuesto lógico del conocimiento (*Erkennen*)». Si en el delito imprudente se admite también la distinción entre poder instrumental (injusto) y poder jurídico (culpabilidad), la contrariedad al cuidado, referida a la capacidad instrumental es el elemento subjetivo del tipo del delito imprudente.

La novena contribución [«Cuidado como elemento esencial abstracto de la norma en el hecho imprudente» (pp. 139-146)] es presentada por Inês FERNANDES GODINHO, quien, partiendo de la definición de imprudencia propuesta por RENZIKOWSKI, se concentra en dos asuntos esenciales: el estatus del cuidado debido y el contenido del cuidado debido. Con respecto al primero, FERNANDES GODINHO sostiene que la norma de conducta concreta se deduce de manera situacional, esto es, a partir de las circunstancias del concreto caso individual. Solo si esto sucede emerge el deber de cuidado: este requiere de la concreción de la norma de conducta. El deber de cuidado es, según la referida autora, un imperativo, pero no un «¡No debes matar!», sino un «¡Tú debes!» o, de manera más precisa, un «¡Tú debes actuar cuidadosamente “de tal o cual manera”!». Por otro lado, con respecto al contenido del cuidado debido, afirma que referirse a ello supone indagar sobre las capacidades individuales del agente, las que han de considerarse no en la culpabilidad, sino ya en el injusto, como criterio del cuidado debido. En este ámbito, destaca la importancia de determinar el baremo (*Maßstab*) del cuidado debido, que la autora define como «el óptimo de lo que el concreto agente puede prestar en la específica situación vital» y considera como elemento integrante de la contrariedad a la norma del hecho imprudente. En definitiva,

solo si la norma derivada de la situación se mueve dentro del marco de las capacidades del destinatario de la norma y, además, este puede prever la realización del resultado, entonces el contenido de cuidado debido ha de poder constituir el injusto. Si esto sucede, «el incumplimiento de la norma derivada de la situación, en el marco del deber de cuidado, opera como sucedáneo por la ausencia de dolo».

La décima contribución [«Imprudencia como estructura de la imputación extraordinaria» (pp. 147-157)] es realizada por Vicente VALIENTE IVAÑEZ, quien propone que la imputación extraordinaria es la modalidad de imputación que mejor explica la resolución de los casos de imprudencia (consciente e inconsciente). De esta manera, admite la comprensión de la teoría del delito como teoría de la imputación: esta explica la adscripción de responsabilidad por la realización de una conducta contraria a la norma, centrándose en la cuestión de en qué medida el agente era capaz de cumplirla. Conforme a esto, si bien reconoce que el objeto de imputación (la realización del tipo de delito) es el mismo en el injusto doloso y en el imprudente, las diferencias se encuentran en las reglas de imputación. Si el agente reconoce la situación u oportunidad en la que se aplica (objetivamente) la norma de conducta (es decir, posee capacidad de acción), entonces aquel debe cumplirla, es decir debe intencionalmente evitar la realización del tipo. No hacerlo implica una imputación a título de dolo. En este caso, el objeto de la imputación y el fundamento de la imputación se manifiestan simultáneamente. Sin embargo, si el agente no reconoce la situación u oportunidad en la que se aplica (objetivamente) la norma de conducta (es decir, no posee capacidad de acción), entonces no puede seguirla, es decir, no puede intencionalmente evitar la realización del tipo. En este caso, el objeto de la imputación y el fundamento de la imputación no se manifiestan de manera simultánea. Este sería el presupuesto de la imputación extraordinaria, la que supone no identificar el momento precedente con la conducta creadora de un riesgo típico (como en el modelo de la tipicidad), sino con un comportamiento que ofrece una razón para que la responsabilidad por el propio defecto de imputación pueda aparecer como criterio de imputación de la realización del tipo. La imprudencia, por tanto, requiere, primero, de una conducta objetivamente antinormativa (la realización de un tipo de delito) cuya imputación a título de dolo queda excluida; y, segundo, la infracción imputable de una exigencia de cuidado (la incumbencia) cuyo cumplimiento aparezca como suficiente para asegurar la capacidad de evitación intencional de la realización del tipo de delito. La imprudencia como estructura de la imputación extraordinaria permite entenderla, en definitiva, como un asunto de imputación subjetiva y no como un problema de imputación objetiva.

El undécimo trabajo [«Norma de conducta y “supradeterminación” de cursos causales. Tesis sobre la causalidad alternativa» (pp. 159-164)] es de autoría de Jan C. JOERDEN. En esta contribución, él se refiere al problema de los llamados «cursos causales sobrecondicionados», reconocidos también como casos de «causalidad alternativa». Dado que el usual ejemplo que se suele emplear en este caso (el caso del «envenenamiento») no es en realidad un caso de causalidad alternativa, el autor propone un ejemplo que sí respondería a esa categoría: una máquina a la que se puede cargar de agua por dos puntos de llenado, la que luego fluye hacia un depósito recolector. El agua se agita cada hora y luego se pesa. Cuando se alcanza o se sobrepasa un determinado peso del agua, se activa un sistema automático que mata a una persona (por ejemplo: disparando a una multitud). Según JOERDEN, la activación de la «máquina asesina» se podría «sobrecondicionar» si dos personas al mismo tiempo (P1 y P2), pero de manera independiente, han vertido cada una la cantidad de agua que, en conjunto, pero también de manera individual, alcanza o supera el peso umbral medido por hora. El citado autor subraya que

en este caso no solo no concurre el *in dubio pro reo* (pues el peso del agua está siempre), sino también que la fórmula de la *conditio sine qua non* «entra en crisis»: las acciones individuales de P1 y P2 pueden descartarse sin que el resultado desaparezca (la acción del otro, P2 o P1, respectivamente, explicaría suficientemente la ocurrencia del resultado). Por ello, en lugar del recurso a la fórmula habitual de la causalidad, propone acudir a la llamada fórmula INUS para la determinación de la causalidad, así como a la prueba NESS. Estas se relacionan con la teoría de la condición mínima suficiente, que establece que todos aquellos hechos que son necesarios para una explicación completa del resultado deben ser causas de la ocurrencia del resultado. JOERDEN señala, sin embargo, que este enfoque tiene un problema: conduciría a demostrar que hay demasiadas circunstancias en el posible recorrido causal de un resultado. Conforme a eso, pese a que esa teoría tiene coincidencias con la teoría causal convencional (en el caso de que P1 hubiere vertido 1 litro de agua y P2 solo 100 mililitros, solo P1 sería causal del resultado: su conducta no se puede omitir sin que el resultado sea inexplicable), no siempre sería así: en el mismo caso P2 sí sería causa del resultado incluso si hubiere vertido 100 mililitros de agua (si P1 hubiere vertido 900 mililitros y P2, como se dijo, 100, P2 sería causa del resultado pues su contribución pertenece necesariamente a su explicación del resultado; incluso, dice JOERDEN, si P2 hubiere vertido solo una gota de agua a la «máquina asesina», también sería causa del resultado). Esto no se afirmaría en la teoría causal convencional, lo que podría explicar que JOERDEN la entienda como preferible: conforme a esta, la causalidad solo se da para aquellos hechos que son componentes de la (única) explicación del resultado conforme a leyes. Desde esta perspectiva, en los casos de causalidad alternativa, las acciones de P1 y P2 serían ambas causas de la ocurrencia del resultado. Con todo, JOERDEN aclara que, por razones lógico-causales, no se podría concluir que ambas acciones sean ambas causas individuales de la ocurrencia del resultado (la acción individual no es en absoluto irrenunciable para la explicación de la ocurrencia del resultado). Por ello, propone acudir a la imputación extraordinaria para solucionar el problema: si, por ejemplo, P1 sabía con certeza que P2 actuaría (por tanto, P1 conocía con certeza la causalidad alternativa), aunque falte una conexión causal ordinariamente imputable, la causalidad del resultado se le puede imputar extraordinariamente, pues él mismo fue responsable de la situación de causalidad alternativa a través de su conducta. Conforme a esto, JOERDEN sostiene que el autor individual podría ser considerado responsable de la muerte de la víctima en el contexto de una situación (genuina) de causalidad alternativa no por la vía ordinaria, pero sí por la vía de la imputación extraordinaria.

La duodécima contribución [«La posibilidad de la supradeterminación de cursos causales y su tratamiento jurídico. ¿Imputación extraordinaria o prueba NESS?» (pp. 165-176)] la realiza Thomas GROSSE-WILDE, quien, concentrándose también en el problema de la supradeterminación, analiza las dos propuestas de solución. Con respecto a la imputación extraordinaria, si bien manifiesta estar de acuerdo con las consecuencias de su aplicación, admite no estar conforme con la fundamentación ético-jurídica que implica. No solo porque reprocharle al autor la provocación de una situación de supradeterminación puede ser problemática desde la perspectiva del respeto al principio de culpabilidad, sino también porque podría pasarse por alto la consideración de la indemostrabilidad de su propia acción como condición necesaria, lo que implicaría una simple eliminación de dificultades probatorias. Esto, según GROSSE-WILDE, es tentador, pero, si bien la lógica distributiva (de un mal) puede ser tomada en cuenta en Derecho civil, en Derecho penal la imposición de un mal debe estar justificada por la culpabilidad individual. En definitiva, el referido autor critica a JOERDEN que su defensa de la imputación extraordinaria conlleva el peligro de un argumento de «pendiente resbaladiza». Por otro lado, y como alternativa a la imputación extraordinaria, GROSSE-WILDE sostiene que se puede considerar



a la prueba NESS, que establece que una causa individual no tiene que ser una condición necesaria para el resultado, sino que es suficiente un componente de una condición mínima necesaria según leyes generales. Al respecto, señala que, si bien la descripción que hace JOERDEN de la fórmula de la *conditio* es correcta, esa descripción se parece mucho a una prueba NESS. De hecho, GROSSE-WILDE dice que «toda *conditio sine qua non* es ya una causa según NESS». Sin embargo, el referido autor destaca que JOERDEN haya acertado en resaltar lo referido al criterio de la condición mínima. Al respecto, GROSSE-WILDE expone que en la lógica interna de la prueba NESS está que toda contribución, por mínima que sea, es un elemento NESS de una condición mínima suficiente, siempre que uno esté dispuesto a dividir más la condición suficiente. GROSSE-WILDE advierte, en todo caso, que la prueba NESS no es la fórmula milagrosa para resolver todos los problemas de imputación: no puede (ni debe) solucionar problemas normativos. La pretensión de la prueba NESS es, ante todo, ofrecer una definición empíricamente convincente de una única causa.

El decimotercer trabajo [«Tentativa como contradicción deficitaria de la norma» (pp. 177-193)] corresponde a Juan Pablo MAÑALICH, quien advierte la existencia de un paralelismo, no siempre tomado en cuenta, entre la tentativa y la imprudencia. Según él, ambas deben ser entendidas como estructuras de imputación que existen como formas de «error inverso». MAÑALICH se concentra en la tentativa, con el objetivo de ofrecer una clarificación teórico-normativa de ese concepto. Después de plantear su concepto de contrariedad a la norma y de justificar la determinación de una conducta como antinormativa desde una perspectiva *ex post*, y de explicar que la perspectiva contraria, que propone que las prohibiciones o mandatos han de ser formulados desde una perspectiva *ex ante*, confunde el contenido semántico y la función pragmática de las normas, MAÑALICH apunta que de su planteamiento se deriva que una persona puede haber actuado objetivamente de forma contraria a la norma, sin que al mismo tiempo merezca una crítica por ello, pues puede no haber tenido idea de encontrarse en una situación en la que tendría que omitir o realizar la acción respectiva. El caso de la tentativa es, precisamente, todo lo contrario: aquí falta, por parte del agente, una transformación de la norma (como motivo externo) en motivo dominante, lo cual es penalmente reprochable, aunque la conducta imputable al autor bajo la misma norma no es contraria a ella. MAÑALICH explica que, en la tentativa, hay una discrepancia entre la configuración del mundo y la representación del autor, sin que esto afecte el hecho de que aquel se ha comportado de una manera que no debería haber sido si es que hubiera reconocido la norma como premisa efectiva. Dejando claro que el concepto de tentativa no ha de identificarse con una realización «parcial» del tipo, MAÑALICH entiende que el delito tentado, situado al mismo nivel lógico que el delito consumado, debe ser comprendido como un «delito imperfecto», pues si el delito consumado es «el paradigma de la conducta punible», la tentativa, como «forma de conducta punible no paradigmática», es una muestra de congruencia performativa imperfecta: no hay coincidencia entre el valor explicativo de la conducta del agente y su configuración objetiva. En definitiva, si en un delito tentado no hay contrariedad a la norma, pero sí infracción de deber se podrá afirmar que al autor del delito en tentativa se le reprocha el haberse comportado de una manera que hubiere sido antinormativa si su representación predictiva del mundo resultante de su conducta hubiere sido correcta.

El decimocuarto artículo [«Dogmática jurídico-penal normológicamente fundada: ¿desde arriba o desde abajo?» (pp. 195-203)] es de autoría de LuíS GRECO. Este autor destaca la existencia de dos modelos claramente distinguibles en la doctrina referida a la teoría de las normas. Primero, el denominado «modelo 1» (que retoma el pensamiento de Armin KAUFMANN), en virtud del cual la concepción del hecho punible se refiere a una lesión de una así llamada norma de conducta (o

norma de determinación), cuyo alcance se determina de manera *ex ante*. Segundo, el llamado «modelo 2» (que recoge los planteamientos de KINDHÄUSER, entre otros), que, rechazando el punto de vista *ex ante*, propone que la infracción de la norma (entendida como prohibición de causación) se determina desde una perspectiva *ex post*. GRECO procede seguidamente a exponer las críticas que a cada uno de los modelos se hace (a grandes rasgos: mientras el modelo 1 le reprocha al modelo 2 el proponer un concepto de norma de conducta carente de efectos directivos, el modelo 2 denuncia que el modelo 1 posee un error categorial). Sin embargo, en la medida en que tales críticas, en opinión del citado autor, pueden ser refutadas conceptualmente, es posible decir que «ambos modelos no presentan errores de razonamiento evidentes». Por ello, GRECO sostiene que optar por uno de los modelos (ambos coherentes desde el punto de vista lógico) implica tomar en cuenta algo que va más allá de la lógica. Seguidamente, el referido autor se centra en la comparación de las expectativas de cada modelo (y cuál de ellos cumple de mejor manera las expectativas que se ha fijado), empleando para ello dos categorías concretas: la consumación («forma principal» del delito del modelo 2) y la tentativa («forma principal» del delito del modelo 1). Las reflexiones que al respecto ofrece GRECO le llevan a formular su propio diagnóstico: el modelo 1 funciona «de abajo hacia arriba» (desde la tentativa imprudente hacia el delito doloso consumado); por su parte, el modelo 2 funciona «de arriba hacia abajo» (desde el delito doloso consumado hacia la tentativa imprudente). En última instancia, atendiendo al criterio de la expectativa de cada modelo, GRECO declara su preferencia por el modelo 1 y no por el modelo 2: el modelo 1 es «expresión de la expectativa de que es prioritario marcar límites inferiores absolutos de responsabilidad penal», mientras que el modelo 2 «considera que la desviación del “caso normal” –el delito comisivo doloso consumado– necesita una explicación». El modelo 1, entonces, se encarga, desde el principio, de determinar el «límite mínimo de lo punible», algo en lo que, según GRECO, es «menos eficiente» el modelo 2, que presenta problemas, precisamente, en aquellas manifestaciones que representan un «desvío» de la «forma principal» del delito de ese modelo: la de la ausencia de dolo (en el que se acude a la «imputación extraordinaria») y la de la tentativa (en la que hay punibilidad sin infracción de la norma).

Norio TAKAHASHI es el autor del decimoquinto trabajo [«Norma de conducta y norma de sanción en la tentativa inidónea» (pp. 205-214)], donde señala que mientras en Alemania la tentativa inidónea se deriva mediatamente del § 23.3 StGB, no está reconocida en el CP del Japón, por lo que no se castiga. Esta situación establece una diferencia entre Alemania y Japón en lo que tiene que ver con la fundamentación del castigo de la tentativa: mientras en Japón la jurisprudencia y la doctrina dominante defienden una teoría objetiva, en Alemania la jurisprudencia y la literatura están influidas por la teoría subjetiva. TAKAHASHI destaca la importancia de la teoría de las normas: desde su punto de vista, no se puede desarrollar la teoría del delito ni interpretar analíticamente su estructura sin explicar el significado de las normas. Conforme a esto, anuncia su planteamiento: en la medida que la norma de conducta solo prohíbe una conducta y no un resultado, entonces al delito tentado y al delito consumado subyace la misma norma de conducta. El resultado no pertenece a la norma de conducta, sino a la norma de sanción. Por ello, el problema de la tentativa (en general y de la tentativa inidónea en particular) se resuelve tomando en consideración la norma de sanción. Y si esto es así, entonces la tentativa debe analizarse desde la perspectiva del fin de la pena. Este planteamiento lleva a TAKAHASHI a rechazar la teoría de la peligrosidad concreta (relacionada con la teoría de la prevención general negativa), la teoría subjetiva (vinculada a la teoría de la prevención especial) y la teoría de la peligrosidad objetiva (referida a una teoría de la retribución), para decidirse por la teoría modificada de la peligrosidad objetiva (compatible, según el citado autor, con la teoría de la prevención general positiva, que él considera la teoría correcta), en virtud de la cual se analiza el peligro concreto desde una

perspectiva objetiva *ex post*. Esta conclusión obliga a TAKAHASHI a mostrar su conformidad con la teoría objetiva defendida en la jurisprudencia y la doctrina dominante en Japón, pero que, según él, tiene que ser modificada, para que, de esa manera, se integren los conocimientos científicos en el juicio de peligrosidad y se conserve la punibilidad de la tentativa (pues con una teoría objetiva tomada «al pie de la letra» no habría más espacio para la tentativa en el Derecho penal).

La decimosexta contribución [«Aproximación teórico-normativa a la tentativa inidónea» (pp. 215-219)] es de autoría de Kai CORNELIUS, quien parte de las ideas expuestas previamente por TAKAHASHI, señalando que tomará cuatro argumentos expuestos por él y que los analizará desde la perspectiva del Derecho penal alemán. Primero, CORNELIUS le da razón a TAKAHASHI en lo referido a que la pregunta por la punibilidad de la tentativa (y, por tanto, de la tentativa inidónea) corresponde al nivel de la norma de sanción, pues esto determina en última instancia que se castigue una conducta que aún no ha generado un resultado. El fundamento para esto es: se ha de separar entre conducta y resultado, y solo la conducta (y no el resultado) puede ser prohibida por una norma (de conducta). Segundo, CORNELIUS está de acuerdo con la idea, señalada por TAKAHASHI, de que la norma de conducta sirve a la protección preventiva de bienes jurídicos, mientras que la norma de sanción, por el contrario, lleva a cabo la finalidad de la pena. Las disposiciones que regulan la punibilidad de la tentativa se asignan a las normas de sanción y por tanto sirven a los fines de la pena, que incluyen también a la prevención general positiva. Tercero, CORNELIUS apunta, siguiendo a TAKAHASHI, que ha de afirmarse la infracción de la norma de conducta cuando se produce un peligro general y abstracto (desde una perspectiva *ex ante*) para un bien jurídico (existiendo de esta manera una posibilidad abstracta para una lesión futura de un bien jurídico), por lo que la pregunta sobre la punibilidad de la tentativa correspondería a la norma de sanción y tendría que responderse desde una perspectiva *ex post*. CORNELIUS agrega que el peligro abstracto de una futura lesión del bien jurídico resulta del peligro para la estabilidad de la norma de conducta. Admite también CORNELIUS que la pregunta por la existencia de una infracción de una norma de conducta ha de determinarse respectivamente al momento de la conducta: la norma de conducta infringida en cada caso es idéntica en la tentativa y en la consumación. Si el resultado previsto por el agente realmente se produce es irrelevante: esta es una cuestión referida a la imputación objetiva que, en términos teórico-normativos, ha de corresponder al nivel de la norma de sanción. Cuarto, CORNELIUS considera que la teoría de la peligrosidad objetiva modificada presentada por TAKAHASHI es, desde el punto de vista de la teoría de las normas, consecuente. Esta aseveración, sin embargo, no podría trasladarse directamente a la regulación alemana, precisamente, por la forma cómo están configurados los §§ 22 y 23.3 StGB. En todo caso, CORNELIUS afirma que, si se considera, con la teoría de la impresión, que la tentativa afecta a la confianza de la comunidad en el cumplimiento de las normas de conducta (y, a partir de ello, de la paz jurídica), entonces la peligrosidad objetiva de la tentativa, por ser compatible con el planteamiento, sería también relevante. En última instancia, CORNELIUS sostiene que los planteamientos defendidos en Alemania (la teoría de la expresión, así como la teoría objetivo-subjetiva de la impresión, que es la dominante) y la teoría objetiva modificada defendida por TAKAHASHI no se encuentran muy lejos. Esta aseveración se obtiene del recurso a la norma de conducta y a la norma de sanción, asignando la punibilidad de la tentativa a esta última. CORNELIUS finaliza señalando que ello es una prueba de que la distinción normológica también puede tener sentido como un planteamiento general en el Derecho comparado.

El decimoséptimo texto [«Ley y norma en los llamados “delitos puros de omisión”» (pp. 221-238)] es de autoría de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, quien señala que las normas de conducta indican los que los ciudadanos deben hacer o abstenerse de hacer. Quienes defienden la existencia de esas

normas parten de que el juez debe cumplir dos tareas para la ejecución de la norma de sanción: primero, el juez debe determinar la infracción de la norma de conducta; y, segundo, el juez debe imputar responsabilidad por esa infracción. Más allá de esta afirmación, hay falta de claridad. Concretamente: se discute sobre la base de con qué criterios se puede determinar la infracción de la norma y la responsabilidad por la infracción de la norma. Según algunos autores, casi todos los criterios de la teoría del hecho punible se refieren (solo) a la segunda cuestión. Para otros autores es al revés: casi todos los criterios de la teoría del delito sirven para determinar cuándo se ha infringido la norma (pues una «infracción no responsable» no es una genuina «infracción»). Con otras palabras: según esta opinión, no hay un injusto no culpable. En todo caso, apunta SILVA SÁNCHEZ, lo que no está claro es el proceso de obtención de la norma de conducta, además de su estructura y contenido. Según un sector de la doctrina, la norma de conducta dice «está prohibido matar a otro», donde «matar a otro» se entiende como la descripción de un curso causal («causar la muerte de otro»). La norma que subyace al tipo de homicidio sería, por tanto, la infracción de una prohibición de causación («está prohibido causar la muerte de otro»). SILVA SÁNCHEZ señala que este planteamiento no solo conduce a una ampliación del ámbito de lo prohibido, sino que también trae consigo una doble limitación: primero, en la tentativa de homicidio, dado que no se ha causado la muerte de otro, no se infringe la norma de conducta; segundo, la omisión de la evitación de la muerte de otro tampoco infringe la norma de conducta, incluso si el omitente pudiera haber evitado la muerte y tuviera el deber de hacerlo. Este procedimiento, dice el referido autor, da varios pasos en falso. Dentro de ellos, aquí ha de ser destacado el referido a la propia comprensión del «matar a otro»: este no puede ser entendido desde una perspectiva causal, entre otras razones, porque una norma de conducta no puede prohibir la causación de un resultado, sino solo de una conducta de la que se pueda decir que, desde una perspectiva *ex ante*, puede conducir a ese resultado. Por ello, SILVA SÁNCHEZ subraya que la norma subyacente al delito de homicidio es «¡No realices una conducta que tenga el significado de “matar”!». Ahora bien, el autor citado advierte que la admisión de la existencia de una norma de conducta subyacente al tipo no quiere decir que aquella sea secundaria a los conceptos de acción y omisión: esta comprensión conduciría a entender, como hacía Armin KAUFMANN, que la prohibición prescribe una omisión y que el mandato prescribe una acción. Sin embargo, según SILVA SÁNCHEZ, no hay ninguna regla que establezca que la palabra «matar» en el tipo penal de homicidio implique necesariamente la infracción de una prohibición, es decir, se puede realizar el tipo de delito (de resultado de lesión, como el homicidio) mediante una omisión. En definitiva, SILVA SÁNCHEZ no recurre a las leyes de la lógica o de la física para definir qué es «matar», sino que recurre al lenguaje práctico, vigente en el mundo social y jurídico. Por ello, «matar» en sentido social es posible, si es que la acción omitida por el garante se produce de manera contraria a deber, siendo este el factor que expresa algo estructuralmente idéntico a la creación de un riesgo desaprobado y, conforme a ello, hace posible una equivalencia pragmática con el hecho comisivo.

En la decimoctava contribución [«Sobre la separación entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal» (pp. 239-248)], Volker HAAS explica que el injusto hace una referencia al autor, mientras que la culpabilidad, por su parte, es la ausencia de autodeterminación conforme a sentido por un sujeto capaz de esa autodeterminación. El juicio de desvalor de la culpabilidad hace un reproche al autor por no haber actuado correctamente, pudiendo haberlo hecho. HAAS se refiere posteriormente a la teoría de los imperativos y al muy conocido «problema del destinatario», que pretende ser resuelto generalmente con la idea de que las normas de determinación se dirigen también a los incapaces de culpabilidad. HAAS se opone a este planteamiento mayoritariamente aceptado. El autor avanza y reconoce que el problema del destinatario, en realidad, no obliga a abandonar la distinción entre injusto y culpabilidad. Con todo, señala también que tampoco sería

sostenible afirmar la existencia de un injusto sin que se hayan realizado los presupuestos de la culpabilidad. Frente al panorama descrito, HAAS plantea que solo quedan dos opciones. Primero, se puede defender la idea de que, por lo menos en el ámbito del Derecho penal, no sería admisible un injusto no culpable (lo que implicaría la aceptación de las premisas normológicas de la teoría de los imperativos). HAAS establece que este es el camino que ha seguido JAKOBS (cuyo planteamiento luego procede a criticar). Segundo, se puede defender la idea de un injusto no culpable (lo que supondría renunciar obligatoriamente a la teoría de los imperativos). Este último es el camino que sigue HAAS, al rechazar la comprensión psicologizante de las normas en la teoría de los imperativos. Si esto sucede, desaparece el motivo de la negación de la existencia de un injusto no culpable. El autor propone que las normas de conducta, protegidas penalmente, han de ser entendidas como pretensiones jurídico-públicas, que también se dirigen contra aquellos que no pueden acceder a la motivación. El cumplimiento de tales pretensiones, que la comunidad jurídica dirige a los ciudadanos, debe evitar la intromisión ilegítima en posiciones jurídicas (o bienes jurídicos). Desde esta perspectiva, HAAS advierte que la distinción entre injusto y culpabilidad adquiere un determinado sentido: la antijuridicidad de la conducta es exclusivamente decisiva si la sanción persigue el objetivo de hacer respetar preventivamente la pretensión jurídico-pública. En la medida en que, de *lege lata*, el prevalecimiento del Derecho se logra mediante las medidas de seguridad, los presupuestos típicos para la imposición de estas han de ser interpretados en consecuencia. Conforme a esto, la culpabilidad solo sería necesaria si al autor se le hace responsable de forma represiva (es decir, con una pena) por el quebrantamiento del Derecho. En última instancia, HAAS expresa su oposición a la justificación de la distinción entre injusto y culpabilidad a partir de la tradicional contraposición entre un «poder general» (*generelles Dürfen*) y un «poder particular» (*individuelles Können*). Señala entonces que ya en el injusto se toman en cuenta consideraciones individuales (dolo, infracción subjetiva del deber de cuidado). La culpabilidad, por tanto, es solo una cuestión referida a la capacidad de comprender el injusto y de actuar conforme a esa comprensión.

El decimonoveno trabajo [«Sobre la separación entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal. Sentido y límites en la ciencia italiana del Derecho penal» (pp. 249-256)] es de Vincenzo MILITELLO. El asunto que convoca la atención del autor es el referido a la separación entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad. Así, se pregunta: ¿se puede reconocer en la dogmática penal italiana una separación entre injusto y culpabilidad que, como sucede en Alemania, se derive de la distinción entre norma de determinación y norma de valoración? Conforme a esto, menciona los tres asuntos que desarrolla a lo largo de su contribución: primero, el contexto de los ordenamientos jurídicos italiano y alemán, tomando en cuenta tanto la cultura jurídica común como la larga relación existente entre ellos; segundo, una profundización de la compatibilidad de la distinción entre injusto y culpabilidad con el derecho positivo italiano y, finalmente, la comparación con la dogmática italiana del Derecho penal. En definitiva, MILITELLO expone que la distinción entre injusto y culpabilidad, si bien se reconoce en la dogmática penal italiana, no está acompañada de consideraciones teórico-normativas generales y tampoco se percibe como crucial para la solución de problemas más importantes a los que se enfrenta el penalista italiano. Ni el contexto, ni los factores dogmáticos o incluso el derecho positivo, han impedido que al menos una parte de la doctrina italiana haya reconocido la separación entre injusto y culpabilidad. En todo caso, MILITELLO señala que, una vez reconocida esa distinción, en Italia falta una profundización de los presupuestos teórico-normativos de cada una de esas categorías dogmáticas.

La vigésima contribución [«Teoría de las normas y sistema del hecho punible» (pp. 257-275)] está a cargo de Ricardo ROBLES PLANAS, quien expone tres concepciones del delito que, si bien parten de premisas normológicas parecidas, se desarrollan sin embargo notablemente de manera distinta: los planteamientos de BINDING, Armin KAUFMANN y MIR PUIG. ROBLES PLANAS pretende, en última instancia, siguiendo la tradición iniciada y mantenida por esos autores, presentar su propio planteamiento en el que se manifiesta con claridad la importancia de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción. El autor distingue un primer nivel de valoración (negativa) que surge de la contradicción de un suceso con el estado de cosas que el Derecho garantiza. Este primer momento (antijuridicidad objetiva) es limitado, pues el Derecho penal solo podrá valorar negativamente la producción de un resultado como manifestación de una conducta desaprobada. En un segundo momento se toman en cuenta los presupuestos de la antinormatividad (condiciones mínimas de libertad que deben concurrir en el agente para afirmar la infracción de una norma): volición básica (si falta, hay ausencia de acción o hay inimputabilidad absoluta, supuestos en los que se impide el acceso a la norma) y conocimiento (si esto falta por un error psíquicamente invencible, de tipo o de prohibición, tampoco habría volición, pues esta se encuentra precedida de un conocer). En este segundo momento se puede hablar propiamente de «imputación» (si la conducta expresa algún sentido, entonces se pasa al siguiente nivel de valoración). Finalmente, en un tercer momento, se produce un segundo nivel de valoración, consistente en un juicio de desaprobación de la conducta a la luz de la norma como juicio de valoración distinto al juicio de antijuridicidad objetiva. En este segundo nivel de valoración se toma en cuenta el contenido valorativo mismo de la norma de conducta; o, mejor dicho, las valoraciones contenidas en la norma de conducta.

La vigesimoprimera y última contribución [«¿Conclusiones normológicas equivocadas en la dogmática del Derecho penal?» (pp. 277-284)] es realizada por Alaor LEITE, quien afirma que en la doctrina penal parece haber la «vieja convicción» de que a toda teoría del delito subyace una teoría de la norma. Conforme a esto, la teoría de las normas no solo acompaña a la dogmática del Derecho penal, sino que también la hace avanzar. Con todo, advierte que aún hoy se discute sobre las tareas y, sobre todo, los límites de las consideraciones normológicas en el Derecho penal. En ese sentido, tomando en cuenta nuevos «modelos de hecho punible», aborda críticamente aquella convicción. LEITE señala que existen ciertos problemas fundamentales del Derecho que cualquier teoría de la norma pretende aclarar, procediendo a mencionar solo tres, para luego dedicar su atención a cada uno de ellos: la orientación a una lesión de una posición jurídica en lugar de la lesión de un bien jurídico, el abandono o renuncia de la distinción entre injusto y culpabilidad y la accesoriedad de la valoración jurídico-penal. LEITE indica que es un error derivar estas tesis de una teoría de las normas, pues no están vinculadas a ninguna teoría de la norma concreta. Asimismo, señala que la teoría de las normas no puede solucionar esos problemas, pero sí aclararlos. LEITE finaliza su contribución indicando que, en realidad, no hay una teoría de las normas, sino muchas teorías de la norma. La elección de alguna de ellas es una decisión valorativa que debe justificarse. Y esto es así pues la teoría de las normas «presupone un prototipo de hecho punible, y no al revés». LEITE manifiesta que la tarea de una teoría de la norma es «aclarar, y no oscurecer, el modelo elegido mediante su indiscutible potencial analítico».

Se trata esta de una valiosa obra, de contenido rico y sugestivo, que sigue la senda recorrida ya por algunas otras, colectivas e individuales, aparecidas tanto en lengua alemana como castellana, y que es una inmejorable representación del llamado «renacimiento» de la teoría de las normas, el cual puede ser entendido definitivamente como un «punto de no retorno» en la ciencia del Derecho penal, pues es predecible que cada vez más investigaciones, que han de tomar

necesariamente en cuenta las contribuciones de los autores mencionados en los párrafos precedentes, se pronuncien sobre diversos aspectos, generales o particulares, de aquella teoría. Uno de esos asuntos, como bien ha destacado GRECO en su aporte a la obra colectiva, puede ser el referido a la determinación de qué teoría de la norma resulta preferible. Esto ha de ser resaltado pues las dos posiciones en pugna sobre el asunto, distinguibles con bastante precisión (KINDHÄUSER por un lado, FREUND, por el otro), más allá del punto de partida común (una comprensión dualista de las normas), revelan, respectivamente, una muy distinta comprensión de la dinámica propia de la norma de conducta: por un lado, una «norma de causación» general, que prohíbe un resultado que, en caso de suceder, tendría que ser imputado al agente si es que este incumple un deber que, por cierto, se ha derivado de aquella norma mediante un silogismo práctico; y, por otro, una norma de conducta, pero no una formulada de manera «abstracta y general», sino una norma de conducta concretizada en el contexto y el destinatario, que es en cada caso formada por él mismo.

Más allá de las complejidades que se desprenden de estas demasiado mínimas definiciones de «norma de conducta» aquí ofrecidas, sí es posible encontrar dos asuntos que, por su relevancia, pueden ser aquí destacados brevemente. En primer lugar, la importancia de la comprensión de la norma de conducta como directiva: tanto si se atiende a una «prohibición de causación» de la que se obtiene un deber de actuar, como a una norma general de la que se obtiene una norma concretizada, queda claro que la norma constituye un instrumento orientador de conductas. Esto (que cierra la posibilidad de considerar la valoración como una «norma», pero que abre la discusión sobre el «cómo» de la relación entre la norma y la valoración) es reconocido ya, de manera más o menos clara, por varios planteamientos en los que la norma ocupa un destacado lugar. Segundo, la relevancia del concepto de imputación en el marco del estudio de la teoría de las normas. Al respecto, se puede decir que, más allá del mayor o menor «peso» que la teoría de la imputación desempeña en cada una de las posiciones en pugna, y de las dudas que todavía quedan por resolver (principalmente: lo relacionado a la llamada «imputación extraordinaria»), no cabe duda de que la «reaparición» de la teoría de la imputación ha sido uno de los factores que ha permitido una revitalización del interés por la teoría de las normas en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

En última instancia, obras como la aquí recensionada garantizan, por todo lo expuesto, que la teoría de las normas, por su capacidad de ofrecer nuevas soluciones a problemas antiguos, se convertirá, en los próximos años, en el hilo conductor de muchos de los grandes debates en el ámbito del Derecho penal.

***Nuria Pastor Muñoz, Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas***

Percy Vladimiro Bedoya Perales  
Universidad Católica San Pablo  
pvbedoya@ucsp.edu.pe

-

El riesgo permitido y el principio de legalidad son dos conceptos fundamentales en el análisis de la imputación y la legitimidad del Derecho penal. Tal es su importancia, que resulta difícil imaginar la criminalización de conductas y la atribución de responsabilidad penal sin transitar por estas categorías. No obstante, a pesar de mostrarse como instituciones ampliamente desarrolladas y consolidadas en la sistemática del delito, su contenido sigue mostrando desafíos metodológicos que impactan en su fundamentación.

Precisamente, en la obra de Nuria PASTOR se abordan estos desafíos, desvelando las cuestiones dilemáticas de la concepción ilustrada del principio de legalidad y el endeble aparato epistemológico que sostiene la noción de riesgo permitido en la fundamentación actual del injusto típico. Asimismo, la autora no se limita a realizar un análisis descriptivo del problema, sino que logra proponer una vía de razonamiento para afrontarlo. Para ello, establece como núcleo de su propuesta una categoría que denomina «la remisión a los estándares sociales de conducta», la cual se edifica como el cimiento principal de la criminalización normativa y la subsiguiente imputación de la actividad riesgosa. Así, tanto el principio de legalidad como el riesgo permitido deben estructurarse y establecer sus fines conforme a dicha categoría.

El trabajo se desarrolla a través de seis capítulos. En los dos primeros, se asientan las premisas que inciden en el dilema del principio de legalidad y se analiza el problema de la «remisión», propio de las denominadas normas penales en blanco. Aquí se parte del diagnóstico de la remisión como fenómeno que opera en extenso en la norma jurídica; ya sea para que ésta mantenga su estabilidad en el tiempo o para ajustarse a los sectores dinámicos de la sociedad (p. 15). Asimismo, se enfoca el análisis desde la novedosa figura de la autorregulación en sectores empresariales, la cual impacta en la relevancia penal de la práctica empresarial (pp. 16-19). Seguidamente, aparece el primer pilar que sostiene la tesis de PASTOR. Esto es, afirmar que la operatividad de la «*remisión penal no sólo es una cuestión reducida al tema de la lex certa; sino un fenómeno global que se constituye como elemento intrínseco en la definición de los estándares de conducta penales*» (pp. 23-24 – cursiva original). Para refrendar su postura, la autora se esfuerza en demostrar que el proceso de reconducción a un criterio complementario de la ley penal, es algo que se da en diversos niveles del injusto típico; por ejemplo, en la lógica del delito imprudente (donde se suele referir a un deber objetivo de cuidado que se determina en instancias extra penales) o en la dogmática del delito doloso, donde también se requiere dirigirse a un componente externo («valoraciones sociales») para concretar la conducta penalmente relevante (pp. 24-34).



En el capítulo III se desarrolla la cuestión relativa al «riesgo permitido». Aquí se puede identificar el segundo pilar de la tesis: el riesgo permitido –que supone el punto de partida de desvaloración de las conductas– se construye sobre la base de «las valoraciones sociales» a determinados comportamientos. De esta forma, se plantea que el riesgo permitido se configura como un puente que vincula el juicio de valor abstracto que se da en el ámbito social hacia la esfera del reproche penal. Con lo cual, la criminalización de la conducta viene a ser el resultado de importar al ámbito punitivo, «estándares de conducta socialmente desvalorados» (pp. 42-43).

En el capítulo IV, se desarrolla el alcance del principio de legalidad y la autonomía que tiene el legislador al positivizar la conducta criminal. En coherencia con la tesis que sustenta, la autora afirma que el rol del legislador penal no puede concebirse como un factor aislado que se legitima por la mera observancia de la reserva legal, sino que resulta imprescindible afirmar que la legitimidad de la injerencia punitiva se presenta cuando el legislador toma en cuenta los «estándares de conducta social». En cuanto al principio de legalidad, PASTOR cuestiona la capacidad de este para dotar de seguridad al destinatario de la norma (p. 52). En sus planteamientos, es necesario diferenciar entre la ley penal (formulación positiva) y norma de conducta penal (desvaloración social de la conducta). Así pues, la ley penal es sólo un aspecto de la norma penal que no alcanza a precisar el comportamiento que se espera de los ciudadanos, ya que para esto es fundamental remitirse a los criterios expresados como estándares sociales de conducta que se ven defraudados por el comportamiento delictivo (p. 55).

En los capítulos finales, se despliega el aparato epistemológico de la obra. Una vez establecido que la configuración del principio de legalidad y el riesgo permitido se deben edificar sobre el criterio de la «remisión a estándares sociales de conducta», la autora da respuesta a las objeciones que podrían oponerse a la lógica de la remisión que sostiene (capítulo V). Aborda así tres supuestos problemáticos de la remisión: el primero, referente a la privatización de la competencia legislativa que ocasionaría la remisión normativa. Se suele decir que al permitirse que otros cuerpos legales o sectores privados formulen los estándares de conducta; se estaría confundiendo el rol del legislador con el del destinatario de la norma, al consentir que sea él quien defina sus propios parámetros de comportamiento. Al respecto, la autora considera que el verdadero problema no radica en consentir que la precisión de la ley penal se dé desde otros ámbitos; si no en que esta potestad se realice exenta de todo tipo de control y sin tomar en cuenta los «estándares sociales de conducta» (pp. 62-68). El segundo problema se expresa bajo la idea que la remisión vulneraría la separación de poderes, ya que permite que sean las normas administrativas (correspondientes al poder ejecutivo) las que precisen el injusto típico. Sin embargo, aquí se plantea recordar que la ley penal no contiene la norma penal concreta; esta concreción la realiza el juez recurriendo a la dogmática; por lo que el recurso a fuentes externas termina siendo inevitable. Por tanto, el verdadero problema estaría en que se limite la potestad del juez para controlar estas normas en los casos en que no contengan una teleología claramente vinculada a los estándares de conducta (pp. 77-78). El tercer problema se refiere a la supuesta vulneración del mandato de determinación: se señala que tal menoscabo no existe, pues la lógica de la remisión es algo que opera en extenso en la constitución de todo tipo penal, pues claramente todos los tipos requieren que sus contornos sean completados por criterios que se hallan fuera del marco de la ley escrita (p. 86).

Finalmente, en el capítulo VI se establecen cuáles serían las fuentes que conforman los «estándares de conducta socialmente vigentes» y que a su vez dan contenido al «riesgo

permitido». En esta perspectiva, se señala que el riesgo permitido debe fundamentarse con criterios materiales vinculados a los estándares de conducta socialmente vigentes. Por esta razón, se analizan cinco paradigmas para estos efectos: a) el consenso formal; b) la utilidad social; c) la ponderación de intereses; d) la legitimación histórica; y e) la aceptación social o consenso normativo.

En primer término, se descarta la vía del consenso formal, pues fundar el riesgo permitido en la opinión mayoritaria genera problemas como es la injerencia en la esfera de libertades de las personas que discrepan de estos consensos (p. 91). El criterio de la utilidad social también es criticado, pues determinar el riesgo permitido sobre un «balance» en el cual se ponderen las ventajas e inconvenientes de la actividad riesgosa resulta ser un razonamiento metodológicamente impreciso ya que este cálculo sigue requiriendo de valoraciones sociales previas (pp. 93-94). En cuanto a la ponderación de intereses, se señala que este proceso implicaría que, tras un análisis en concreto, se admita la actividad riesgosa pues esta resultaría preferible en comparación de los intereses que se arriesgan; sin embargo, esta ponderación resulta impracticable, pues implicaría suspender la asunción de la actividad hasta concluir todas las ponderaciones posibles (pp. 95-96). Por su lado, la alternativa de determinar el riesgo a través de la legitimación histórica, supone que la sociedad admita como riesgos permitidos aquellas actividades que se consideren válidas en función a razones de identidad histórica. El problema con esto es que no toma en cuenta que la legitimación histórica no es algo estático, sino plenamente cambiante y por tanto no ayudaría a precisar el riesgo en sociedades tan dinámicas y plurales como las nuestras (pp. 99-101).

El camino del consenso normativo –que sería el paradigma asumido por PASTOR– postula que los estándares sociales de conducta deben edificarse sobre la aceptación social de aquellas actividades que los destinatarios de las normas consentirían más allá de sus preferencias personales (la llamada aproximación desde el «velo de la ignorancia»). Para esto, es necesario la existencia de una «normatividad social» que se genere sobre la base de una «racionalidad social» con fundamentos materiales. No obstante, definir esta racionalidad social sigue siendo metodológicamente complejo. Para lograr esto, lo que se debe hacer es aplicar un filtro material consistente en partir de todas aquellas consideraciones mínimas que para la sociedad no son disponibles (dignidad humana) y complementarlas con los criterios de la relatividad histórico-cultural del Derecho (pp. 106-110).

Son muchos los aspectos a rescatar de la obra de Nuria PASTOR. Principalmente, el propósito de aproximarse críticamente y desvelar nuevas perspectivas sobre tópicos tan desarrollados como son el principio de legalidad y el riesgo permitido; los cuales suelen asumirse como criterios absolutos, cuando se evidencia que sus contenidos no encuentran un fundamento metodológico pleno. Por esta razón, la autora propone que sean las «valoraciones y la racionalidad social» el fundamento de estas categorías; en particular, porque con esto se evitaría asumir y desplegar sus efectos de forma arbitraria.

Ahora bien, creemos que el recurso a las valoraciones sociales, como criterio absoluto que responde a esta necesidad de fundamentación, comparte el mismo problema que pretende solucionar; esto es, la ausencia de contenidos que determinen dicha racionalidad social. Al señalar esto, no nos referimos a la dificultad que supone encontrar un consenso general y unívoco sobre lo que la sociedad acepta o no (este aspecto es tratado con suficiencia por la autora); sino a lo que subyace a esta idea de racionalidad. En nuestra consideración, una

racionalidad socialmente vinculante –de existir realmente– no sólo precisa del filtro del velo de la ignorancia o de los mínimos indisponibles, sino que de manera principal requiere la identificación con un sistema de valores que sea la materialización de una sociedad unificada en identidad y sentido de pertenencia. Creemos que esto es necesario, pues trae a colación la idea del bien común político, sin la que no resulta posible hablar de una razón social de la cual participan todas las personas. Contrario a esto, el marcado individualismo y sentimiento de ajenez social que se halla presente en las sociedades modernas hace pensar que no sea posible encontrar una racionalidad social plena, sino diversos criterios que dependiendo de las circunstancias coincidirán o no; pero estos no expresan un criterio universal de valoración, salvo el que el propio orden jurídico impone y que la sociedad acata indefectiblemente.

Por otro lado, reconducir la legitimidad del principio de legalidad y la operatividad del riesgo permitido a la estimación social, pareciera maximizar la trascendencia que la opinión social presenta. Claramente la dimensión comunitaria y con ello el ideal democrático que rige la vida política de las personas, es un referente para las consideraciones jurídicas; pero esto no puede desconocer el factor pedagógico del Derecho penal y su función en la formación de parámetros sociales de conducta. Así, el contenido del principio de legalidad y el riesgo permitido que enmarcan el injusto típico, no sólo debiera fundarse en una valoración de estándares sociales, sino también en una valoración de estándares jurídicos (sobre todo porque son estos últimos los que sí logran ser socialmente vinculantes y exigibles). Siendo así, creemos que este complemento resulta necesario pues ayuda a contener la lógica de la racionalidad social, cuando esta podría valorar como positivas situaciones que se apartan de la dimensión de justicia material que inspira el sistema penal (los llamados mínimos indisponibles). Señalamos esto, pues es fácil constatar la existencia de aproximaciones relativistas en la fundamentación jurídica; incluso al tratarse de cuestiones mínimas como la dignidad humana.

En cuanto al contenido del riesgo permitido, ciertamente pareciera no existir un camino metodológico que precise su contenido de manera categórica. Sin embargo, pensamos que los intentos que se siguen al determinar las actividades riesgosas, no necesariamente suponen un proceder arbitrario, sino que, al igual de lo que ocurre en las medidas de política pública que se implementan para el desarrollo social, podríamos considerar que el contenido del riesgo permitido (que también impacta en este desarrollo) obedece a un criterio programático en su definición. Con ello, la remisión normativa dejaría de tener un cariz negativo de contrariedad a las garantías del principio de legalidad y, por el contrario, respondería a este criterio de fundamentación paulatina, convirtiéndola en un paso imprescindible que en todo caso contribuye a la perfección del sistema jurídico.

Con lo expresado, no se pretende rechazar la idea de la valoración social en la definición de los estándares de conducta. Hacerlo así, o desconocer la importancia del factor social en la sistemática jurídica, sería un despropósito. Es por este motivo que los planteamientos de Nuria PASTOR resultan tan encomiables y demuestran una brillantez significativa al deconstruir conceptos nucleares del Derecho penal y sobre todo al tratar de que sus categorías sean edificadas con claridad epistemológica. La obra objeto de esta reseña abre camino a muchos espacios de análisis, y hacen ver que en la reflexión jurídica son muy pocas las áreas donde todo está dicho.

**InDret**

4.2022

**Ezequiel Vacchelli, Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriadad, Atelier, Barcelona, 2020, 410 páginas**

Leandro E. R. Massari  
Universidad Nacional de Mar del Plata  
leandro.massari@pjn.gov.ar

Quizás uno de los ámbitos más complejos y apasionantes en la ciencia del Derecho penal sea la teoría de la imputación. Determinar «quién responde», «cómo», y en «qué calidad» cada interviniente no es tarea que se agote en nuestra disciplina, ni mucho menos. En ese cautivador terreno se encuentra la obra de Ezequiel VACHELLI, a quien conocí personalmente en el VI Encuentro de Jóvenes Penalistas organizado en la Universidad Nacional de Rosario (República Argentina) en el invierno del año 2019. En aquel momento, luego de escuchar e intercambiar ideas sobre intervención delictiva, advertí que me encontraba ante un «brillante y audaz penalista», adjetivación que supo rubricar Ricardo ROBLES PLANAS, una de las máximas autoridades de la dogmática penal actual (p. 18). Recuerdo que, en aquella oportunidad, el autor ya se encontraba trabajando en los ajustes finales de la obra que hoy me toca reseñar, la cual es producto final de su tesis doctoral, defendida en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

La obra es profunda, de alto y complejo nivel dogmático y se compone de cuatro extensos capítulos (caps. I-IV), dedicados al fundamento del injusto de la participación (I), la dimensión externa e interna de la accesoriadad (II y IV) y la intervención en la fase previa a la ejecución (III), más un capítulo introductorio dedicado a la presentación general del problema a estudiar —no enumerado— y las conclusiones finales (pp. 381-396). Por ende, corresponde adelantarle al lector que resulta una encomienda de imposible cumplimiento abordar y/o presentar las múltiples aristas que integran la investigación, quedando como única alternativa posible la selección unilateral y arbitraria de las principales conclusiones arribadas, que a mi juicio merecen ser presentadas.

Como bien adelanta el título de la obra, el autor se propone «dar un paso al frente» sobre uno de los ámbitos más oscuros y de mayor discusión en las últimas décadas de la dogmática penal: la intervención delictiva. Este ámbito es, en puridad, teoría de la imputación. Pero VACHELLI parece posicionarse —por fortuna— dentro del grupo de penalistas que desde hace tiempo pregonan al abandono definitivo de las categorías tradicionales de autoría y participación. Sin perjuicio de ello, se advierte que a lo largo de la obra se utiliza esta terminología de manera recurrente. Como contracara, el autor avanza hacia una mejor categorización de la problemática a través del término «intervención». Esto implica adoptar un criterio de análisis bajo la contemplación global de un suceso determinado, alejándose del concepto de «autor directo» como punto de partida, conforme con las posiciones tradicionales y mayoritarias de la doctrina.

Entonces VACCHELLI escoge al principio de accesoriadad para delimitar su significado y función a la hora de intentar determinar quién responde y en «qué» calidad debe responder cada interviniente cuando se presenta la grave problemática de intervención plural en el delito, esto es, cuando hay distintos intervinientes involucrados desde la fase de preparación, principio de ejecución y/o consumación del verbo típico. La génesis conceptual desde donde se edifica la investigación se encuentra en la teoría de las normas (esto es, concepción de la norma como «directiva de conducta» y fundamentación de la norma como «expectativa institucionalizada»). En ese orden de ideas, el autor entiende que el principio de accesoriadad cumple una función prospectiva en el ámbito de la norma primaria (de comportamiento); y una función retrospectiva en el ámbito de la norma secundaria (de sanción), en efecto, el principio de accesoriadad vendría a cumplir una «doble función».

En esta línea, se presentan dentro del marco del registro «prospectivo» las razones de por qué «son verdaderas hipótesis de participación el favorecimiento y la inducción en la etapa pre-ejecutiva, la intervención en cadena y los preceptos que adelantan la barrera de punibilidad antes del comienzo de la tentativa del hecho delictivo» y por el lado de la norma secundaria, el registro «retrospectivo» cumple la función de «insertar la actividad individual del agente en el contexto del colectivo, actualizando su significado como una unidad de sentido» (p. 26). Para finalizar este segmento, el autor explora la relación de dependencia inversa, en los niveles fácticos y normativos, del autor hacia el partícipe, lo cual le permite afirmar la existencia de una «accesoriadad reflexiva», concepto absolutamente novedoso dentro de la teoría de la intervención. Esto significa que, para VACCHELLI, el resultado cumple la función de expresar, de manera definitiva, el sentido social de un hecho como obra del colectivo, habilitando –en el marco de la norma secundaria– la imputación recíproca de aportes a todos los intervinientes. Entiendo que el autor al referirse a la «función de expresar» se acerca a la terminología propia de los penalistas hegelianos del primer tercio y mediados del siglo XX (v. gr. «expresión de sentido»).

Uno de los puntos neurálgicos del trabajo se advierte en la búsqueda que se realiza en torno a un principio de accesoriadad normativamente acuñado, que permita identificar y derivar consecuencias sistemáticas de los respectivos momentos individuales y colectivos del *iter criminis* (p. 145). Sin embargo, para ello, el autor no se inclina de manera «completa» ni por el modelo restrictivo ni por uno extensivo/unitario de autor. De ambos rescata valiosos aportes a la teoría de la intervención delictiva. En este plano, resalta del primer modelo mencionado, la postulación de que los tipos penales de la Parte Especial deben ser interpretados restrictivamente, lo que aporta un concepto material de delito como intrusión en una esfera de organización ajena (p. 382); en relación a la segunda postura, considera que acierta al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante, de su posterior valoración en tanto autoría o participación, así, entiende que se brinda una coordinada clave referida a que todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como destinatarios de la imputación (p. 382).

Se puede señalar que es poco frecuente encontrar un penalista que navegue por estas aguas y no circunscriba su propuesta metodológica a un modelo de autoría determinado. Si bien VACCHELLI reivindica parcialmente los modelos tradicionales, no parece proponer una alternativa de superación (en cuanto modelo puro de autoría) que logre romper con la perspectiva «autorocéntrica» que, desde «su» óptica, arrastran las posiciones tradicionales. Para él, el verdadero «test» para una teoría de fundamento del injusto del partícipe se encuentra en el universo de casos que abarquen la intervención en la fase previa a la ejecución, cuando todavía

no existe ni el autor ni el tipo (p. 88). Por ende, la metodología quedará delimitada a partir de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, tomando en cuenta la específica forma de participación.

Pero vale retornar al novedoso concepto de «accesoriedad reflexiva» ya presentado, y que concluye que, tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista normativo, el devenir de la imputación del hecho al autor también dependerá de lo que haya hecho u omitido el resto del colectivo (p. 387). Este sería el momento donde operaría la «accesoriedad reflexiva», entendida como doble registro que opera por un lado para el partícipe y por otro para el autor, ya que recién podrá alcanzarse esta distinción cualitativa una vez transcurrido el hecho objeto de imputación. Nos encontraríamos entonces ante un principio de accesoriedad entendido como un «vínculo bidireccional dinámico» entre todos los intervinientes que produce una síntesis de aspectos individuales y colectivos, que habilitarían de manera reflexiva la imputación recíproca de aportes entre todos los intervinientes (conclusiones generales, p. VIII).

La obra también se ocupa de los problemas vinculados al ámbito de la intervención pre-ejecutiva. Así, a los efectos de separar entre intervenciones anteriores o concomitantes a la ejecución de un hecho, se descarta un criterio espacio-temporal de intervención, optando por uno de carácter normativo. Las intervenciones pre-ejecutivas serán aquellas en las que «el inductor o cooperador se desentiende del porvenir de su actividad en manos del ejecutor antes del estadio de la tentativa punible y, cuando éste se alcanza, el partícipe es incapaz de evitar que se produzca el resultado de su acción de tentativa» (p. 388). Por otro lado, en las concomitantes se superpondrá la acción y el resultado de las infracciones de las normas de comportamiento de todos los intervinientes, es decir, coincidirán en el tiempo la acción individual de tentativa acabada y la obra colectiva que alcanza el estadio ejecutivo. Así, VACCHELLI concluye que «el criterio determinante no es la presencia física del partícipe en el momento y lugar del hecho, sino si conserva o no la capacidad de retirar su aportación o motivación en el instante en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo delictivo» (conclusiones generales, p. X).

En el núcleo de los delitos especiales, VACCHELLI sostiene que el principio de accesoriedad rige plenamente tanto en el ámbito de los llamados delitos especiales impropios como especiales en sentido amplio –o de posición-. Sin embargo, en estos últimos la relevancia penal de la conducta permanece supeditada a que la calidad especial exigida en el tipo concurra en alguno de los intervinientes (p. 395). En relación con los delitos de infracción de deber en sentido estricto, VACCHELLI entiende que el *extraneus* realiza una intervención paralela que no se articula en una unidad de sentido con el ataque del obligado especial. Dicho de otro modo, el *extraneus* infringe un deber general de no impulsar delitos por mano ajena, derivado de las normas de la Parte General, pero que, por no encontrarse sancionado con pena, no puede ser castigado (p. 369).

Si bien resultaría insatisfactorio intentar dar cuenta de la totalidad de las particularidades presentadas por VACCHELLI en el ámbito de los delitos de infracción de deber, por lógicas razones de extensión, entiendo que este segmento de la obra se presenta como uno de los más interesantes para el diálogo científico. En este aspecto, el autor es categórico al afirmar que la norma secundaria (de sanción) solo puede alcanzar al agente normativamente competente para la afectación de la institución (p. 371). En efecto, para que la norma de sanción pueda extenderse al *extraneus* habrá de tipificarse expresamente (p. 378). Sobre este punto, entiendo que podrían ampliarse los argumentos expuestos si lo que se pretende es desplazar definitivamente las posiciones que consideran, a mi modo de ver correctamente, que el *extraneus* bien puede

contribuir de manera esencial a la comisión de un delito de infracción de deber. Ello, ya que, si bien el *extraneus* no podrá infringir «un» deber de carácter institucional, por no poseer la calidad de obligado especial requerido por la norma, sí puede infringir un deber general (*neminem laede*), lo que habilitaría, a diferencia de los que plantea el autor, la imputación a título de partícipe sin inconvenientes (v. gr. caso del secretario del juzgado que confecciona la sentencia falsa). En efecto, la falta de tipificación expresa reclamada para la operatividad de la norma secundaria, no resulta un argumento determinante que imposibilite la imputación y sanción, por ejemplo, conforme a las reglas de autoría y participación que aporta la parte general del Código Penal argentino.

A estas alturas, el ávido lector advertirá la sofisticación empleada tanto en el plano metodológico-sistemático presentado, como así también la profundidad que va adquiriendo la obra con el correr de las páginas en cuanto a fundamentos. En ese sendero, VACCHELLI se adelanta y ofrece respuestas en los tópicos pertinentes, respecto a las propuestas que en grandes pasajes realiza parte de la doctrina mayoritaria. Así, continuando con los problemas derivados de la intervención *extranei/intranei* –ampliamente discutida en la doctrina– se presenta el comportamiento de los *extranei* que no poseen el deber como una intervención inocua en relación al tipo especial, lo cual fundamenta la aplicación de la norma secundaria (pena) en relación al *intranei*. Sin embargo, esta intervención –como dije– no estaría permitida, derivándose su antijuridicidad de las normas de la participación. En esta línea, VACCHELLI refuta la insatisfactoria conclusión que alcanza una parte de la doctrina, respecto de que la conducta de los *intranei* carecería de cualquier sentido delictivo.

Intentamos no permanecer inertes a propuestas de estas características que invitan a desarrollar el pensamiento profundo de nuestra comunidad científica. Para ello, se intentó hacer especial hincapié en el andamiaje teórico que ofrece el pensamiento del autor, por demás novedoso, en el ámbito de la teoría de la imputación. Sin duda, VACCHELLI ha ofrecido buenos argumentos para determinar «quién» responde, además de abordar en qué medida la responsabilidad de uno depende de la del otro. Aquellos penalistas inquietos por el estudio profundo de la dogmática penal se encontrarán con una rigurosa investigación, cuyos cimientos provienen mayoritariamente de Alemania y que, sin lugar a dudas, logra dar «un paso al frente» en el complejo y tan apasionante ámbito de la teoría de la intervención delictiva.

***Réplica a la Recensión de Roberto Cruz Palmera a Los delitos de cohecho antecedente, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas (InDret 3/2022)***

Cristina García Arroyo  
Universidad de Sevilla  
cgarcia21@us.es

-

La extensa y rigurosa recensión que realiza CRUZ PALMERA a mi obra titulada *Los delitos de cohecho antecedente*, en *InDret 3/2022*, denota una lectura detenida y pormenorizada. Por lo que no puedo más que manifestar mi agradecimiento por el esfuerzo realizado dado lo extenso de la obra recensionada. CRUZ PALMERA hace una descripción fiel por cada capítulo de la obra aportando en un breve resumen sus aspectos esenciales.

Aún con toda la loable labor descriptiva y analítica que realiza CRUZ PALMERA considero que en algunos puntos de sus consideraciones más personales sobre la obra difiere de la realidad que yo misma quise expresar, o simplemente es que mantiene una opinión contraria o distinta a la mía, cosa que no es más que la obligada tarea crítica y no meramente descriptiva de un penalista. No obstante, brindada la oportunidad de realizar una réplica, pretendo dar respuestas a dichas cuestiones que bajo mi punto de vista pueden servir para enriquecer el debate académico y doctrinal.

Ciertamente en el capítulo I, donde analizo el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho, presento una revisión doctrinal del bien jurídico para los delitos contra la Administración pública. En ella afirmo que como bien jurídico categorial para ellos y en especial en el delito de cohecho que debe ser el correcto funcionamiento de la Administración pública. Pero precisamente la tradición doctrinal de mantener en los delitos de cohecho una postura dualista obligó a que mi planteamiento se iniciara con las posturas de RODRÍGUEZ DEVESA, CASAS BARQUERO Y MESTRE DELGADO, pasando posteriormente a criticarlas y sostener una posición monista personalista del bien jurídico, identificando un único objeto de tutela para todos los delitos de cohecho. Para ello, parto de las teorías de RUDOLPHI y OLAIZOLA NOGALES, pero con importantes matices que expongo en la obra. Al contrario que la mencionada autora, no mantengo un bien jurídico mediato para llegar a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública, sino que sostengo que, de manera directa, es este bien jurídico el afectado y que, de diversas maneras, esta afección se refleja en los intereses individuales del ciudadano. Precisamente este es el punto esencial sobre el que va a pivotar la defensa o no de los siguientes capítulos en cuanto a la capacidad lesiva o no de la conducta típica respecto del bien jurídico.

En el capítulo II CRUZ PALMERA expone, con respecto a la naturaleza jurídica y las conductas típicas, que nos encontramos con delitos plurisubjetivos, y efectivamente esa es mi postura. Ciertamente considero que las conductas típicas vienen constituidas como actos comunicativos que necesariamente requieren la presencia de dos sujetos: el emisor y el receptor. Es decir, el ofrecimiento/petición de soborno debe ser emitido por alguien y dirigido a alguien en tanto que



acto de interlocución, que la doctrina más tradicional denominaba «pacto corrupto». Ahora bien, como igualmente señalo, su configuración como delitos plurisubjetivos de encuentro/participación necesaria no implica que todos los sujetos involucrados en el acto comunicativo en cuestión deban ser objeto de sanción, porque, en atención al principio de legalidad, resulta perfectamente posible que las conductas puedan ser cometidas unilateralmente por uno solo de los sujetos necesariamente involucrados. Es decir, el acto de comunicación en el que consiste el cohecho exige necesariamente la existencia de un emisor y un receptor, pero ello no impide que el mensaje enviado no surta efecto en aquel que lo recibe, de modo que su conducta no encontraría acomodo en el tipo penal, y ello determina que pueda consumarse un delito de cohecho activo y no uno pasivo o viceversa. Obviamente la complejidad de los delitos de cohecho, y la amplitud de los tipos que adelanta sobremanera la intervención penal a espacios periféricos a la efectiva lesión del bien jurídico, me hizo analizar el concepto de corrupción que apporto en la monografía y que CRUZ PALMERA valora como aportación enriquecedora. Pero bajo mi punto de vista también se debiera aclarar al lector que lo verdaderamente útil del concepto pasa por dotar un contenido para que de algún modo pudieran restringirse tipos penales tan amplios a conductas que de verdad supusieran por lo menos un peligro al correcto funcionamiento de la Administración pública. De esta manera, se entrega el castigo del resto de conducta a otras vías del Ordenamiento Jurídico como es el Derecho administrativo sancionador.

CRUZ PALMERA describe, en mi opinión, de manera brillante y acertada el análisis de los capítulos III (relativo a los sujetos del delito de cohecho), IV (objeto material del delito) y V (tipo subjetivo), sin que, en relación con sus afirmaciones, pueda realizar réplica alguna, por cuanto recoge fielmente lo por mí sostenido.

Sin embargo, al analizar el capítulo VI, que trata del *iter criminis* y los concursos, afirma que sostengo un estudio sugerente sobre la tentativa, porque «ese tipo incongruente es de dudosa legitimidad, dado que no representa la suficiente ofensividad al bien jurídico como para merecer una sanción penal; dicho de otro modo, afirma que la tentativa no representa la suficiente capacidad lesiva como para legitimar la sanción penal en el ámbito del delito de cohecho», a lo que sí cabe responder ya que nada más lejos de la realidad. Lo que afirmo es que el delito de cohecho deja poco margen a las tentativas, ya que las conductas son tan anticipadas que con la mera solicitud por el funcionario o el mero ofrecimiento por el particular ya supone la consumación del delito, puesto que es de mera actividad. Las ulteriores conductas en ese caso se sitúan en el agotamiento material del delito, salvo que la solicitud o el ofrecimiento nunca lleguen al destinatario. Por lo que en ese caso solo podemos pensar que se haga por escrito y no por acto locutivo y que se intercepte previamente a llegar al destinatario, o no llegase por cualquier otra causa, pero no hay mucho más margen de tentativa en estos delitos de mera actividad. Distinto es que, si ya *per se* la amplitud del tipo nos obliga a criticarlo en algunas de sus conductas más anticipadas, por la escasa lesividad al bien jurídico, no podemos más que seguir con esa línea y abogar por lo mismo respecto a las posibles tentativas. Se evita así recurrir al Derecho penal como *prima ratio*; abogamos por solucionar dichas conductas mediante la sanción en vía administrativa. Y esta es mi postura independientemente de que la opinión personal de CRUZ PALMERA sea otra, como manifiesta en la propia recensión, y por ello le lleve a criticar en cierto modo mi obra en este punto porque como el mismo afirma «nuestros planteamientos sobre la tentativa difieren». Pero bajo mi punto de vista las posibilidades previas a la efectiva comisión del delito deben quedar amparadas por las posibilidades de preparación y

los actos preparatorios en los delitos de cohecho no son punibles, por lo que de igual modo tampoco deberían serlo las posibilidades de tentativa que planteo.

No puedo compartir la afirmación realizada por el autor de la recensión relativa a su sorpresa por la ausencia de una propuesta de solución al problema de la corrupción, porque, como efectivamente reconoce, a lo largo de toda la obra las planteo; desde la instauración de un sistema de compliance penal en la Administración pública, una Administración pública digital y sin papel, y sistemas específicos de control eficaces en la propia Administración pública de carácter interno. Sin embargo, entrar en esos aspectos excedería con mucho el trabajo realizado, no sólo por su ya importante extensión y porque supondría un incremento desmesurado sino porque, y a ello no hace referencia CRUZ PALMERA, la verdadera esencia de la obra, su finalidad y planteamiento, radican en aportar una interpretación totalmente restrictiva, en aras del principio de *ultima ratio*, de los tipos penales de *lege data* y por alguna derogación *lege ferenda*. Y ello se sustenta, precisamente en el bien jurídico protegido con el que iniciábamos esta respuesta y en la capacidad lesiva de muchas de las conductas típicas descritas en los distintos preceptos penales que, en modo alguno, conllevan afección del correcto funcionamiento de la Administración pública. Todo ello entendiéndolo, como es mi caso, que la aportación científica de un penalista nunca puede ser meramente descriptiva por dogmática que sea, sino que debe responder en todo momento a una visión crítica desde el más puro respeto a los principios básicos de un Estado democrático de Derecho, esencialmente desde la perspectiva del principio de intervención mínima, que determinaría la necesidad de dejar al margen del Derecho Penal conductas carentes de la mínima peligrosidad para el bien jurídico, y su traslado al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Esa es, en mi opinión, la esencia de mi trabajo, la restricción, en lo posible, de la intervención penal a fin de respetar los principios básicos y esenciales de un Derecho penal propio de un Estado Democrático de Derecho. Y para ello, de manera pormenorizada se ha ido desgranando, uno a uno, cada elemento típico y sus posibles interpretaciones. Este planteamiento es el que ha presidido todo el trabajo y, por ello, se llegan a las conclusiones que se sostienen; y quizás esta es la parte que menos expone CRUZ PALMERA en su magnífica recensión, que aprovecho para agradecer por su especial interés y su exquisito y riguroso tratamiento con las discrepancias propias y sanas de cualquier penalista.