

## **ExLibris**

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

### **Recensiones:**

Recensión a Dyango BONSIGNORE FOUQUET, *La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 372 páginas, por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

Recensión a Percy GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed., Pacífico Editores, Lima, 2022, 943 páginas, por Ronald VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

Recensión a Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, 183 páginas, Ángel José SANZ MORÁN

### **Réplicas:**

Réplica a la Recensión de Nicolás Eduardo AYESTARÁN a *Teoría de las normas e injusto penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas (*InDret* 1.2023), por Alfredo ALPACA PÉREZ

Réplica a la Recensión de Eduardo RIQUELME PORTILLA a *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas (*InDret* 1.2023), por Giorgio Darío María CERINA

-

***Dyango Bonsignore Fouquet, La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal, Marcial Pons, Madrid, 2023, 371 páginas***

Leopoldo Puente Rodríguez  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 Leopoldo.puente@uam.es

Es difícil hacerse cargo del abuso con el que adjetivamos de «original» una obra hasta que uno se encuentra con un trabajo como el aquí recensionado, que merece en grado sumo tal calificación. Esta originalidad como rasgo característico de dicho trabajo solo compite con la profundidad de algunas de sus reflexiones y con el talento narrativo del autor, que dispone de una capacidad literaria fuera de lo común. La razón por la que la monografía resulta original es que, pese a abordar una temática «antigua» (la peligrosidad criminal), lo hace de un modo insólito. No debe esperar el lector encontrar en sus páginas una descripción al uso de la materia en la que el autor discuta con sus contemporáneos. La apuesta metodológica del trabajo es otra: se opta por un estudio histórico fuertemente influido por planteamientos *foucaultianos* (como el propio autor reconoce, p. 35, nota 41). Al decantarse por un enfoque así, el autor participa indudablemente de las virtudes de este método, que nos permite reexaminar categorías que hemos ya naturalizado a la luz de su explicación sociopolítica, aunque lo hace también, ocasionalmente, de una leve «vaporosidad», que dificulta en ocasiones distinguir la descripción de la crítica.

Para estudiar el objeto de su trabajo, BONSIGNORE esboza una genealogía del concepto de «peligrosidad» que encontrará tres puntos de apoyo: el pobre peligroso, el anormal peligroso y el terrorista peligroso. Estos «puntos de apoyo» conformarán el grueso de la obra y compondrán tres capítulos, que serán precedidos por una introducción y un capítulo preliminar y sucedidos por un último capítulo, dirigido, en palabras del autor, a ofrecer «una serie de reflexiones orientadas a centrar la atención sobre algunas de las maneras en que una investigación histórica de esta suerte puede sugerir vías interpretativas e implicaciones de interés para el presente» (p. 331).

En la primera de las secciones del trabajo («Introducción») se señala con claridad el objetivo y la motivación de la obra. Para BONSIGNORE, la explicación de la peligrosidad criminal ha sido, hasta ahora, «relativamente insatisfactoria» (p. 18), limitada, en muchas ocasiones, a una remisión estandarizada al positivismo criminológico, como si fuera este el origen de la categoría (más adelante, explicará que no solo no es el punto de partida, sino que constituye un «punto de llegada», p. 188). Así, el objetivo de la obra será «reexaminar este estado de cosas (...) mediante la *retroyección* histórica de los actuales arquetipos del “criminal peligroso”» (p. 18).

La segunda sección del trabajo («Capítulo preliminar») es aquella que resultará más familiar al penalista, pues, más allá de detallar la razón de la investigación ofrecida («una doble insatisfacción», aplicada y epistemológica, del concepto de peligrosidad, p. 20) y su metodología (que pasa por categorizar la peligrosidad como una «técnica de gobierno», que requiere de un

estudio histórico que trascienda lo meramente «jurídico», pp. 33 y ss.), el autor contextualiza su investigación en un marco contemporáneo. Además, anticipa la ya apuntada estructura del trabajo. Así, «se pretende evidenciar que, detrás de estas discusiones [...] subyacen procesos de largo alcance [...] Es el propósito de cada uno de los capítulos reconstruir históricamente este proceso [...] con el fin de mostrar el tipo de circunstancias políticas e ideológicas, económicas y sociales que [...] han hecho posible la emergencia de tales conceptos y, tal vez incluso, sigan ejerciendo algún tipo de influencia» (p. 41). Queda así listo para ser abordado el grueso de la obra.

En el «Capítulo I» («La pobreza peligrosa») se desarrolla el estudio de la primera dimensión señalada, para lo que se realiza, inicialmente, un análisis de la pobreza en el Medievo (pp. 44 y ss.). El motivo de la selección de la pobreza se expone desde un inicio: «el protagonismo que han tenido la miseria y la marginalidad como foco de atención de las labores represivas del poder» (p. 44). También se aclara la decisión por un «punto de arranque» tan remoto: «[d]urante este periodo emerge y se consolida una asociación que será difícil de quebrar (...) nace el nexo pobreza, delito, crimen» (p. 44). Este capítulo resulta sumamente interesante en su planteamiento, pues refleja diversas crisis políticas, sociales, teológicas, económicas y sanitarias (!) y el modo en que impactaron en la forma en que era entendida la pobreza y su vínculo con la peligrosidad. Igualmente, el impacto de la «cuestión social» en la aparición de centros en los que recluir a pobres de toda condición para desempeñar de modo coactivo actividades laborales, fruto de la expansión de la perspectiva protestante frente a la católica, resulta maravillosamente explicado (pp. 62 y ss.). En cualquier caso, ponderadamente, el autor no culpa solo al protestantismo de la expansión de estas ideas, sino que las conecta también con el desarrollo del «humanismo renacentista», que «entroniza a las clases acomodadas y cultas como prototipo sobre el que se extrae el hombre ideal» y que hace que «la riqueza dej[e] de ser vista como esa presunción pecaminosa de codicia para reaparecer bajo la luz de la virtuosa laboriosidad de la que es fruto» (p. 73). Por supuesto, toda esta cuestión evoluciona con el desarrollo económico y la llegada del modelo capitalista, que produce una «ampliación del concepto de pobreza» (p. 85), que comprenderá a más sujetos (genéricamente, al proletariado, p. 95). El capítulo ofrece una «síntesis» en la que se reelaboran algunas ideas previamente desarrolladas. Y concluye: «la evolución de la cuestión social ejerce como hilo genealógico fundamental del desarrollo de una de las manifestaciones más universalmente reconocidas de la peligrosidad criminal, a saber, la del delincuente reincidente» (p. 125).

El «Capítulo II» («Peligrosos anormales...»), por su parte, afronta el modo en que violencia y criminalidad contribuyeron, a través del tamiz de la psiquiatría, a conformar el concepto de peligrosidad. Explica el autor que «el peligro del criminal anormal es el reflejo de la mirada (fundamentalmente) médica que, a partir del siglo XVIII, irá adquiriendo competencia sobre espacios crecientes de la vida social» (p. 127). Este capítulo arranca con un acertado replanteamiento del origen de la medicina, que, como disciplina «sanadora», es mucho más moderna de lo que pudiera parecer y con una oportuna indicación acerca de las cotas de poder de control que esta disciplina (en sus distintas vertientes) alcanzó (pp. 128 y ss.). De forma bella expresa también Dyango BONSIGNORE el «problema del monstruo», aquellas personas que perpetran actos en los que confluyen «esa singular combinación de brutalidad y banalidad en la que lo absurdo y lo atroz se retroalimentan [...] casos en los que el horror no reside en el acto realizado tanto como en la imposibilidad manifiesta de explicarlo, de reconducirlo a una narración que permita apaciguar la angustia de que pueda volver a repetirse» (p. 150). De este modo, el «crimen sin razón» (p. 154) se erige en un problema central para las prácticas jurídicas y médicas. El auge de las disciplinas médicas orientadas al comportamiento humano acaba por

«naturalizar» la peligrosidad, dando lugar a un tránsito desde la figura de «miserable» a la de «degenerado» (pp. 160 y ss.). Con la vigencia del positivismo criminológico esta mezcla alcanza un punto culminante, pues en el «intento de construir la mejor sociedad no existe una distinción fuerte entre lo social y lo biológico» (p. 204). Todo este proceso condujo, en opinión del autor, a «un deslizamiento en la explicación de los problemas sociales y, en particular, en el lugar otorgado a la cuestión social» (p. 211). De modo que «[e]l positivismo italiano ofreció un argumento a través del cual despolitizar las relaciones sociales en todo aquello que atañe a la delincuencia» (p. 212).

El «Capítulo III» («Terrorismo y terror...») desarrolla la tercera dimensión de la peligrosidad abordada: el «terrorista peligroso». Se trata de «reflexionar sobre el terrorismo retrazando sus orígenes, de vincularlo a procesos sociohistóricos y, con ello, deshacer parcialmente la impresión de que se trata de una categoría autoevidente» (p. 216). Una de sus principales tesis se podría sintetizar así: «terrorismo» fue una etiqueta empleada para encapsular a la disidencia política violenta, particularmente anarquista (pp. 258 y ss.). Se pretendía responder a una suerte de «paranoia colectiva» que sobredimensionaba el riesgo de dicho fenómeno, pero que habilitaba reacciones diversas frente a él (p. 260). Para sustentar tal idea, se describirá lo violento del siglo XIX (pp. 216-217) y se rastrearán los orígenes de esta forma de violencia en la Revolución Francesa y sus derivaciones (pp. 218 y ss.). El terrorismo en una forma similar a la que hoy lo conocemos (atentado de carácter individual o, en cualquier caso, poco numeroso) tendría, en parte, su origen en «[r]econiliar la *necesidad* de revolución con su creciente *inviabilidad* en el mundo de la política de masas». Al final, la historia del terrorismo sería «*la historia de la violencia política en la era de la revolución imposible*» (p. 258). A la descripción del terrorismo anarquista (pp. 258 y ss.) se dedica el grueso del capítulo. Se compartan o no todas sus consideraciones, parece cierto que la lucha contra esta forma de violencia política dio lugar a una «evolución político-criminal del contraterrorismo, a saber, un considerable incremento de la profesionalización policial y de su funcionamiento como organismo de “inteligencia”» (pp. 288-289). Una de las tesis centrales de este capítulo será la de que «aunque la mayor capacidad para la violencia recaiga constantemente del lado del “orden” serán, finalmente, la masa y el terrorista quienes protagonicen la construcción simbólica del peligro» (p. 323).

El último capítulo de la obra («Pretérito continuo...») sirve de puente entre las consideraciones articuladas previamente y los problemas actuales. Se señalan en él algunas hipótesis sugerentes, como la de que «la atribución de peligro procede de un haz más complejo de relaciones que la mera constatación de cualidades “especiales”», reivindicando «la necesidad de tomar distancia respecto de la idea de que el uso de la categoría de peligrosidad responde principalmente a un uso descriptivo del lenguaje» (p. 330). Así, «la idea de peligrosidad funciona como un condensador de ansiedades y problemáticas diversas, históricamente situadas y de cierta complejidad» (p. 332).

Concluye el trabajo con una potente reflexión: el estudio realizado no permite determinar qué sujetos serán señalados como peligrosos como consecuencia de los cambios sociales, políticos y económicos que vivimos, pero «sí permite atisbar *negativamente* aquellos que *no* van a ser exitosamente estigmatizados (...) La experiencia histórica apunta a una consistente impermeabilidad de los colectivos socialmente dominantes a ser exitosamente señalados como peligrosos» (p. 342). La peligrosidad emerge así en su faceta «conservadora» o «estabilizadora»: es una técnica más para mantener un concreto *statu quo*.

Este capítulo comprende otras valiosas aportaciones que no puedo detallar aquí. Es una pena, eso sí, que, seguramente por las imperiosas restricciones de espacio a las que se habrá sometido la obra, este último y estimulante capítulo carezca del soporte de notas que acompaña al resto. Dichas notas hubieran permitido enmarcar más fácilmente al autor en el seno de una (minoritaria) corriente que, partiendo de premisas metodológicas diversas, acompañan al autor en parte de sus reflexiones (representantes de esta corriente serían MARTÍNEZ GARAY, CASTRO LIÑARES o BRANDARIZ GARCÍA, entre otros). Hubiera permitido, además, dar acogida a trabajos que defienden postulados discrepantes, como contrapuntos a su visión, que podrían resultar de interés para el lector.

Una última advertencia sobre el contenido de la obra merece ser resaltada. Como consecuencia del método expositivo y del estilo seguido, el libro que aquí se recensiona es más que un relato: es una unidad compuesta a su vez de muchos «microrrelatos» aparentemente desconectados, pero que conforman una imagen global. Resultan especialmente interesantes varios de estos microrrelatos. Lo es, por ejemplo, el del conflicto entre el cristianismo católico y protestante a la hora de concebir la pobreza y el modo de responder a ella. Mientras el primero se orientaba a la «caridad», el segundo trataba de articular variados modelos de «encierro productivo» (pp. 56, 62, 66 y ss., 73, 78 y 84). Apasionante resulta también la manera en que describe la incidencia del desarrollo médico sobre la legislación penal a través de su impacto sobre un primitivo «mercado de trabajo» precapitalista. Así, explica BONSIGNORE, diversas epidemias provocaban un descenso en la mano de obra que generaba un desfase entre la demanda de trabajo y su oferta; desajuste que encarecía el coste de la mano de obra, mejorando las condiciones laborales de los trabajadores. La legislación represiva frente a la «vagancia» (o similares) pretendía incrementar la disponibilidad de trabajadores, abaratando los costes de producción (pp. 53 y ss. y 86). Igualmente, resulta valiosa su explicación del modo en que la existencia de la prisión, que recogía en su interior «datos brutos» listos para ser procesados, contribuyó a la aparición de una emergente criminología (pp. 101 y 123).

Con todo, la excelente valoración que me merece la monografía no es óbice (como tampoco lo es el alto grado de acuerdo con el autor en muchas de sus conclusiones) para que tenga con su planteamiento algunos desacuerdos. No procede ahora adentrarse en todos, pero sí dejar alguno apuntado.

Uno de ellos parte de la selección de «peligrosidades» que el autor analiza (objeción que él mismo anticipa, pp. 41 y 343). Si no tengo dudas de que el «malvado peligroso» y el «terrorista peligroso» conectan directamente con el concepto de peligrosidad que actualmente manejamos, tengo menos certidumbre con la primera de las dimensiones: la «pobreza peligrosa» (reincidente o no). No creo que nadie hoy definiera al «carterista profesional» como un «delincuente peligroso». Aunque este sector de la delincuencia reciba un tratamiento particularizado, no parece que esta categoría amerite considerar a sus autores «peligrosos» y no, simplemente, «molestos». Me hago cargo del papel central que desempeña la «pobreza peligrosa» en la monografía, pues una de sus tesis centrales es la de que la peligrosidad ha sido una «distracción» para encubrir la «cuestión social». Es en la pobreza donde la «cuestión social» se percibe con mayor nitidez. Sin embargo, esa misma nitidez se echa en falta a la hora de trazar el vínculo con la idea hoy vigente de peligrosidad (criminal).

A la inversa, no me arroja duda alguna que la segunda dimensión («los peligrosos anormales») entronca rápido con la idea de peligrosidad criminal. Esta sí es la primera respuesta que ofrecerá

aquel a quien se interroga por la definición del peligroso: el psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo. Siendo esto cierto, resulta más discutible que aquí se emplee la categoría de peligrosidad con un propósito espurio en lo que a la «cuestión social» se refiere. BONSIGNORE señala: «[l]a hegemonía del planteamiento patológico, centrado en detectar, señalar y clasificar a los “anormales”, aboca a un segundo plano la desigualdad económica. Es la inadaptación natural del anormal la que lo conduce irremisiblemente a una posición marginal [...] y lo empuja a entrar en conflicto con el orden normativo civilizado» (pp. 211 y ss.). Participo de los miedos a la patologización excesiva. Y entiendo, también, que la situación descrita por el autor pudo ser aplicable en otro contexto histórico. Simplificando: el pobre no roba pan por disposición patológica alguna, sino porque, como a todos, le gusta comer. Analizar biológicamente a quien roba pan solo conduce, como magistralmente explica BONSIGNORE, a disfrazar de problema biológico lo que no es más que un problema social. «Temo», no obstante, que ese hilo entre patologización, delito y cuestión social se haya roto ya y que solo los dos primeros conceptos sigan vinculados entre sí. No se me ocurre cuáles son los supuestos en que hoy se encubra la cuestión social mediante la patologización (quizás porque sea un encubrimiento particularmente hábil o porque yo no sea demasiado perspicaz). Así, la segunda dimensión de la peligrosidad sería útil para ejemplificar el componente normativo del juicio de peligrosidad, pero poco provechosa para interpretar hoy el concepto.

Tampoco comparto, aunque sea una cuestión menor, la interpretación algo «deferente» que se hace del terrorismo anarquista del siglo XIX y principios del XX. No me parece ni que el temor al terrorismo anarquista fuera infundado (aunque se «aprovechara» para adoptar medidas injustificables orientadas a otros inconfesables propósitos), ni que la asociación entre anarquismo y violencia constituyera «una grosera exageración» (p. 260). Si partimos de que los referentes teóricos que componen la «triada *mainstream* del anarquismo» fueron Proudhon, Bakunin y Kropotkin y que del segundo señala el propio Profesor BONSIGNORE que «su posición con respecto a la violencia política ha sido habitualmente más compleja de desentrañar [que la del “pacifista” Proudhon]» (p. 261) y del tercero, como también confiesa el propio autor, que su posición sobre la violencia «fue ambigua y fluctuante» (p. 264), parece que esta asociación a nivel teórico resulta «poco grosera». En el plano práctico es más claro. Con independencia de los múltiples ejemplos de los que se sirve el autor (la «década de los regicidios», pp. 267 y ss., o del terrorismo anarquista en Rusia a finales del s. XIX, pp. 301 y ss.), el caso español resulta ilustrativo, pues el terrorismo anarquista se cobró la vida de al menos tres Presidentes del Gobierno: Cánovas, Canalejas y Dato (BONSIGNORE cita únicamente, por el marco temporal al que se ciñe, al primero de ellos, pp. 277 y ss.). No resulta, tampoco en la práctica, tan grosera la vinculación entre terrorismo y anarquismo.

En cualquier caso, el capítulo dedicado al «terrorista peligroso» presenta también un problema ulterior del que el propio autor se hace cargo, y es que la tesis (cierta) de que la etiqueta «terrorista» fue empleada con fines espurios para desplazar la «cuestión social» resulta inadecuada para explicar el terrorismo de corte yihadista.

Finalmente, y aunque el mismo BONSIGNORE se ocupe de matizarlo (especialmente, p. 342), es inevitable que la lectura del trabajo genere la impresión de que el concepto «peligrosidad» es casi exclusivamente «político». Existen muy buenas razones para defender que dicho concepto tiene un importante componente de esta naturaleza. Sin embargo, no parece que si alguien decide acabar con la vida de determinadas personas sencillamente porque no les importan y las concibe como obstáculos, la catalogación de este sujeto como peligroso fuera bien definida como

«política» (en la medida en que dicha catalogación existiría en nuestros modelos políticos más próximos pasados y futuros; sería «políticamente ubicua»). Es loable y convincente el esfuerzo de BONSIGNORE por señalar que la cuestión de la peligrosidad es *también* política, pero debemos cuidarnos (y el autor lo hace, pero podría no hacerlo el lector poco precavido) de pensar que es *solo* política.

Queden apuntadas las consideraciones anteriores como muestra del enorme interés de la obra y del potentísimo estímulo que muchas de las ideas de dicho trabajo pueden suponer para una discusión abierta. Por lo que a mí se refiere, es bastante el tiempo que (con mayor o menor acierto) he dedicado al tema de investigación de BONSIGNORE. Por eso me muestro especialmente complacido de que la lectura de su trabajo me haya resultado tan fructífera y enriquecedora. He aprendido (mucho) a lo largo de sus páginas. He reforzado varias de mis convicciones y puesto en tela de juicio otras. Nada más (y nada menos) debe exigirse a una obra científica. El trabajo de Dyango BONSIGNORE FOUQUET cumple ampliamente esas exigencias por cuanto lo hace de una manera excelente y supone un verdadero placer estético y una fuente de enseñanzas históricas.

**InDret**

2.2023

***Percy García Cavero, Derecho penal económico. Parte General, 4ª ed., Pacífico Editores, Lima, 2022, 943 páginas***

Ronald Vilchez Chinchayán  
Universidad de Piura  
Ronald.vilchez@udep.edu.pe  
-

Este manual representa, por un lado, el compromiso, dominio y maestría del autor sobre el Derecho penal económico y, por otro, la última versión –por ahora– de un trabajo que publicó por primera vez en el ya lejano 2003 y que ha seguido revisando y mejorando (en el 2006, 2014 y 2022 con la segunda, tercera y la vigente edición respectivamente). En la actualidad, Percy García Cavero es profesor ordinario principal de Derecho penal en la Universidad de Piura (Perú) y también abogado.

El autor afronta el estudio de la Parte General del Derecho penal económico a través de cuatro partes: fundamentos (caps. I, II y III), ley penal económica (caps. IV, V y VI), teoría del delito económico (caps. VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV) y consecuencias jurídicas del delito económico (caps. XV y XVI).

En la parte I, de fundamentos, dentro del capítulo I, el autor traza la evolución histórica del Derecho penal económico en el sistema continental europeo y peruano. Así también, aborda las cuestiones relacionadas con la legitimidad de la legislación penal económica considerando tanto las posiciones críticas (la del liberalismo racionalista y la escuela de Frankfurt) como a favor (el sistema teleológico de Roxin, el sistema funcionalista de Jakobs y el normativismo de Frisch). Este primer capítulo finaliza con la exposición doctrinal del Derecho penal de dos velocidades (pp. 89-91) y la toma de posición al respecto (pp. 91-93). En el capítulo II se traza una precisión terminológica («Concepto de Derecho penal económico»: pp. 97-102), la utilidad («La función del Derecho penal económico»: pp. 102-114) y delimitación del Derecho penal económico. En este último apartado se presentan tres puntos llamativos. Concretamente, el contenido de la materia bajo estudio, las figuras de dudosa incorporación y la relación con el Derecho administrativo sancionador. En el capítulo III dedica especial atención a los principios penales aplicables en el Derecho penal económico: de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos (pp. 141-153, destacando, en mi opinión, dos temas: la lesividad de los delitos económicos de peligro abstracto y la delimitación con las infracciones administrativas), *ultima ratio* (pp. 153-155), legalidad (pp. 155-181), culpabilidad (donde analiza con detalle la cuestión relacionada con la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; pp. 181-218), proporcionalidad (pp. 218-229) y resocialización (pp. 229-230).

En la parte II, de la ley penal económica, se encuentran tres cuestiones que complementan el desarrollo anterior referido a los fundamentos del Derecho penal económico. Así, se ocupa, en el capítulo IV, de dar cuenta de los criterios de creación de la ley penal, reflexionando sobre aquellos que corresponden a la perspectiva constitucional (p. 244), político-criminal (pp. 244-246) y jurídico-penal (pp. 246-248). También en esta parte de la obra, en el capítulo V, el autor

examina, en lo pertinente –un desarrollo mucho más extenso y completo puede encontrarse en su manual *Derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, 2019, pp. 247 y ss.–, la aplicación de la ley penal económica en el tiempo, materia en la que destaca la exigencia de la continuidad del injusto en caso de conflicto de leyes penales, los grupos de casos para determinar si existe o no continuidad (pp. 255-260) y las reflexiones sobre la determinación de la ley penal más favorable (pp. 260-261). En segundo lugar, analiza los aspectos relacionados con la ley penal en el espacio (pp. 271-287) y la aplicación personal de la ley penal económica (pp. 287-288). En el capítulo VI, se presentan los lineamientos sobre la interpretación de la ley penal económica y se da cuenta de dos perspectivas de análisis: la fáctica o económica (pp. 292-300) y la accesoria (pp. 300-307). Por último, también se encarga de los límites en la interpretación (conforme a la Constitución, prohibiendo la analogía *in malam partem*, y realizando un enfoque restrictivo).

En la parte III, referida a la teoría del delito económico, el autor comienza, en el capítulo VII, con una presentación de distintas perspectivas: criminológica (pp. 318-332), político-criminal (pp. 332-337) y jurídico-penal (pp. 337-356). A continuación, presenta directamente –a diferencia de lo que hace en *Derecho penal. Parte General*, 2019, pp. 351-385– el análisis, en el cap. VIII, de la imputación objetiva (pp. 359-428); en el capítulo IX, de la imputación subjetiva (pp. 431-482); en el capítulo X, de las causas de justificación o –como las denomina– de descargo de la imputación (pp. 485-519) concentrándose especialmente en aquellas que pueden resultar relevantes para este contexto y además problemáticas en cuanto a su configuración y entendimiento («Las situaciones de necesidad económica: El peligro sobre intereses patrimoniales económicamente valubles»: pp. 488-491; «El descargo de la imputación por medio de autorizaciones administrativas»: pp. 491-494; «La tolerancia de la administración»; pp. 494-497; y «Los actos permitidos por el ordenamiento jurídico»: pp. 497-501). Por último, en el capítulo XI, examina también la culpabilidad (pp. 505-519). En el cap. XII el autor «ajusta» los criterios generales de imputación previamente abordados a las particularidades propias de la organización empresarial. Es a partir de aquí –si cabe aún más– donde puede percibirse la maestría de GARCÍA CAVERO para exponer con claridad los temas referidos a la criminalidad cometida desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*: pp. 524-668) y la criminalidad cometida dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*: pp. 668-673). Se puede comprobar el trabajo de *adaptar* la teoría del delito en ambas clasificaciones, y eso le permite desarrollar, al mismo tiempo, un análisis –destaco aquí, por falta de espacio, sólo la realizada– dentro de la criminalidad cometida desde la empresa, sobre la responsabilidad penal de los miembros individuales, tales como propietarios, directivos de la empresa, miembros de los órganos de control interno de la empresa, mandos medios, trabajadores, asesores de la empresa (distingue, en función de la competencia infringida, entre delitos de dominio y de infracción de un deber). En este bloque sobre la criminalidad cometida desde la empresa, también aborda la responsabilidad penal de la empresa misma, destacando en este contexto el desarrollo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (según el sistema penal vigente en Perú) y brindando una alternativa de solución para decidir cuándo se les aplicarían las consecuencias accesorias o las penas. Su propuesta no pasa por reproducir lo que se ha realizado, por ejemplo, en España, sino que más bien reconoce que, debido a la singularidad que ha producido la existencia de la Ley núm. 30424, otro debe ser el camino («A mi entender, la única forma de conseguir una aplicación coherente de las sanciones y las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas sería encontrando el criterio de distinción en la diferente naturaleza jurídica que tienen»: p. 625). Desarrolla, adicionalmente, la fundamentación de la responsabilidad de la persona jurídica rechazando un componente de heterorresponsabilidad («La responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser siempre propia y, por lo tanto, sustentarse en un

fundamento autónomo de lo que permite la imputación penal a las personas naturales»: p. 628). En el capítulo XIII se estudian las fases de realización del delito económico, donde destaco la presentación que realiza sobre la tentativa (pp. 694-700). Concluye esta parte III, en el cap. XIV, con el concurso (de leyes o de delitos) en los delitos económicos.

En la parte IV, de las consecuencias jurídicas, se encarga, en el capítulo XV, de la pena, donde resalta su estudio sobre la punibilidad (pp. 746-756) y las penas a la persona jurídica según la Ley núm. 30424 (pp. 768-773). Finalmente, en el capítulo XVI, se ocupa de las consecuencias accesorias (el decomiso y las propias aplicables a las personas jurídicas: pp. 778-828) y de la reparación civil (pp. 829-841).

En general, en la revisión de esta obra aparecen algunos elementos que, siendo razonables en obras de tal magnitud, pienso que deben destacarse en una reseña. En primer lugar, que los resultados aquí recogidos son el fruto de largos años de estudio y estancias de investigación –gracias a la Fundación Alexander von Humboldt– que el autor ha podido desarrollar junto a grandes maestros y referentes del Derecho penal actual, como lo son los profesores SILVA SÁNCHEZ, KINDHÄUSER, JAKOBS Y KUBICIEL. En segundo lugar, que el dominio sobre los idiomas (inglés y alemán) le permite enriquecer el trabajo y ofrecerle así al lector perspectivas pertenecientes a tradiciones jurídicas distintas y dar cuenta de diversos argumentos –¡no solo desde el sistema penal peruano!– y propuestas de solución (dogmáticas, legislativas o de interpretación por parte de los tribunales) a las cuestiones planteadas. Y, en tercer lugar, la impecable redacción y presentación tan «natural» de cada uno de los temas consigue que la lectura sea muy cómoda y fácil de seguir (pese a la complejidad de la materia) gracias a los distintos ejemplos y aclaraciones que realiza tanto en el texto principal como en las notas al pie (en las que, dicho sea también, presenta una gran cantidad de citas de autores alemanes, españoles, peruanos, chilenos, argentinos). Cabe agregar que –quien esté familiarizado con los trabajos y estilo de GARCÍA CAVERO lo notará en seguida– las soluciones y su toma de postura siempre van un paso más allá, presentan muchas novedades (en este sentido, por ejemplo, ya el prólogo es un claro ejemplo de lo que representa esta 4.<sup>a</sup> edición) y dan lugar a mayores reflexiones útiles no solo a los académicos, sino también a los abogados en ejercicio.

El manual en su última edición gana mucho en claridad y en la exposición frente a lo que el autor presentó en la 3.<sup>a</sup> ed. Así, por ejemplo, da cuenta de esto la reorganización que ha realizado, en la parte I, integrando y reubicando apartados para formar los actuales capítulos I y II. También actualiza, y mejora –si cabe– la redacción e incorpora nuevas materias (por ejemplo, «Medidas para-penales»: p. 194; «El estado de necesidad preventivo»: p. 195; «La responsabilidad estructural o prevención reactiva»: p. 197; «La responsabilidad subsidiaria»: p. 198; «Un Derecho penal propio para las personas jurídica»: p. 198) y otro principio (el de resocialización: pp. 229-230) en el capítulo III. En la parte II, el capítulo IV se refuerza con la incorporación y ampliación de los apartados correspondientes a la adecuación constitucional, político-criminal y jurídico-penal para la creación de la ley penal (pp. 243-248). Las variaciones y mejoras que presenta el autor en la exposición de los capítulos V y VI son sutiles, aunque contribuyen a esa depuración que está buscando al concentrar toda la atención en lo directamente relacionado con el Derecho penal económico. En la parte III es un cambio notorio –como ya había mencionado– la eliminación del capítulo VIII («La acción»), aunque incorpora algunas de estas ideas en el actual capítulo VII («La perspectiva de análisis del delito económico»). Más adelante, modifica la ubicación del «derecho de no declarar contra uno mismo», que pasa del capítulo XI («Las estructuras de descargo de la imputación») en la edición anterior al actual capítulo XI («La

culpabilidad»). En la parte IV destaca frente a lo desarrollado en la edición anterior, la incorporación de un apartado relacionado con las penas de las personas jurídicas a la luz de la Ley núm. 30424, un espacio ideal para que el autor exponga su posición respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hasta aquí pienso que he dado cuenta de los suficientes elementos para afirmar que el manual del profesor GARCÍA CAVERO genera muchos temas de interés y abre las puertas para plantear distintos puntos de encuentro o de discusión. Aquí, sin perjuicio de las mayores precisiones que se pueden generar, me gustaría presentar dos reflexiones generales: La primera, sobre el juego que presenta el Derecho penal con la anticipación de su intervención. Y esto debido a que el autor menciona en repetidas ocasiones (y lo mismo hace en el momento de revisar los delitos en otros trabajos) que existe una especial predominancia de los delitos de peligro abstracto en el Derecho penal económico –como también advierte KUBICIEL– por eso, se ve en la necesidad de desarrollar la legitimidad, subclasificaciones (siguiendo la propuesta, entre otros, de WOHLERS de delitos preparatorios, acumulativos, de peligrosidad concreta) uso, ventajas e incluso nuevas variables (por ejemplo, los *Verhaltensdelikte*) de esta clasificación. Lo interesante aquí es que García Caveró señala –en mi opinión, de modo acertado– que el castigo del peligro abstracto no se hace sobre la base de una simple presunción legal ni por un estado subjetivo creado en la ciudadanía, sino más bien –asumiendo la posición de KINDHÄUSER– por perturbar las condiciones para disponer despreocupadamente del bien objeto de protección. Sobre el punto lo que podría afirmar es que esta postura tiene la ventaja de superar aquellos intentos por refundar el concepto de peligro y anclarlo sobre la base de un porcentaje o una presunción. No obstante, pienso que esa postura impide reconocer los matices de las subclasificaciones que el propio GARCÍA CAVERO reconoce previamente. La revisión y eventual reconfiguración del concepto de peligro –más aún en el contexto de los delitos del Derecho penal económico– se hace pues necesaria.

La segunda reflexión se presenta al desarrollar el distanciamiento que existe entre el Derecho penal (económico) y el Derecho administrativo sancionador, y que se deriva directamente de lo expuesto en el párrafo anterior. Nuevamente, el autor parte de una afirmación que aquí se comparte: la diferencia entre ambas ramas del Derecho público no puede fundamentarse, o no exclusivamente, en una diferencia cuantitativa. Pienso que, si bien puede coincidir la protección sobre el mismo bien jurídico protegido, lo que hay que tener en cuenta es la clase de conducta que se intenta reprimir y el contexto. No sería de recibo, por ejemplo, que bajo la configuración del Derecho administrativo sancionador descansa la imputación y la sanción de los delitos tributarios, de seguridad e higiene de los trabajadores o del fraude en la administración de persona jurídica. Incluso cuando no se esté frente a la producción de un resultado lesivo, y sí ante la configuración de un delito de peligro abstracto, es posible partir de una distinción de carácter esencial. Ahora bien, reconoce el autor que el problema de la delimitación puede darse frente a delitos formales o de mera desobediencia en tanto ya no hay una conducta «normativamente peligrosa», sino actos de desobediencia a la Administración. En mi opinión, ese justamente es el escenario adecuado para dar cuenta de una figura como la desvinculación –me he referido a esta en otro lugar: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, Lima, 2018– en la que el centro ya no es el peligro, sino más bien el rompimiento con aquellas instituciones o relaciones institucionalizadas propensas a ser cuestionadas.

Con todo, se trata de un trabajo que, junto con su Parte Especial (2ª ed. completamente actualizada y aumentada, vol. 1, 2015; vol. 2, 2015; vol. 3, 2016), constituye una potente obra de

lectura necesaria, pues supone una magnífica forma de acercarse y entender el funcionamiento, las peculiaridades y los retos del Derecho penal económico.

***Jesús-María Silva Sánchez, El riesgo permitido en el Derecho penal económico, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, 183 páginas***

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

-

Si hace ya una veintena de años, en otra reseña a una obra del profesor Silva, entendíamos «innecesario recordar» su «impecable trayectoria científica» (*Revista de Derecho Penal*, (2), enero 2001, pp. 293-297, 294; después, en *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 225-231, 227), qué decir ahora, cuando el número de sus aportaciones se ha incrementado desde entonces muy notoriamente, sin ceder un ápice, más bien al contrario, en calidad. Buena muestra de ello es esta última (hasta la fecha) monografía, que, pese a no ser demasiado extensa, constituye un completo repaso de los problemas nucleares de una categoría tan poco precisa como la del «riesgo permitido», análisis que, pese a lo que reza el título de la obra, no se limita al ámbito del Derecho penal económico, sino que adquiere alcance general.

Veamos cuál es el curso de la argumentación de SILVA SÁNCHEZ. El primero de los nueve capítulos en los que se divide la obra (pp. 15-43) se centra en la «delimitación del concepto de riesgo permitido», depurándolo «de las adherencias recibidas a lo largo de más de cien años» y «devolviéndolo a su origen histórico» (p. 17). Descarta, por «inmanejable», la comprensión amplia de aquél, que comprendería «la práctica totalidad de los riesgos penalmente atípicos, es decir, aquellas conductas que son peligrosas para un bien jurídico, pero no penalmente relevantes» (p. 18). Y, aunque «apunta en una dirección razonable», tampoco entiende SILVA correcta la limitación del concepto que nos ocupa «a una clase de conductas penalmente atípicas»; en concreto, «a aquellas en las que el argumento para la atipicidad es el criterio del interés social preponderante» (p. 20). Frente a ello, lo propio de la expresión «riesgo permitido» es «que sólo puede alcanzar a aquellas conductas peligrosas que son penalmente atípicas en virtud de ser jurídicamente permitidas. Más en concreto: formalmente permitidas por el ordenamiento jurídico extrapenal». Así pues, mientras que la tipicidad «es una categoría teleológica –específicamente penal– del sistema del delito», el riesgo permitido «viene integrado ya en la teoría general del ilícito» (p. 21). Particular interés tiene el estudio, emprendido a continuación (pp. 22 ss.), de la separación entre «adecuación social», concepto que «refleja la apertura del subsistema del Derecho penal al sistema de las normas sociales» (constituiría, por ende, «una manifestación de la costumbre como fuente del Derecho») y «riesgo permitido», que «expresa la apertura del subsistema del Derecho penal al subsistema formal de Derecho –público y privado– en el que aquél se integra». De ahí que cuando se trata de fundamentar la atipicidad penal de aquellos riesgos permitidos por el Derecho público o privado, se apela a los principios de unidad del orden jurídico y subsidiariedad del Derecho penal (p. 25). Se sirve SILVA, a continuación, de algunos ejemplos (pp. 27 ss.), que ilustran las peculiares relaciones existentes entre adecuación social y riesgo permitido. Y cierra nuestro autor este primer capítulo con una serie de epígrafes (pp. 32 ss.) destinados a avanzar en una idea central en la que se insistirá a lo largo de la obra: la importancia central que, tanto para la libertad como para la seguridad jurídica cobra la institucionalización del riesgo permitido mediante un sistema administrativo

regulatorio que ha tenido como efecto «desplazar la solución de los conflictos entre libertad de acción y seguridad de los bienes a un momento general *ex ante*»; lo que, a su vez, implica, en «términos sistemáticos jurídico-penales», el «traslado de problemas del ámbito de la justificación (es decir, del examen de cada conducta concreta) al ámbito de la tipicidad (de la clase genérica de conductas)» (p. 39). De este modo, «el marco de permisión de riesgos ya no viene dado por una ponderación de intereses en términos económicos-utilitaristas, sino por un análisis consecuencialista que tiene un horizonte más amplio, así como algunos límites deontológicos claros» (p. 41).

En el capítulo segundo se aborda el problema de la ubicación del riesgo permitido en el sistema de la teoría del delito (pp. 45-65), resumiendo, en una apretadísima –y muy clara– síntesis la «inestabilidad sistemática» (pp. 47 ss.) que aqueja a esta figura; se plantea incluso «si el riesgo permitido es una categoría dogmática o, sencillamente, constituye un criterio interpretativo que maneja el juez» (p. 47, y allí la nota 68). Como atinadamente advierte SILVA SÁNCHEZ, tal inestabilidad sistemática «no es un problema del riesgo permitido en sí, sino de la pretensión de los diversos modelos de teoría del delito de someterlo, más o menos forzadamente, a los corsés de sus respectivos sistemas» (p. 53). Concluye nuestro autor ubicando al riesgo permitido en la «doctrina del comportamiento desaprobado», de modo que, en algunos casos, la conducta «ni siquiera alcanza a ser típica» y, en otros, habrá que examinar el caso «a la luz de la doctrina de las causas de justificación», dependiendo «del distinto grado de concreción o especificación en la conducta» (p. 53). Tras ejemplificar con el Reglamento UE 1099/2009, de 24 de septiembre (pp. 53 ss.) y recapitular, de manera muy clara, lo hasta entonces expuesto (pp. 55-56), cierran el capítulo un breve excursus sobre el riesgo permitido y la teoría de las normas (pp. 56-58) y un epígrafe (de singular importancia en el contexto de la investigación) destinado al problema de la accesoriadad administrativa o civil, distinguiendo entre accesoriadad «negativa» y «positiva» (p. 58); lo ejemplifica con el problema del fraude de ley tributario (pp. 61 ss.) y cierra con un excursus referido a las denominadas «conductas neutras de intervención», aclarando cómo éstas «no coinciden exactamente con las socialmente adecuadas ni con los riesgos permitidos» (p. 64).

El tercer capítulo (pp. 67-85) aborda el problema del fundamento del riesgo permitido. Comienza aclarando (pp. 67 ss.) el sentido de la distinción entre «fuentes» del riesgo permitido, su «fundamento» (situado provisionalmente –y con matices– en el principio de interés preponderante) y «técnicas de apertura» del Derecho penal a las fuentes de permisión del riesgo. Aborda SILVA, a continuación, el problema del fundamento extrapenal del riesgo permitido, en cuanto «institución jurídico-dogmática clave de la “sociedad del riesgo”, es decir, del modelo social que identifica al mundo occidental de los últimos cincuenta años» (pp. 69-70), centrándose en el problema de la política de las decisiones de permisión de riesgos (pp. 72 ss.) y, en particular, en el contraste entre un modelo utilitarista del interés preponderante (según el cual, «un riesgo es razonable, y por tanto puede ser permitido, cuando los costes esperados de su permisión son inferiores a los beneficios que reporta tal permisión», p. 74) y las múltiples dificultades a que tiene que enfrentarse. Asimismo, se afronta la alternativa al modelo utilitarista que propone la aproximación contractualista (de acuerdo con la cual, «el criterio para decidir sobre la permisión de riesgos es un consenso social adoptado tras el velo de la ignorancia, de modo que se garantice la imparcialidad de todos los intervinientes», p. 79). Cierra el capítulo un esclarecedor estudio de los canales formales de legitimación de riesgos abstractos (pp. 81 ss.). Recuerda SILVA que «las regulaciones básicas sobre riesgos tienen que adoptarse de entrada mediante una ley formal, aunque es obvio que la dinamicidad de las decisiones requiere que la ley remita con cierta amplitud a las instancias inferiores». Pues bien, en esta tesitura, y tras mostrar las ventajas e

inconvenientes de uno u otro modelo, concluye que «el procedimiento administrativo de elaboración de normas resulta más adecuado que el proceso judicial penal de toma de decisiones», pues «aquél puede atender mejor a las alegaciones de los expertos y de los afectados, de modo que cuenta con más información». Aunque matizando, a continuación, que «en relación con los procedimientos de dictado de los actos administrativos quizá no se pueda decir exactamente lo mismo» (p. 84).

El capítulo cuarto (pp. 87-111) se refiere al papel central que cobra, en el contexto que nos ocupa, la técnica jurídico-administrativa de la regulación sectorial, la cual supone «adoptar una posición intermedia entre la libre permisión y la prohibición absoluta *ex ante* de una clase de riesgo» (p. 87). Tras exponer lo característico de esta técnica, concluye SILVA que «la integración del riesgo permitido es relativamente sencilla en aquellos ámbitos del Derecho penal en los que se ha ido introduciendo una cierta lógica regulatoria –esto es, un criterio distributivo–. En cambio, resulta casi imposible en los que mantienen con mayor pureza la lógica retributiva-represiva conmutativa» (p. 91). A continuación (pp. 92 ss.), estudia el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra la forma diversa en que opera la permisión jurídica –extrapenal– de riesgos según el tipo de delito de que se trate, analizando separadamente los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, contra bienes jurídicos patrimoniales y contra bienes personales intrínsecos. Y, en relación con estos últimos, insiste en «la necesidad imperiosa de distinguir entre las actividades abstractamente peligrosas para bienes personales y las conductas de puesta en peligro concreto de estos» (p. 100), concluyendo que «cuando en el marco de un riesgo permitido en abstracto, se suscita una situación de peligro concreto, grave e inminente para bienes personales, existe el deber de impedir que esta se traduzca en lesión» (p. 102). Cierran el capítulo un breve epígrafe relativo a la relación entre riesgo permitido y causas de justificación (insistiendo en que uno y otras «son expresiones de la misma noción –la permisión general de la conducta– en niveles sucesivos de especificación de la licitud de esta», p. 108) y otro en el que se ocupa con la relación entre riesgo permitido y creciente procedimentalización y automatización del Derecho (pp. 109-111).

El quinto de los capítulos en los que se divide la obra que nos ocupa estudia (pp. 113-131) las condiciones de permisión de un riesgo, de acuerdo con la siguiente estructura: 1) otorgamiento de una licencia o permiso; 2) posterior seguimiento de un sistema de reglas, orientadas a la minimización del riesgo; 3) en caso de advenimiento de un riesgo concreto para un bien jurídico intrínseco, cumplimiento de deberes de evitación de resultados sobrevenidos; 4) en este mismo supuesto de riesgos concretos, imposición de deberes o derechos de intervención protectora; y 5) en caso de producción de un daño, el pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil. Se van analizando estos distintos pasos introduciendo ejemplos esclarecedores del hilo argumentativo, alguno tan clásico como el «caso de los pelos de cabra». Y cierra el capítulo una reflexión (pp. 125 ss.) sobre la posición jurídica del sujeto amparado por un riesgo permitido; en particular, el modo en que «el advenimiento de un riesgo concreto, inminente y grave modifica en general la condición permitida del riesgo abstracto» (p. 125), con un breve excursus relativo a lo que sucede en el caso de la denominada responsabilidad por los productos (pp. 128 ss.).

El capítulo sexto, bajo el título «Un modelo de actuación para órganos judiciales» (pp. 133-151), aborda fundamentalmente cuestiones de técnica legislativa, analizando por separado las dos opciones a que recurre con mayor frecuencia el legislador penal en el contexto que nos ocupa: o bien refiriéndose al riesgo permitido «mediante cláusulas generales y que sea el juez penal el que

proceda a su concreción», opción que se manifiesta «en los tipos de delitos imprudentes, así como en aquellos tipos dolosos que incorporan elementos típicos de antinormatividad administrativa o civil»; o bien «mediante una remisión expresa –accesoriedad explícita– de modo que su concreción tenga lugar esencialmente en virtud del sistema de jerarquía de normas y actos administrativos», opción «propia de las leyes penales en blanco» (pp. 133-134). Obviamente, la primera de las técnicas es más flexible que la segunda. Estudia con detenimiento la labor que compete al juez en cada una de estas opciones «significativamente distintas, dado el diverso alcance del principio de legalidad en cada una de ellas» (p. 134). Resulta singularmente sugerente el estudio que dedica nuestro autor al denominado «efecto de bloqueo», en sus dos variantes, prohibitivo y permisivo, a que da lugar la técnica de la ley penal en blanco (pp. 144 ss.).

Los tres últimos capítulos del trabajo, de dimensión más reducida, se ocupan de diversas cuestiones complementarias. Así, el número siete, se ocupa (pp. 153-159) de los «riesgos ya no permisibles», es decir, aquellos supuestos en los que existe un auténtico «derecho de los ciudadanos a ser protegidos mediante el Derecho penal», de modo que deba hablarse de «vulneración de la prohibición de infraprotección», en caso de que aquel derecho «no se vea satisfecho o no lo sea de modo suficiente» (p. 154). El problema se dará allí donde se recurre «a la técnica legislativa de la ley penal en blanco en combinación con el peligro concreto para bienes intrínsecos de las personas» (p. 157).

El capítulo octavo, se centra en los problemas particulares que suscita la remisión a disposiciones no estatales (pp. 161-168), centrándose en dos problemas: el de la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, allí donde se nos encontramos una remisión «a disposiciones administrativas sectoriales de contenido “técnico” y, todavía más, las remisiones de esta últimas a las reglas técnicas» (pp. 164-165); y el relativo al «riesgo permitido condicionado en la actividad empresarial general» (pp. 165 ss.), donde el espacio del riesgo permitido empresarial, definido en el Código Penal (como sucede en el caso español: artículos 31 bis y ss.), o en la correspondiente ley especial, «puede ser luego integrado» de una de estas dos maneras: «mediante un reglamento –esto es, una disposición administrativa–», o bien mediante «disposiciones de origen privado». Pero con ello se vuelve a producir lo que ya antes ha subrayado SILVA: «en términos procesales, antes o después el cumplimiento normativo acaba siendo, paradójicamente, una *quaestio facti* y no una *quaestio iuris*» (pp. 167-168).

Y cierra este estudio un breve, pero sugerente, capítulo (el noveno), donde se aborda «el problema procesal de las cuestiones prejudiciales y sus consecuencias materiales» (pp. 169-174), centrándose en la oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la relación entre los artículos 4 LECrim. y 10.1 LOPJ, que conduce a que la jurisdicción penal proceda tratando las disposiciones administrativas de complemento como si estuviéramos ante una cuestión de hecho (p. 172); proceder que parece ratificar la «poco clara» posición del Tribunal Constitucional a este respecto (pp. 173-174).

Apenas es necesario insistir en las cualidades académicas del Profesor SILVA, que brillan de nuevo en la obra que nos ocupa. Como indicaba anteriormente, no estamos sólo ante una caracterización del papel que juega el «riesgo permitido» en el ámbito del Derecho penal económico, como parece desprenderse del título, sino ante una investigación de alcance más general sobre la reiterada categoría, con una clara sistematización de los aspectos dignos de consideración y una aportación bibliográfica muy completa, donde sólo echo en falta la muy reciente monografía –posiblemente no pudo por ello ser tomada en consideración– de la

profesora Pantaleón Díaz (*Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, 2022) sobre la relación entre los modelos de imputación de responsabilidad civil y penal, donde encontramos también sugerentes reflexiones sobre el riesgo permitido (*Delito y responsabilidad civil*, pp. 160 ss.) y, más allá de ello, sobre el sentido de la relación entre tipo y justificación (*ibidem*, pp. 211 ss.).

Entiendo especialmente atinado, en la monografía de SILVA, el que relativice, de entrada, el problema de la ubicación sistemática del riesgo permitido –más allá de la constatación de su fluida operatividad bien en sede de atipicidad, bien de justificación–, pues ello le permite centrarse en otros aspectos controvertidos –y menos estudiados– de esta categoría jurídica. No obstante, echo en falta una consideración más detenida de la relación entre riesgo permitido y teoría de la imputación objetiva, máxime teniendo en cuenta que, pese a las distintas variantes que ofrece esta última construcción dogmática, suele ser frecuente caracterizarla como exigencia de que –más allá de la conexión causal entre acción y resultado– «la acción haya creado un peligro, *jurídicamente desaprobado*, que se ha realizado en el resultado típico» (así, por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, pp. 33-48, 33, cursiva añadida); o, de acuerdo con la definición recogida en el influyente *Tratado* de Roxin, «un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico *no cubierto por un riesgo permitido* y este peligro también se ha realizado en el resultado concreto» (1997, § 11, nm. 38; trad. Luzón/Díaz/de Vicente; cursiva añadida).

Sí se adentra SILVA, por el contrario, y de manera muy sugerente, en el complejo problema –también en la esfera procesal– de la imbricación de las prohibiciones jurídico-penales en el conjunto del ordenamiento jurídico, que es abordado aquí desde muy diversas perspectivas. Predomina, eso sí, una caracterización preferentemente descriptiva, sin insistir tanto, por el contrario, en las implicaciones político-criminales. Así, por ejemplo, si bien aborda la distinta incidencia que cobran, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, los modelos de relación del tipo penal con la regulación extrapenal, sorprende que apenas se reflexione críticamente sobre lo que ello pueda comportar desde la óptica del proceso de «administrativización» del Derecho penal, cuestión que aparece como objeto central de su crítica en otras contribuciones de referencia relativas a la expansión en general del derecho penal (*La expansión del Derecho penal*, 2011, pp. 131 ss.), o al modo específico en que se está incorporando a los derechos nacionales el denominado «Derecho penal europeo» (véase, por ejemplo, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, (13), [enero 2004], pp. 138-150, 144, donde critica el surgimiento de una suerte de «Derecho penal de *autoprotección* administrativa», cursiva original).

Con todo, cabría oponer que la obra aquí reseñada trata de mostrar lo que sucede, sin entrar a fondo en la discusión de si ello es lo más adecuado o no desde la perspectiva de lo que deba ser un Derecho penal «correcto», categoría, por lo demás, de muy difícil precisión. Ésta parece ser la intención última de la obra: presentar los diferentes problemas implicados y no tanto tratar de darles una solución definitiva. Y de ahí también que en relación a alguna de las múltiples cuestiones planteadas nos gustaría encontrar una exposición más pormenorizada; por ejemplo, en lo relativo al problema central de cómo –y con qué exigencias concretas– una permisón general del riesgo en el ámbito extrapenal puede, sin embargo, transformarse en deber de evitación del daño en casos de peligro concreto para bienes personales, máxime si, como

acabamos de sugerir, situamos la idea del riesgo permitido en el contexto de la imputación objetiva de un resultado a la acción que genera el peligro ulteriormente concretado en aquél.

Sucede aquí que al lector –al menos ese es mi caso– este magnífico trabajo le sabe a poco y tras leerlo casi de un tirón querría seguir disfrutando de la diáfana y precisa argumentación de Jesús Silva.

***Réplica a la Recensión de Nicolás Eduardo Ayestarán a Teoría de las normas e injusto penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas (InDret 1/2023)***

Alfredo Alpaca Pérez  
Universidad de Extremadura  
aalpaca@unex.es  
-

Esta réplica debe iniciar de manera irremediable con un profundo agradecimiento a Nicolás Eduardo AYESTARÁN. Y esto no solo por haber dedicado su tiempo a la lectura de mi libro, sino también por destinar su esfuerzo y creatividad a la elaboración de una recensión en la que no solo sintetiza de manera acertada las ideas principales aparecidas en ese libro, sino que también formula algunas oportunas e interesantes observaciones a su contenido.

Parecen ser dos las observaciones que, en su recensión, AYESTARÁN hace sobre el planteamiento desarrollado en el libro. Primero, cuestiona la forma de comprensión de la norma que se sigue en la investigación: un mandato o prohibición que impone un deber a un destinatario idóneo en el caso concreto o en una específica situación. Acompañada de argumentos adicionales que en el libro pueden encontrarse, se propone en él la idea de que la norma no solo es fuente de deberes (norma como directiva de conducta), sino también de derechos (norma como expectativa de conducta). Pues bien, AYESTARÁN estima «problemática» la idea de que de la norma emanen expectativas de conducta si es que al mismo tiempo se considera, como se hace en el libro, que la norma no es una de carácter «abstracto-general».

Al respecto, del contenido del libro se desprende una comprensión de la «expectativa normativa» como un derecho a esperar de otro un determinado hecho, y no como una pauta («norma» como una regularidad social o como «metáfora expresiva» del mantenimiento del sistema, en palabras de SILVA SÁNCHEZ), propia del planteamiento del llamado «funcionalismo radical». Por ello, cuando AYESTARÁN indica en su recensión que «para la existencia de una expectativa, es necesario partir de la base que las personas se comportarán de acuerdo al rol que desarrollan», parece estar pensando desde una perspectiva funcionalista de base jakobsiana, la que, pese a su valioso contenido, decididamente no se sigue en el libro.

En el libro advertí expresamente que el planteamiento en virtud del cual la expectativa que genera una norma no puede ser comprendida como un eufemismo de la tradicional y aún dominante opinión consistente en que la norma es «abstracto-general» o, dicho de otra manera, que «se dirige a todos». Si la norma impone un deber en una situación concreta, es en esta en la que se producen efectos hacia todos los que se encuentran dentro de los contornos de esa situación. Y esto es así pues, a mi modo de ver, a la dimensión prescriptiva del Derecho penal le deberían interesar solo aquellos escenarios concretos en los que precisamente sus normas despliegan sus efectos directivos. Para utilizar un ejemplo ofrecido por KINDHÄUSER: a nadie se le ocurriría decir que quien se encuentra sentado en un sofá leyendo el periódico está

«absteniéndose de matar», es decir, actuando conforme a la prohibición del homicidio. Es cierto que una expectativa puede ser vista desde una perspectiva general, pero eso aún no dice nada sobre la expectativa que genuinamente le ha de interesar al Derecho penal: la que se refiere al caso concreto. Por eso, que haya ciertas expectativas generales de conducta no quiere decir necesariamente que haya una norma que permanentemente esté obligando a actuar de esa manera. Esto ya había sido manifestado por Armin Kaufmann mediante su célebre distinción entre norma y deber.

Por tanto, si se considera «útil» que una norma impida que una persona «se inmiscuya en una esfera de organización ajena», tal utilidad solo sería de relevancia para el Derecho penal en un caso concreto. Cuando AYESTARÁN, en su recensión, indica que las normas «establecen pautas para regir la agencia», teniendo por tanto aquellas una vocación de «generalidad», creo que pierde de vista el hecho de que no necesariamente una pretendida generalización de los efectos de una norma equivale directamente a la generalización de los sujetos que deben seguirla. Precisamente, que una norma puede ser tal no por la generalidad de sus destinatarios sino por la generalidad de sus efectos (es decir, porque puede obligar a cualquiera que, cumpliendo ciertas condiciones personales, se encuentre en una situación *concreta*) queda claro, por ejemplo, en el planteamiento de FREUND, quien propone denominar al deber individual (o, como también le llama, a la «norma concretada») sin más como «norma».

El planteamiento en virtud del cual rigen normas en abstracto se explica por un argumento consecuencialista: si el Derecho penal tiene un fin preventivo (protección de bienes jurídicos), entonces sus normas han de ser lo más «amplias» posible, pues así, por razones de conveniencia o necesidad, se garantiza la protección de bienes jurídicos más allá de la discusión referida al destinatario de la norma (esto es, si este pudo o no motivarse por ella). Este argumento, que va asociado frecuentemente con la idea de que una norma, para ser tal, ha de ir necesariamente acompañada de la correspondiente conminación penal (el denominado «modelo de la sanción», desarrollado ampliamente en el libro), tiene, como última consecuencia, la absorción de la teoría de la norma por la teoría de la pena (convirtiéndose esta última en la única importante).

La segunda observación que indica AYESTARÁN consiste en que, en el planteamiento normológico defendido en el libro, aparentemente se «soslaya» el «carácter de co-configurador de la norma» que los partidarios (el autor de la recensión habla de «muchos exponentes») de la doctrina clásica de la imputación «le asignan al destinatario». He de confesar aquí que no logro comprender por completo la anotación que AYESTARÁN hace. Y esto pues, si el autor de la recensión se refiere, por ejemplo, a HRUSCHKA (como exponente de la doctrina clásica de la imputación y a quien con toda justicia se le ha reconocido como el autor que la ha «rescatado» para el Derecho penal contemporáneo), no consigo localizar en el planteamiento de este algún argumento que haga posible considerar que, al destinatario, en palabras de AYESTARÁN, se le «asigna» el «carácter de co-configurador de la norma». Por el contrario, en ese planteamiento, la norma (o, mejor, la regla de comportamiento) que, en el ámbito de la *applicatio legis ad factum*, es confrontada con el hecho (el resultado de la *imputatio facti*), ya está configurada sin participación del agente: cuando HRUSCHKA habla de la regla de comportamiento en su función de configuración, no indica en ningún lugar una necesaria observancia de las condiciones del destinatario para definirla. Más bien, es en el ámbito del primer nivel de imputación (posterior al de la regla de comportamiento en su función de configuración) donde se atiende al agente y se extrae de él únicamente la consideración de si estuvo o no en una situación de *vis absoluta* o de desconocimiento de las circunstancias del hecho (es decir, si concurre o no en él alguna causa de exclusión de la

imputación). Pero esto sucede, como es claro, en el ámbito de la imputación y no de la prescripción. En última instancia, aquí no puedo más que reiterar lo sostenido en el libro: que el planteamiento de HRUSCHKA, pese a advertir dos funciones de la norma, se concentra más en la segunda (función de baremo de medición) que en la primera (función de configuración). Esto no es más que la consecuencia del propio planteamiento del referido autor: el recurso a la imputación y la afirmación de su carácter constitutivo.

De cualquier manera, incluso si AYESTARÁN se estuviera refiriendo a KINDHÄUSER (quien, si bien sigue el planteamiento de HRUSCHKA, lo enriquece con consideraciones propias de la filosofía analítica del lenguaje y de la acción), la referencia que él hace a la «asignación al destinatario de la norma de un carácter co-configurador» tampoco me queda muy clara. En ese sentido, incluso en el ámbito de la imputación de primer nivel, en el que KINDHÄUSER recurre al silogismo práctico, el destinatario de la norma no parece «co-configurarla», sino simplemente no adoptarla como una razón excluyente para la acción, al ser la conclusión del silogismo práctico una conducta que es precisamente opuesta a la conducta que el agente llevó a cabo (lo que explica que esta conducta sea, en el planteamiento de KINDHÄUSER, «contraria a deber»). En este punto, naturalmente, se puede discutir si es que la conclusión del silogismo práctico, que se refiere a la conducta que se tenía que realizar para actuar conforme a la norma (lo que demuestra una necesidad meramente práctica de obrar de cierta manera) puede comprenderse como una conducta obligatoria. Pero no me parece que AYESTARÁN se esté refiriendo a este asunto, sino a una «co-configuración» de la norma por parte del destinatario, lo que, a mi modo de ver, difícilmente podría afirmarse en el planteamiento de un autor que, como KINDHÄUSER, desde un primer momento quiere separar con claridad («analíticamente») el contenido y la función de la norma.

En todo caso, si no he entendido mal, AYESTARÁN parece también objetar que en el libro se evite o se eluda «la tarea de valorar si lo actuado por el destinatario de la norma se condice con el mensaje imperativo propugnado por esta (lo que) formaría parte de la operación que integra la doctrina de la imputación, conocida como *applicatio legis ad factum*». Al respecto solo podría remitirme a lo indicado en el libro: la *applicatio legis ad factum*, como categoría situada entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, parece ser una comparación o contrastación entre un hecho y una regla de comportamiento (la *applicatio legis ad factum* parece quedar satisfecha con decirle al agente si ha actuado conforme o contrariamente a la regla, es decir, de manera antijurídica), lo que, a mi juicio, no equivale necesariamente a una valoración.

Más allá de todo lo indicado, la recensión de AYESTARÁN y, sobre todo, el interés y la agudeza que este demuestra con las valiosas reflexiones expresadas en ella, deja algo muy claro: que sobre la teoría de las normas aún hay mucho que decir. Que en los últimos años hayan aparecido varias obras, colectivas e individuales, en lengua alemana o castellana, y que se pronuncian, en mayor o menor medida, sobre las diversas facetas y aspectos de la discusión sobre la teoría de las normas, revela el rol protagónico de esta en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

***Réplica a la Recensión de Eduardo Riquelme Portilla a El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas (InDret 1/2023)***

Giorgio Dario Maria Cerina  
Universidad de Extremadura  
gcerina@unex.es

-

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a Eduardo Riquelme Portilla, quien se ha tomado la molestia de comentar una monografía de la que he sido autor. Agradezco también a la revista *InDret* que no solo ha tenido a bien publicar la reflexión de mi colega, sino que me ha dado la oportunidad de «replicarle». Y lo agradezco sinceramente porque el debate me parece *per se* enriquecedor, especialmente cuando se me da la oportunidad de confrontarme con alguien con quien comparto un genuino interés académico. Y, de hecho, mi colega empieza su reseña subrayando precisamente este común interés, insistiendo en la relevancia del problema a cuyo estudio ambos hemos dedicado algún tiempo: la corrupción.

Y he aquí nuestra primera diferencia: me reprocha RIQUELME que, en las anotaciones introductorias, en dos páginas (con cierta prisa, por lo tanto), advierta yo al lector de que, a lo largo del libro, usaré las palabras «corrupción» y «cohecho» como sinónimas. *Pas grave*, según mi colega, «aunque», en su opinión, «hubiera sido *deseable*» (cursiva mía) que precisara que «la relación entre la corrupción y el cohecho es de género a especie». El problema es que yo no lo creo *deseable* (*rectius*: «conveniente»). Las razones las explico en otro estudio (*La insoportable levedad del concepto de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020) que RIQUELME amablemente menciona, pero cuyos argumentos no discute, por exceder del objeto de su recensión. Dado que el espacio del que disponemos suele tener límites (tanto ahora como en el libro objeto de la recensión) me parece preferible remitir a quien tenga interés en el debate terminológico a ese otro estudio; y ello porque (lo que, por otra parte, resta algo de dramatismo a la discrepancia) de cara al trabajo que ahora comentamos, no considero (ni consideré cuando lo escribí) esencial «convencer» al lector, sino que me basta con que, quien lee el libro (mientras lo lea), haga el esfuerzo de entender la palabra «corrupción» como equivalente a «cohecho» (o, si prefiere, «soborno»).

La misma respuesta he de proporcionar a mi amable colega frente a otra «falta» que me apunta: la relacionada con la problemática inherente a la distinción entre cohecho activo y cohecho pasivo que (en la obra que él reseña) apenas señalo. Aquí también, como traté el tema en el otro estudio ya citado, lo que hago es remitir al lector a ese lugar. Eso sí, en la monografía que ahora comentamos expliqué (someramente, es cierto) por qué no me parece esencial adentrarme en una discusión que, a mi modo de ver, sigue (que no precede) lógicamente a la inherente a la acotación del bien jurídico protegido. Puede que no lo haya hecho con suficiente claridad. Así que tomo nota de la observación y me apunto entre los «deberes» publicar cuanto antes mis reflexiones sobre la naturaleza unilateral o pluripersonal del delito de cohecho.

De más calado me parecen las observaciones de RIQUELME acerca de la tesis principal que defiende y, sobre todo, de sus consecuencias (*de lege lata*, pero, sobre todo, *ferenda*). Y aquí, quisiera aclarar que, en mi opinión, si bien es cierto que discrepamos a la hora de acotar el argumento que lleva a ello, las diferencias que el autor quiere ver en el resultado que conlleva adoptar mi postura respecto de la suya... sencillamente no son tales. Para explicar la incompreensión de la forma más breve y gráfica posible, empiezo por algunas de las conclusiones que mi amable colega me imputa: la falta de lesividad del cohecho i) impropio (hacia cuya «punibilidad», según RIQUELME, yo sería «crítico»); y ii) del parlamentario que «vende su voto» (en cuyo comportamiento, según mi amable colega, yo no vería «nada reprochable»). En el libro comentado, la idea central sobre la que construyo mi propuesta me lleva a concluir justo lo contrario que lo que se me reprocha. Concretamente, que la corrupción impropia es delito de lesión del bien jurídico protegido (apartado 5.5.1.2); y que el cohecho del «político» afecta también al bien jurídico protegido (apartado 5.5.5.2). De hecho, mi reflexión parte justamente de los problemas con los que se las ha tenido que ver quien, a la hora de aproximarse al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, no se ha conformado con genéricas referencias a la honradez, lealtad (o similares) del funcionario público o al prestigio de la Administración pública, sino que, con la Constitución en la mano, *mutatis mutandis*, ha preferido optar por ideas reconducibles a la imparcialidad o al correcto funcionamiento de la Administración pública. Puesto que, para que el delito se consuma, no se precisa realizar el acto del cargo objeto de la compraventa corrupta, ¿se trata entonces de un delito de peligro abstracto? Y, si el acto del cargo es delictivo, ¿no es acaso el cohecho la tipificación expresa de un acuerdo para delinquir penado a menudo más que el delito-fin? Y ¿qué imparcialidad o elemento del funcionamiento de la Administración se afecta cuando el acto del cargo pactado (o que se intenta pactar) es el mismo que se hubiera realizado sin el cohecho? ¿Y si no se pacta ningún acto concreto, sino que el soborno se admite en consideración a la función?

Ciertamente, como señala (con razón) RIQUELME, lo que caracteriza mi propuesta es la presencia, al lado de la «imparcialidad», del adjetivo «procedimental», que hace referencia al procedimiento de toma de decisiones. Con eso, he pretendido desplazar el foco desde el acto (corrupto) pactado al propio pacto (corrupto) que, en definitiva, es lo que el legislador penal proscribía cuando tipifica el cohecho. Así, la referencia al «procedimiento» evita los problemas que ha tenido quien, primero, ha identificado el bien jurídico protegido por el delito de cohecho con la imparcialidad, y después ha tenido que explicar cómo un acto válido (igual al que se hubiera dictado sin el soborno) puede también ser parcial: en el cohecho, lo parcial no es necesariamente el acto, sino el procedimiento que lleva a su adopción.

Pero ¿qué quiere decir «procedimiento de toma de decisiones»? Tengo la sensación de que (seguramente por mi culpa) se ha entendido que me refiero al conjunto normativo extrapenal que regula las formalidades a las que se halla sometido el funcionario. Algo parecido al de orden administrativo (RIQUELME lo califica de «reglado»). Pero, según digo expresamente (apartado 5.4.3, titulado «El procedimiento de toma de decisión como algo distinto al procedimiento administrativo»), no deben confundirse. Y no tanto porque pueda haber un cohecho penalmente relevante frente a un procedimiento administrativo formalmente correcto, sino porque i) el concepto penal de funcionario público impone la búsqueda de un sustrato «procedimental» que vaya más allá de la idea administrativa de función pública, que abarque al poder legislativo y al judicial, al acto reglado y al discrecional; y ii) es evidente que la disciplina de la LPACAP en materia de nulidad del acto administrativo (en particular, los arts. 47.d y 125.1.d) no puede esgrimirse como fundamento de la sanción penal del cohecho (sobre todo, impropio); lo que, una

vez más refuerza iii) la necesidad de centrar la atención en algo distinto a la legalidad formal del acto del cargo. Con otras palabras, quizá de manera menos «formal», me refiero a las pautas subyacentes a la toma de decisiones (estén más o menos «regladas»); y estas resultan completadas (más que reforzadas) con la tipificación del cohecho. Simplificando la cuestión, el delito de cohecho (tipo básico) no necesariamente sanciona penalmente el incumplimiento de la normativa extrapenal que regula el procedimiento de toma de decisiones, sino que inserta en este procedimiento una regla más: que se lleve a cabo sin sobornos. Y, según trato de argumentar en los apartados 5.4.1, 5.4.4 y 5.4.5, lo hace porque (y, en tanto en cuanto) la interferencia que se sustancia en el soborno penalmente típico merma (de forma especialmente grave) la imparcialidad que ha de tener este procedimiento, menoscabando así la legitimidad de la decisión en la que desemboca (sea la misma conforme o contraria a Derecho). Por tanto, si se toma en serio la referencia al «procedimiento», ya no puede decirse que, habiendo «corrupción», a la vez puede haber «respeto del procedimiento».

En definitiva, no defiendo la irrelevancia penal del cohecho impropio y del cohecho del político. Mi insistencia en diferenciar la imparcialidad que el pacto corrupto proyecta sobre el proceso de toma de decisión de la que se refleja en el acto objeto del pacto corrupto me permite no solo legitimar la tipificación del cohecho impropio (en el que, por ejemplo, el acto del cargo pactado resulta ser el mismo que se hubiera realizado sin soborno) y del parlamentario (que acepta un soborno para realizar un acto propio de su cargo, incluso si, como quieren algunos, se acepta que, sobre ese acto del «parlamentario», poco o nada puedan decir los tribunales), sino también (apartado 5.5.4), el cohecho de facilitación (eso sí, con algunos arreglos interpretativos o *de lege ferenda*). Y, de hecho, como intuye mi colega, el cohecho del parlamentario (*rectius*: del político) es un banco de pruebas especialmente apropiado para la propuesta: como dice RIQUELME, aquí, desde un punto de vista formal-externo, «la decisión del corrupto en nada se diferencia de la decisión del que no lo es» (*ictu oculi*, el problema atañe al ejercicio de cualquier poder discrecional). De ahí que, quien pretenda fundamentar la sanción de la corrupción del parlamentario en el contenido de su acto, encontrará serias dificultades que la referencia al «bien común» resuelve solo si se prescinde de cualquier ulterior pregunta acerca del «interés político» (así lo denomina RIQUELME). Si, en cambio, se enfoca la cuestión utilizando las lentes de la legitimidad del acto del político que presupone una dialéctica que implica una ponderación de intereses llevada a cabo con cierta imparcialidad (¡procedimental!), deviene plausible ver en el cohecho un elemento perturbador difícilmente compatible con la búsqueda de un *output* racionalmente aceptable (para la ciudadanía).

El autor de la recensión prefiere situar el desvalor de la corrupción del político en la motivación («lo que inspira la decisión») económica («percepción de una ganancia indebida») del corrupto. Pero resulta claro que, si la «motivación» es el «conjunto de factores que determinan en parte las acciones de las personas», una vez puesto el foco en los factores «externos», obtenemos algo que se parece al (o es parte del) «procedimiento de toma de decisiones».

En realidad, por tanto, la discrepancia con mi colega puede reducirse al componente valorativo que descalifica la motivación/el proceso de toma de decisión corrupto. RIQUELME lo cifra en «el interés económico»; yo prefiero hablar de «parcialidad». En primer lugar, no creo que se pueda presumir *iuris et de iure* que el interés económico es contrario al interés general; en segundo, por lo menos *de lege lata*, hay cohecho incluso si lo que mueve el funcionario no es un interés económico (soborno como prestación sexual); en tercer lugar, si (incluso *de lege ferenda*) corrupto

es todo parlamentario que toma decisiones en virtud de una motivación económica...la solución a la corrupción sería volver a cargos gratuitos.

La idea de imparcialidad «discursiva» que he propuesto (apartado 5.4), en cambio, me permite salir al paso de la crítica de excesivo «formalismo» que me dirige RIQUELME, pues aquella se formula a la luz de cierto planteamiento de teoría y filosofía del Derecho (de ahí mis referencias a HABERMAS y RAWLS) que me permite vincularla a la legitimidad (apartados 5.4.3 y 5.4.4).

Concluyo entonces reiterando mis agradecimientos al Dr. Riquelme. No sé si he logrado convencerle (de que nuestro desacuerdo no es tan profundo como él apunta). Espero que así sea por lo menos en parte.