

Recensiones:

Recensión a Markus Dirk DUBBER, *El Estado penal dual*, Marcial Pons, Madrid, 2024, 390 páginas, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Recensión a Rolando MÁRQUEZ CISNEROS, *La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2023, 278 páginas, por Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

Recensión a Recensión a Paolo PRODI, *Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente* (trad. de *Settimo non rubare*, Bolonia, 2009, a cargo de Andrés Barba), Acantilado, Barcelona, 2024, 485 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Carlos PÉREZ DEL VALLE a *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, 2024, Atelier, Barcelona, 289 páginas (*InDret* 1.2025), por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

-

Markus Dirk Dubber, El Estado penal dual, Marcial Pons, Madrid, 2024, 390 páginas

José Manuel Paredes Castañón
Universidad de Oviedo
paredesmanuel@uniovi.es

-

1. El libro de Markus Dirk DUBBER que hoy comento se publicó originalmente, en inglés, en el año 2018 y, como el propio autor señala (pp. 167-168, 183-185), constituye una continuación y culminación de lo que se había desarrollado en una obra anterior: *Criminal Law: A Comparative Approach*, publicada en 2014, en coautoría con Tatjana HÖRNLE. En efecto, allí donde este primer libro pretendía presentar una exposición global y comparativa de las características principales de los ordenamientos penales norteamericano y alemán (incluyendo aspectos constitucionales, procesales, de teoría del delito y de la parte especial, así como algunas referencias –limitadas– a cuestiones penológicas), el segundo, objeto de esta reseña, intenta llevar a cabo un análisis, que intenta ser esclarecedor, de las “lógicas profundas” de ambos ordenamientos penales. Presuponiendo que dicho análisis: 1º) puede ser de relevancia general, pues supondría analizar los ejemplares paradigmáticos de los dos grandes modelos de legislación penal (occidental – DUBBER reconoce paladinamente que los ordenamientos penales no occidentales se escapan completamente de su ámbito de estudio: p. 167, n. 4), el del *common law* y el del *civil law*; y 2º) precisamente por analizar los tipos ideales de ambas modalidades de ordenamiento penal, permitiría culminar el objetivo perseguido por el método histórico-comparativo-crítico, que el autor viene propugnando como el más fructífero para explicar e interpretar la realidad de los ordenamientos penales, superando la retórica empleada por la dogmática jurídica para aproximarse a los mismos (una retórica que, según DUBBER, conllevaría un importante riesgo, tanto de confusión conceptual como de ocultamiento ideológico de la realidad).

En otros trabajos, el autor ha explicado cuáles son las razones que le han llevado a elegir su método de investigación (una suerte de historia crítica de los ordenamientos penales, combinada con una comparación entre modelos, que permitiría abstraer las características comunes a los mismos, más allá de las aparentes especificidades) y los efectos que espera obtener al aplicarlo. Se trataría, primero, de resaltar la naturaleza históricamente datada y geográficamente localizada de cada ordenamiento y de sus características. Pero también, por otra parte, de construir sobre esa base (histórica y comparativa) una historia más realista, menos ideológica de los ordenamientos penales: una historia que resalte las verdaderas características de los mismos (es decir, sus efectos reales, en términos de restricción de libertad, legitimación del poder punitivo y castigo efectivo a individuos y categorías de individuos); que no se deje embelesar, pues, por la retórica justificadora habitual en los discursos de la dogmática jurídica y que, en cambio, ponga de manifiesto las contradicciones existentes en dichos discursos, y en las prácticas que ellos vienen a justificar. Así, DUBBER señala que esta forma de hacer historia del Derecho penal da lugar a dos formas de crítica del mismo: a) una crítica interna, en la que se exponen las contradicciones entre los teóricos ideales que guían al ordenamiento y la realidad de la praxis dentro del mismo; y b) una crítica externa, que busca cuestionar incluso la bondad y factibilidad de aquellos ideales.

2. Es evidente, por lo tanto, que nos hallamos ante un ejemplo más de análisis crítico del Derecho penal (a sumar a otros métodos de análisis crítico, como los de la criminología crítica o la concepción realista del Derecho): aquí, pretendiendo emplear para ello las herramientas que proporcionan la historia (tanto la historia del Derecho como la historia conceptual) y el estudio comparado de los ordenamientos. Llama por ello poderosamente la atención que, sin embargo, las conclusiones a las que DUBBER llega a través de su método pueden ser tildadas (y, de hecho, lo han sido: *vid.*, por ejemplo, la crítica de Ian LOADER y Lucia ZEDNER) de ahistóricas. Así, en su primera obra relevante (*The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005) DUBBER concluía, para el caso de los Estados Unidos de América, que, en contra de las apariencias y de la retórica ideológica hegemónica, en realidad el Derecho penal norteamericano jamás se había liberado del corsé patriarcal y autoritario propio de las raíces medievales (¡e incluso anteriores, romanas!) del Derecho penal inglés anterior a la independencia, por lo que nunca habría existido un Derecho penal norteamericano auténticamente republicano y liberal; es decir, uno que respetase en su configuración los principios propios del poder punitivo republicano y liberal (legalidad, responsabilidad por el hecho, responsabilidad personal, proporcionalidad, lesividad, etc.). Trece años después, en el libro que hoy comento (en su Parte Segunda, pp. 48 ss.), ha generalizado dicha conclusión, extendiéndola también al caso alemán (y, supongo que hay que inferir, a todos los ordenamientos penales que siguen el modelo de *civil law*): a pesar de la niebla ideológica elaborada (magistralmente, eso sí, desde el punto de vista retórico) por la doctrina penal alemana, ideas como la de bien jurídico, la estructura tripartita del delito o la vinculación de la pena a fines de «prevención general positiva» (entendida como estabilización de la sociedad y reforzamiento del rol estabilizador del propio ordenamiento penal) no podrían ocultar la realidad de que también en el Derecho alemán –incluso en el de la República Federal posterior al nazismo y orgullosa de su Ley Fundamental– los principios liberales habrían resultado demediados. Y la cruda realidad de la utilización de la ley penal para fines puramente policiales, de control de la peligrosidad de categorías determinadas de población, seguiría persistiendo también en él, a pesar de resultar incompatible con un poder punitivo respetuoso de dichos principios.

Supongo que es esta crítica frontal a las pretensiones de superioridad (tanto intelectual –de profundidad teórica– como moral –de afinidad con los valores y principios del Estado constitucional de Derecho) de la dogmática penal alemana lo que explica (aunque no sé si justifica) que por primera vez se haya traducido al castellano un libro de Markus D. DUBBER. (Eso sí: la traducción, de Vicente VALIENTE IVAÑEZ, es espléndida.) Pues es seguro que (como también señala Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO –p. 17– en su introducción a esta traducción) será la parte del libro que más llame la atención entre los penalistas de habla hispana, tan influidos como estamos por la dogmática alemana. Y, sin embargo, no creo que esta crítica a dichas pretensiones resulte ni particularmente novedosa ni tampoco demasiado convincente. No es novedosa: hay que recordar que en la propia Alemania, en la década de los años 70 del pasado siglo, proliferaron las críticas a la dogmática penal, a su utilidad, a su función y a sus categorías, tanto desde el punto de vista teórico (formalismo, pretensión de científicidad) como desde el práctico (conservadurismo político); y tanto en términos globales como criticando algunas de sus categorías más fundamentales (bien jurídico, culpabilidad, etc.). Y tampoco me parece demasiado convincente. Porque, según creo (y como ya entonces en España adujeron autores como E. GIMBERNAT ORDEIG, S. MIR PUIG o F. MUÑOZ CONDE –y, adhiriéndose a ellos, más adelante, J. M. SILVA SÁNCHEZ), esta crítica malentiende cuál es la función de la dogmática jurídica: no es, ni nunca ha sido, ni pretendido ser, un instrumento de crítica política o moral del Derecho positivo, sino una herramienta de ordenación, sistematización y estabilización de los criterios para aplicarlo. Lo cual no significa que una dogmática abierta a valores y/o a objetivos político-

criminales (¿y cuál no lo es, lo confiese o no abiertamente?) no pueda orientar en un cierto sentido político o moral la aplicación del Derecho. Pero solo esto, nada más (y nada menos); y únicamente hasta un cierto límite (el que impone el contenido prescriptivo del Derecho positivo). Lo cual explica que la actividad de la dogmática resulte compatible con casi cualquier clase de ordenamiento jurídico, desde los más justos hasta los más arbitrarios: con tal, eso sí, de que todos ellos estén configurados con los rasgos de estabilidad y orden que la dogmática puede contribuir a estabilizar. Y explica, en suma (que no justifica), por qué tantos magníficos penalistas alemanes fueron reaccionarios, conservadores, nazis o colaboracionistas y, pese a ello, teóricamente tan sólidos: porque los criterios de valoración desde un punto de vista (moral y político) y desde el otro (conceptual), aunque tengan alguna intersección, son esencialmente distintos.

3. En todo caso, pienso que, más que rememorar discusiones ya antiguas (y creo que periclitadas) sobre la utilidad o la naturaleza política de la dogmática penal, conviene centrar nuestra atención en aquello que DUBBER intenta añadir a las viejas críticas: su tesis de que, bajo una capa de pretendida cientificidad, la dogmática penal alemana no habría tenido la voluntad ni la capacidad de construir una praxis de aplicación del Derecho penal que resultase verdaderamente coherente con los valores y principios que un ordenamiento penal liberal debería respetar; y que, por el contrario, bajo dicha capa se habría seguido promoviendo una praxis penal más propia del modelo de «*Derecho penal de policía*», iliberal. Y que, por consiguiente, la diferencia entre los ordenamientos penales alemán y norteamericano sería acaso tan solo de grado, porque en ambos habría subsistido el viejo Derecho penal de policía como algo más que un mero vestigio histórico.

Con ello, llegamos al núcleo del contenido del libro (pp. 165 ss. esp. pp. 188-192). Y también al punto que lo vuelve más discutible: la utilización un tanto forzada del «tipo ideal» (así lo califica el autor: p. 173) del *Derecho penal de policía*, como modelo de Derecho penal contrapuesto al del *Derecho penal liberal*, para explicar buena parte de las características de los ordenamientos penales alemán y estadounidense (y, se supone, con capacidad para hacer extrapolaciones a otros ordenamientos de, respectivamente, el *civil law* y el *common law*). Y ello, cuando, leyendo las explicaciones del autor, resulta difícil determinar qué abarca exactamente el concepto de Derecho penal de policía de DUBBER, puesto que lo emplea en contextos completamente distintos y para explicar fenómenos bastante diferentes entre sí.

En este sentido, la primera duda que surge acerca del concepto tiene que ver con su historicidad. Por una parte, DUBBER parece sostener que, aunque en un principio acuñó la idea de un Derecho penal de policía, iliberal, para explicar la historia del Derecho penal norteamericano y su continuidad respecto del Derecho penal inglés, no obstante, dicha explicación podría ser generalizada y aplicada también al caso del Derecho penal alemán. Pero, entonces, ¿son verdaderamente equiparables la concepción (propia de la Inglaterra moderna) de que la preservación de la *Paz del Rey* es el objetivo del Derecho penal y la idea de *Polizeiwissenschaft* propia del despotismo ilustrado alemán (pp. 169-170)? Cabría dudarlo, dada la diferencia de los contextos institucionales (monarquía parlamentaria de un reino poderoso/ una multitud de principados fragmentados y sin normas jurídicas comunes) e ideológicos (el conflicto entre rey y parlamento/ el desenvolvimiento de la idea de despotismo ilustrado) en los que cada una de esas concepciones fue elaborada.

En segundo lugar, resulta también dudosa la tesis de la continuidad temporal de ese «Derecho penal de policía» del que se habla. Refiriéndome tan solo al caso alemán, que conozco mejor (aunque intuyo que preguntas semejantes podrían hacerse para el caso de los Estados Unidos), resulta más que dudoso que exista verdaderamente una continuidad apreciable entre la

Polizeiwissenschaft dieciochesca y el concepto de peligrosidad criminal propio del positivismo criminológico (que tanto influyó en Franz VON LISZT), que es el que da lugar a la aparición de las medidas de seguridad. Pues, mientras aquella perseguía la máxima racionalización en el ejercicio de los poderes reguladores del Estado sobre la vida social, los objetivos de la política criminal de las medidas de seguridad eran mucho más modestos: tenían que ver exclusivamente con la mejora de la justicia penal (cuando, en la *Polizeiwissenschaft* justamente la administración de justicia había quedado prácticamente al margen de la idea de *Polizei*).

En tercer lugar, no cabe duda de que existió una continuidad apreciable entre la ideología que guiaba la concepción de las medidas de seguridad del positivismo criminológico y de VON LISZT y las posteriores teorías y prácticas de control de la peligrosidad y de incapacitación de infractores propias del Derecho penal nacionalsocialista. En cambio, ¿cuánta continuidad puede predicarse que existe realmente entre todo ese pasado (*Polizeiwissenschaft*, positivismo criminológico, prácticas inocuizadoras extremas y exterminadoras del nacionalsocialismo) y el Derecho penal de la República Federal de Alemania de nuestros días? Como bien indica ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 23-25), aunque ciertas categorías conceptuales (peligrosidad, incapacitación) puedan permanecer, la diferencia en la perspectiva desde la que se emplean y en las magnitudes de privación de derechos que conlleva su utilización es tan abismal que hablar de continuidad es algo más que una exageración.

Así, mientras que en el caso norteamericano parece fácil aceptar que el objetivo del control de la peligrosidad criminal es uno de los fundamentos esenciales de la ola de punitivismo del último medio siglo (con consecuencias como la recuperación de la pena de muerte, las penas de prisión efectivamente perpetua, las leyes *three strikes*, el desarrollo del control penal pospenitenciario, la «castración química» de delincuentes sexuales, la incapacitación civil de los penados –y, en general, el aumento de la duración de las penas y la intensificación de las privaciones de derechos de los penados), ello no resulta en absoluto evidente en el caso alemán. Más en general, en Europa occidental la oleada punitivista (que, en todo caso, ha sido mucho menos intensa) ha repercutido fundamentalmente en ciertas categorías de delincuentes, como terroristas o delincuentes sexuales, y ha ido ligada principalmente a concepciones expresivas de la pena (la pena como expresión visible del rechazo moral de la comunidad hacia ciertas categorías de delitos y de delincuentes consideradas particularmente inmorales o abyectas), antes que el control de su peligrosidad. (Ciertamente, hay excepciones, como España o el Reino Unido, donde ha habido también algunas reformas punitivistas que iban orientadas a la incapacitación de la pequeña delincuencia habitual.)

4. Todo lo anterior no quiere decir que DUBBER no esté señalado un problema real, cual es la persistencia en los modernos Estados constitucionales de Derecho de rasgos represivos procedentes del *dirty little secret* que se halla en el corazón de la ideología liberal: que, como los filósofos ilustrados primero se encargaron de resaltar (y como la izquierda crítica, desde Karl MARX en adelante, se encargó de denunciar), los valores de respeto a la autonomía y de responsabilidad individual solamente son predicados en relación con los ciudadanos de pleno derecho; es decir, inicialmente, de los individuos considerados como perfectamente libres y racionales, que eran los (varones) pertenecientes a las clases propietarias, los que tenían atribuido en exclusiva el derecho de sufragio. Y este viejo prejuicio clasista liberal ha permanecido latente, a pesar del proceso de democratización e igualación en derechos que se ha experimentado en los últimos dos siglos en las sociedades occidentales (primero, de las clases trabajadoras, luego de las mujeres y más recientemente de las personas diversas por género u orientación sexual...). Y reaparece, una y otra vez, en cuanto un determinado grupo social es

identificado y estigmatizado como «clase peligrosa»: en cuanto esto ocurre (terroristas, migrantes, etc.), se tiende a prescindir de criterios de responsabilidad individual y a dar prioridad al control de la peligrosidad de todo el grupo de población, cualquiera que sea el coste que las medidas de control adoptadas tengan para los derechos de los así etiquetados. De este modo, normas y actuaciones estatales difícilmente justificables conforme a los principios liberales, se han defendido y aplicado (y se siguen defendiendo y aplicando) no solo en regímenes autoritarios: privación generalizada de libertad para inimputables, medidas policiales de vigilancia sobre grupos de población determinados, programas de «prevención de la radicalización», internamiento y expulsión de extranjeros, «castración química», campos de concentración para terroristas, internamiento de peligrosos sociales, etc.

Obsérvese, sin embargo (esta sería mi cuarta objeción), que la gran mayoría de los fenómenos que acabo de mencionar quedan fuera del proceso penal formal de determinación de la responsabilidad e imposición de consecuencias jurídicas: donde en realidad hay que buscar la mayor parte de los casos problemáticos es fuera del Derecho penal, en el Derecho administrativo y en las actuaciones de la Administración por vías de hecho (infracciones administrativas, actuaciones policiales, régimen de extranjería, tratamiento de la incapacitación por enfermedad mental, régimen de los menores en situación de desprotección,...). Pues, cuando el objetivo de control de la peligrosidad está incorporado al proceso penal (como ocurre hoy en día con las medidas cautelares o con las medidas de seguridad), lo está a través de consecuencias sustitutivas de la pena o accesorias a una pena principal, y se imponen a través de un procedimiento individualizado, en el que se examinan las características *individuales* de peligrosidad del delincuente. Así pues, en el caso de los Derechos penales europeos actuales hablar de un «Derecho penal dual» puede parecer una auténtica exageración, dadas las limitadas proporciones que alcanza lo que DUBBER denomina *Derecho penal de policía*: ciertos sesgos clasistas y racistas en la realización de los pronósticos de peligrosidad criminal, unos pocos tipos penales que anticipan excesivamente la intervención (por ejemplo, los de autoadoctrinamiento terrorista, o los de posesión de instrumentos para el robo o para el delito informático), algunos internamientos automáticos (por imposición legal) de menores delincuentes... y el caso que, sin duda alguna, resulta más grave y masivo, el de las limitaciones en el acceso a beneficios penitenciarios (permisos, tercer grado, libertad condicional) por razones de control de la peligrosidad. Pese a ello, parece infundado poner en pie de igualdad (hablando de un ordenamiento «dual») estas manifestaciones con la gran masa de figuras delictivas, penas, medidas y casos que constituyen el ordenamiento penal y su cotidiana aplicación y que se rigen por criterios (ciertamente, discutibles muchas veces) de lesividad, proporcionalidad y responsabilidad individual.

Además (quinta objeción), no me parece convincente la tesis de que la continuidad del *Derecho penal de policía* pre-liberal sea la causa de las manifestaciones de control de la peligrosidad de grupos de población en los Estados contemporáneos (pp. 174-175). Pienso más bien que (como acertadamente expuso Michel FOUCAULT) esta gobernanza de la peligrosidad de las poblaciones es, precisamente, una manifestación paradigmáticamente moderna: del Estado moderno. No se trataría, pues, precisamente de persistencia patriarcal, sino de racionalización en el ejercicio del poder. Así pues, si es posible señalar algunas continuidades históricas (entre el Derecho penal del despotismo ilustrado y el contemporáneo) y geográficas (entre el ordenamiento penal norteamericano y el alemán), realmente son muchas más, me parece, las diferencias que las semejanzas.

5. Por lo demás, creo que –contra lo que DUBBER sostiene– la gran mayoría de los defectos del Derecho penal contemporáneo que apunta en el libro nada tienen que ver con la cuestión del control de la peligrosidad masiva. Así, creo que la mayor parte de los ejemplos propiamente penales que el autor utiliza para ilustrar su tesis están fuera de lugar: ni la (pretendida) vacuidad de la teoría del bien jurídico (pp. 84 ss.), ni la teoría de la prevención general positiva como fin de la pena (pp. 98 ss.), ni el rol de las víctimas en el proceso penal (p. 208), ni el principio de oportunidad y el *plea bargaining* (p. 209), tienen necesariamente que ver con el control masivo de la peligrosidad (y, por consiguiente, con lo que DUBBER llama Derecho penal de policía), sino con otros problemas –diversos– de nuestra política criminal. En este sentido, pretender explicar todo lo malo reconduciéndolo a una causa común (conceptualmente distintiva) resulta ser, en mi opinión (sexta objeción), un error, que simplifica una historia larga, compleja y contradictoria: carente de cualquier sentido direccional claro. Y esa sería, más allá de discrepancias concretas, mi mayor reproche a la tesis de DUBBER: su pretensión de resultar omnicomprendensiva. De explicar a la vez, con una explicación única y comprensiva, fenómenos tan dispares como el excepcionalismo político-criminal norteamericano, la historia del Derecho penal occidental desde el siglo XVIII, las limitaciones políticas de la dogmática penal, las contradicciones de la política criminal liberal, el punitivismo contemporáneo y diferentes normas y prácticas (delictivas, penológicas, de teoría del delito, policiales, procesales) consideradas problemáticas. Demasiados fenómenos, y demasiado heterogéneos entre sí, para ser reconducidos a un único factor explicativo. Es por ello que el libro me ha parecido más sugestivo por el material histórico que recoge (resulta particularmente fascinante el análisis sobre los puntos de vista de BECCARIA, KANT, FEUERBACH y VON LISZT, mucho más problemáticos, en su progresismo liberal y antiigualitario, de lo que habitualmente se quiere creer) que verdaderamente convincente en las conclusiones que propone.

Rolando Márquez Cisneros, La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2023, 278 páginas

Laura Zúñiga Rodríguez
Universidad de Salamanca
lzt@usal.es

-

Es de saludar la publicación de una monografía sobre un tema tan complejo y aún deficitario de estudios sesudos sobre aspectos jurídico-penales relevantes de la criminalidad organizada como el que presenta MÁRQUEZ CISNEROS. Especialmente si, como es el caso, se realiza con rigurosidad y de lectura fácil, pues servirá para alumbrar aspectos muy actuales de la dinámica judicial que aún presenta dificultades para diferenciar coautoría, organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita.

El libro, como su título lo indica, se centra en el análisis de la figura de pertenencia a organización criminal desde la órbita del principio de lesividad. El foco del estudio no puede ser más certero: la legitimidad del delito pivota desde la lesividad de las conductas, puesto que, si es posible fundamentar un *plus* o un *aliud* respecto a la criminalidad común, sin duda debe situarse desde la capacidad para afectar bienes jurídicos esenciales para la convivencia en sociedad.

Este trabajo se estructura en cinco capítulos, partiendo del tratamiento de la criminalidad organizada en el contexto de la sociedad de riesgos (Cap. I), para detenerse en uno de sus aspectos más destacado que es la legitimidad de los delitos de peligro (Cap. II). En el Cap. III se centra en el bien jurídico tutelado en el delito estudiado, con el objeto de abordar el tratamiento de la conducta típica del art. 570 bis CP en el Cap. IV. El último Capítulo (V) lo dedica al fundamento del castigo. Ciertamente que lo usual es que estos fundamentos se traten al inicio del estudio para poner las bases del tratamiento jurídico-penal, pero el autor lo ha abordado como corolario de su análisis, dando énfasis a su postulado principal: la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP por su mayor potencialidad lesiva para lesionar bienes jurídicos. Esta cuestión no es del todo reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, ancladas en la teoría del delito de un sujeto individual, lo cual explica escasas condenas o dificultades para distinguir un tratamiento de organización criminal de una coautoría, siendo esto último caldo de cultivo para que en algunas prácticas judiciales, el delito de organización criminal fagocite la coautoría, desapareciendo del mapa cuando haya más de dos personas.

De ahí la relevancia de estudios enjundiosos como este. No existen aún consensos establecidos sobre estas distinciones y observamos en la práctica judicial resoluciones con interpretaciones muy disímiles que desdican la seguridad jurídica y la prevención general en un ámbito de amenaza para la sociedad tan preocupante como lo es el tratamiento penal de la criminalidad organizada. Salvo que se postule una huida del Derecho Penal (descriminalización de conductas), en la realidad social se está produciendo un aumento alarmante del consumo de drogas y del tráfico consiguiente que merece una esmerada atención jurídica.

Es preciso adentrarse en las particularidades de este estudio. En el primer Cap. el autor empieza por situar la problemática de la criminalidad organizada en España desarrollando algunos datos empíricos que muestran su relevancia, dada su situación geográfica y proximidad cultural con países productores de drogas, lo cual ha obligado a introducir en la reforma de 2010 los delitos de participación en organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP). Ahora bien, esta regulación no ha estado exenta de cuestionamientos por su generalidad y por quebrantar principios básicos del Derecho Penal, especialmente el de lesividad.

En el Cap. II, el autor, en la línea de resolver la cuestión de si este delito, efectivamente, vulnera el principio de lesividad al adelantar la intervención penal a situaciones previas a la lesión de bienes jurídicos, transita por la discusión sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto llegando a considerar que, «sin dejar de ser materialmente una conducta preparatoria elevada a la categoría de delito de peligro abstracto, tiene particularidades que lo distinguen de los “típicos” delitos de esta naturaleza» (p. 67), ya que «la conducta se reprime porque potencia la peligrosidad del ente colectivo y porque, además, al ejecutarse en el seno de una institución dotada de dinámica propia, el sujeto pierde el control del proyecto criminal, es decir, sobre la realización de las futuras conductas delictivas..., lo que significa que la lesión no es tan incierta» (p. 67). En suma, apunta la legitimidad de los delitos de peligro abstracto cuando se trata de una peligrosidad objetiva *ex ante*, esto es, cuando se trata de una posibilidad real de lesionar los bienes jurídicos.

En el Cap. III, el estudio se centra en identificar el bien jurídico tutelado en el delito de participación en organización criminal del art. 570 bis CP y lo hace por dos razones. Primero, porque «el asunto bien jurídico-criminalidad organizada constituye una de las discusiones más arduas sobre los límites sustantivos del Derecho penal» (p. 97). Segundo, porque «se trata de una discusión de fondo sobre la legitimidad de este nuevo delito» (p. 97). En efecto, como bien indica MÁRQUEZ CISNEROS, «en la actualidad no existe consenso respecto de cuál es el bien jurídico que protege el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP» (p. 98). Las posiciones se dividen entre los que consideran que el objeto de tutela de este delito es un bien jurídico colectivo (orden público, paz pública, tranquilidad pública) y los que consideran que protege los bienes jurídicos del programa criminal. El gran problema de las primeras posturas consiste en la imprecisión de conceptos indeterminados como seguridad o tranquilidad pública. Como el autor advierte, «no hay parámetro empírico alguno que permita constatar que la tranquilidad o la paz públicas han sido perturbadas (entiéndase, lesionadas) [...], tampoco se puede percibir con fidelidad la dañosidad social de la conducta» (p. 104). De ahí que afirme con rotundidad que «la seguridad o tranquilidad públicas, si bien han de ser cauteladas, no son un bien jurídico-penal y, con ello, no son el objeto protegido en el ámbito de la criminalidad organizada» (p. 110). Ciertamente que nos topamos con la dificultad de establecer la lesividad de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, una cuestión que es de carácter general y afecta a muchos ámbitos delictuales como el terrorismo, contra el orden público, el medio ambiente, etc. Por tanto, no porque sea difícil establecer la lesividad de estos bienes jurídicos debemos negarle su virtualidad.

Para un sector de la doctrina minoritario, entre los que destaca SILVA SÁNCHEZ, en el delito de pertenencia a organización criminal la represión penal se justifica porque constituye una protección anticipada de los bienes jurídicos afectados con la eventual ejecución de los delitos que conforman el programa delictivo. En suma, protege los bienes jurídicos de los delitos-fin. Para el autor «esta postura es la más razonable» por dos motivos. El primero, porque «evade la construcción de un bien jurídico colectivo artificial». El segundo, porque «ayuda a comprender la

reacción del legislador» de adelantar la tutela penal a instancias previas al daño efectivo, en la medida que pone en riesgo no insignificante los bienes jurídico-penales de un colectivo indeterminado de individuos, por lo que «constituye un tipo de peligro abstracto» (p. 115).

El autor discrepa con mi postura (*Criminalidad organizada y sistema del Derecho penal*, Comares, 2009, p. 268) de considerar el injusto de organización con una doble estructura, por su carácter complejo, lesión para un bien jurídico colectivo (seguridad pública) y peligro para bienes jurídicos del programa criminal (que pueden ser individuales y colectivos), con lo cual es posible concretar el bien jurídico colectivo, funcionalizándolo a la protección de los bienes jurídicos del programa criminal.

Sin duda estamos ante el meollo del asunto, de establecer con cierto grado de certeza la lesividad de un tipo penal con tintes de carácter colectivo no solo por los sujetos intervinientes, sino por el grado de afectación de intereses (individuales y colectivos) relevantes para la sociedad. Sobre ello precisamente pivota la legitimidad de la intervención penal y las características de la tipificación idónea. Además, para el libro que comentamos, se trata del núcleo del análisis, por lo que mi comentario lo dejaré para el final de esta reseña.

El Cap. IV se dedica a indagar las características de la conducta típica del delito de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis CP). Por cierto, considero que en este capítulo los aportes del autor son los más significativos porque minuciosamente desentraña los componentes de los comportamientos típicos y los que serían atípicos. Parte por estudiar los elementos que dotan de peligrosidad a la organización, que la convierte en criminal *per se* y justifica incriminar conductas de pertenencia o integración. Teniendo en cuenta que estamos ante «un adelanto en la intervención», el autor se decanta por conceptualizar «un concepto *restringido* de crimen organizado» (p. 123). Rápidamente advierte que «no existe un concepto consensuado, único, definitivo de crimen organizado, sino, uno impreciso y debatible» (p. 124), por lo que la doctrina suele enumerar un conjunto de rasgos, más o menos esenciales, sobre este delito.

Siguiendo con la estela de una conceptualización restringida de crimen organizado, opta por una definición de organización criminal de carácter restringido (p. 127). Se trataría de una organización criminal con unas notas que le otorgan un *plus* de peligrosidad, necesarias para diferenciarla de otras formas de participación delictiva colectiva como la coautoría, el grupo criminal o la asociación ilícita. Por tanto, el empeño es loable. Entre las pp. 128-131 se dedica, con razón, a cuestionar el carácter amplio del concepto normativo de organización criminal por el que ha optado el legislador español en el art. 570 bis CP, al no restringirlo a delitos graves ni señalar la búsqueda de una ventaja económica o material como lo hace la Convención de Palermo y afirma la doctrina. Asimismo, con acierto, sostiene que la violencia y la corrupción, aunque son mecanismos empleados por muchas organizaciones criminales, no pueden considerarse notas esenciales (p. 130).

En las páginas siguientes del Cap. IV el autor se centra en estudiar los componentes de la peligrosidad de la organización para calificarla de *criminal*. Respecto al número de integrantes de la organización, con razón sostiene que no se trata de una suma o pluralidad de personas, por lo que es secundario fijar una cantidad mínima de integrantes, pues lo determinante es que las personas «actúen con una tal coordinación que es evidente que integran un ente colectivo» (p. 135). Se trataría de «un ente autónomo particularmente peligroso, distinto de sus integrantes (*ad intra* y *ad extra*), para lo cual habrá que analizarla atendiendo a los demás elementos típicos» (p. 135). A partir de ahí desarrolla esta tesis sosteniendo que se trata de una pluralidad de individuos

que pasan a conformar un ente autónomo, por proyectar «una pluralidad indeterminada de delitos», por estar dotado de una estructura permanente, de medios materiales y personales cuyo objetivo es cometer delitos, hay reparto de tareas según la especialización de sus funciones (profesionalización), que cuenta habitualmente con una jerarquía. Mención especial merece el *grado de complejidad* de la organización (pp. 140-142), porque ha sido un elemento que habitualmente ha señalado la jurisprudencia para distinguir la organización criminal del grupo criminal. Con acierto señala que «no se precisa que la organización tenga una estructura altamente compleja... sino que basta con que la estructura posea un cierto grado de complejidad (más allá de lo básico) [...] Lo importante, desde la óptica del principio de lesividad, es que la estructura sea suficientemente idónea, para lograr el programa criminal y garantizar así la estabilidad del colectivo» (p. 141).

Respecto a la estabilidad, señala que «constituye organización criminal aquel colectivo que opera en el tiempo tanto de manera indefinida como transitoria, pero no de forma ocasional o esporádica». Lo importantes es «si tiene la suficiente capacidad de incrementar de modo significativo el peligro para los bienes jurídico-penales protegidos» (p. 145). Finalmente advierte que «la naturaleza de los delitos previstos en el plan criminal (materializados o no) constituye un valioso indicador para acreditar la vocación de permanencia de la organización» (p. 149).

La finalidad criminal, la existencia de un plan criminal, se torna así en un elemento fundamental. Ahora bien, como toda finalidad plantea dificultades probatorias. El autor advierte que el plan criminal es «una tendencia interna o intención especial de la organización», por lo que «no necesita materializarse para entender consumado el delito del art 570 bis CP (no se precisa la comisión de los delitos pretendidos), ni siquiera la exteriorización de los actos que pudieran componer los delitos incluidos en esa finalidad (ni siquiera el comienzo de la fase ejecutiva de los mismos)» (p. 150). Esta caracterización apunta más a un «delito de *status*» que «de resultado anticipado», como apunta el autor. Con razón señala, desde su posición de definición restringida, que el plan criminal debe ser la comisión de delitos *graves*, para que la organización adquiera la idoneidad de peligrosa para bienes jurídicos esenciales para la sociedad.

Con estas premisas el autor desarrolla con acierto qué se entiende por «formar parte de una organización criminal, integrarla o pertenecer a ella» en las páginas 161-177. Establecer quiénes forman parte, integran o pertenecen a la organización criminal es tarea clave para distinguir a los cooperadores con la organización y las conductas insignificantes o adecuadas socialmente extrañas al injusto típico. Cuestión nada fácil puesto que «nadie posee un carnet de afiliado a una organización criminal», es decir, son hechos externos los que determinan dicha pertenencia. Pero ¿cuáles son esas conductas que determinan la pertenencia a una organización criminal (típicas del art. 570 bis CP)? Son los que «forman parte de la estructura a través de la ejecución continua o temporal de algún rol» (p. 162). Los que realizan aportes esporádicos no son miembros de una organización, son cooperadores externos. Es decir, «quien actúa *para* ella y no *en* ella», no integra la organización criminal. «El límite radica, pues, finalmente, en el deseo de inclusión, en la voluntad del sujeto de participar en el *pactum sceleris*» (p. 163), como también lo afirma la jurisprudencia.

Al «tomar parte de la organización... el miembro acuerda asumir, explícita o implícitamente, de manera plena e incondicional, el objetivo típico, que es cometer delitos» (p. 164). Más adelante puntualiza: «la pertenencia o integración, su contenido típico, implica toda clase de actividad material orientada a concretar el proyecto delictivo», se trata de actos «orientados al buen funcionamiento o al mantenimiento de la estructura operativa de la organización» (p. 166). Es

decir, miembro de una organización criminal es todo el que realiza un «aporte esencial» que «contribuya a la existencia de la organización o a su buen funcionamiento» (p. 167), independientemente de la planificación y/o ejecución de los delitos-fin. Coincidiendo en lo fundamental con esta tesis, hubiera sido de utilidad que el autor profundice más en qué considera «aporte esencial». Nótese que se trata de aportes que fortalecen la existencia y funcionamiento de la organización criminal, no a delitos puntuales, por lo que el abanico de conductas es muy amplio. Sería conveniente señalar una serie de conductas que quedarían fuera de esta categoría, conductas neutrales no significativas, utilizando tesis como la de los «bienes escasos» de GIMBERNAT o la teoría de la imputación objetiva del aumento de riesgo.

Cierto es que el autor más adelante desarrolla un acápite sobre la irrelevancia penal de la mera pertenencia o simple adhesión que da luces en el sentido antes expuesto, aprovechando la interpretación del art 570 bis CP que establece la punibilidad de quienes «participen *activamente* en la organización», señalando que «la pertenencia exige del miembro una prestación real, un comportamiento activo, útil y funcional, orientado a cristalizar el objetivo criminal» (p. 175). Por tanto, debería de tratarse de conductas *funcionales* a la existencia y/o funcionamiento de la organización criminal donde los sujetos tienen conocimiento que su aporte fortalece el vínculo societario ilícito.

El Cap. V se ocupa del fundamento del castigo en el delito de pertenencia a organización criminal. Con razón afirma que la doctrina mayoritaria asume la postura de LAMPE del *injusto sistémico*. Las páginas 184-190 se centran en desarrollar esta tesis que el autor parece seguir pues en la p. 189 sostiene: «Un argumento que refuerza la idea de la organización como injusto *per se*, lo ofrece, desde mi óptica, la comunicación», en la medida que contribuye a la eficacia de sus prácticas delictivas. La postura de la organización criminal como injusto anticipado es seguida por quienes no consideran que exista un objeto jurídico propio, como RUDOLPHI o SILVA SÁNCHEZ (pp. 190-193). Especial atención merece la consideración de la organización criminal como figuras propias del «Derecho penal del enemigo» (pp. 193-199). Esta última consideración merece un detenimiento. Considero que esta catalogación propia de JAKOBS más que una fundamentación de un tipo de injusto, es un postulado político-criminal, desdeñable, por cierto. Si bien las formas de organizaciones criminales más complejas y violentas se confrontan con el Estado, no justifica un tratamiento de leyes de enemigos, pues si bien se pueden plantear propuestas especiales, estas serán por las características fenomenológicas de las propias organizaciones criminales, no porque sus integrantes sean no-ciudadanos.

A partir de la p. 199 el autor postula cuál es el fundamento determinante para ese tratamiento especial de un *plus* frente a la criminalidad común: la estructura organizacional que constituye una *peligrosidad incrementada*. Los delitos de organización son «aquellos cuyo injusto consiste, literalmente, en conformar una organización con *idoneidad delictiva*» (p. 199, el subrayado es mío). Más adelante afirma: «La estructura de la organización se desempeña, pues, como factor multiplicador de la potencialidad lesiva del colectivo» (p. 202). Entre las pp. 206-217 se ocupa de las particularidades de esta estructura criminal peligrosa a partir de la psicología organizacional. El carácter independiente de la estructura respecto de las partes que la conforman. Apunta: «Los miembros de las organizaciones criminales son, pues, intercambiables, sustituibles, circunstancia que asegura la permanencia de estas» (p. 207). Y una serie de condiciones que dotan a las organizaciones criminales, a diferencia de las organizaciones lícitas, de especial estabilidad para continuar con su actividad y ser más eficaces en la consecución de sus objetivos criminales (secretismo, profesionalización, códigos férreos, etc.).

Finalmente, el autor concluye con sus argumentos para fundamentar la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis 1 CP (pp. 217 ss.). «La realización por parte del miembro de “actividades internas” de carácter logístico u operativo se ha de reprimir penalmente pues estas, al hacer que la organización criminal se mantenga o funcione bien, acaban potenciando la capacidad lesiva del ente colectivo y, en consecuencia, incrementando el riesgo para los bienes jurídico-penales protegidos por los delitos-fin» (pp. 217-218). «El plus de peligrosidad del crimen organizado lo determina la presencia de una estructura creada y acondicionada para lesionar bienes jurídicos» (p. 219). Se trata de una peligrosidad *ex ante* que favorece la estructura al tener como finalidad lesionar bienes jurídicos.

El trabajo concluye con la afirmación de la inidoneidad del delito de asociación ilícita en el panorama legislativo español, una vez tipificado el de pertenencia a organización criminal, más moderno y definido, cuestión que compartimos.

Como puede observarse de esta glosa, el autor realiza un impresionante trabajo de análisis sobre la legitimidad del delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis CP, desde el prisma de la lesividad de las conductas propias de la criminalidad organizada, en la medida que la organización criminal (núcleo esencial del injusto) se configura como una estructura que potencia o multiplica la capacidad de afección a bienes jurídicos. Esta cuestión del *plus* o *aliud* de esta figura delictiva (y sus límites), no está del todo asumida por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que es loable incidir en este asunto que permite justificar un delito autónomo, respecto de los delitos cometidos por los integrantes. Además, ayuda a determinar los comportamientos externos de la organización (colaboradores) y los que no llegan a tener capacidad lesiva (conductas adecuadas socialmente o insignificantes).

Ahora bien, coincidiendo con el fundamento de esa mayor capacidad lesiva (peligrosidad) de una estructura preparada para delinquir, cuando el autor analiza el bien jurídico (Cap. III) sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto respecto a los bienes jurídicos del programa criminal («protección anticipada»), mientras que al analizar los fundamentos de esa mayor capacidad lesiva del ente colectivo parece optar por la consideración del injusto sistémico, más apropiado de la protección de un bien jurídico colectivo.

Ciertamente que si analizamos el bien jurídico desde el prisma de la teoría del delito clásica, se trataría de un adelanto en la intervención propio de los delitos de peligro (método deductivo), pero si analizamos la organización criminal desde sus características experimentales (método inductivo), o desde la psicología organizacional –como lo hace el autor en el último Cap.– nos encontramos ante un *injusto sistémico* o *delito de organización*, con características independientes a los integrantes del mismo, que es la postura que mantenemos los seguidores de LAMPE. La búsqueda de un bien jurídico colectivo o individual parece estéril. Más bien, como hemos desarrollado en la monografía antes citada (pp. 250 y ss.) y coinciden CANCIO MELIÁ y SILVA SÁNCHEZ (con matices), se trata de una cuestión de Parte General, es decir de un tema de injusto de organización (como la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Para finalizar estos comentarios, es preciso señalar que este trabajo se convertirá, sin duda, en un referente para todo aquel que se aproxime al estudio del tratamiento penal de la criminalidad organizada, porque encontrará muchas ideas fundamentales, bien argumentadas y desarrolladas.

Paolo Prodi, Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente (trad. de Settimo non rubare, Bolonia, 2009, a cargo de Andrés Barba), Acantilado, Barcelona, 2024, 485 páginas

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

-

Es posible que la editorial en la que esta obra se publica (lugar poco común para monografías de Derecho penal), el autor (historiador del Derecho) y el traductor (más conocido por su buen hacer en obras literarias) hagan que pase desapercibida. Sería una lástima, sin duda, pues *Séptimo: no robarás* es un ensayo de historia de las ideas y la política, un estudio sobre la evolución del Derecho y la economía, un documentado análisis de la evolución del mercado y los conceptos a él asociados, que puede aportar mucho a la debida reflexión de los penalistas sobre el bien jurídico protegido, el orden socioeconómico o la delincuencia patrimonial. A pesar de su relativa antigüedad (2009), la publicación ahora en español del estudio de PRODI (1932-2016) resulta muy oportuna. Se trata de una obra de madurez en la que su autor, premio Alexander von Humboldt (2007-2008), aporta una visión amplia de los temas en su perspectiva histórica y muestra una extraordinaria capacidad de conexión de problemas e instituciones: con sus propias palabras, trata de «barajar las cartas de nuevo», para comprender la realidad (p. 23); «es absolutamente necesario cuestionar muchos de los patrones históricos que se han mantenido como dogmas intocables hasta hoy» (p. 444).

A pesar de su título («no robarás»), y la constante referencia a lo largo del texto al «hurto», no se emplean dichos términos en sentido técnico: por tanto, no conviene acudir a su lectura indagando la consonancia con los conceptos jurídico-penales (algo que el autor expresamente no aborda: p. 295), y menos todavía con la concreta regulación positiva española. Para su lectura se precisa cierta disposición a imbuirse en la dimensión histórica de las instituciones, como también en su constante conexión con aspectos morales, religiosos, jurídicos, políticos, de Derecho comparado... Esta amplia visión engrandece la obra, que va más allá de una monografía técnica o una obra histórica: se trata de un ensayo sobre la irrupción del mercado en la sociedad occidental y su evolución hasta la actualidad (p. 20).

El cap. 1 («Foro, mercado y hurto») sirve de preludeo y declaración de intenciones: «La tesis que subyace a mi investigación es que sólo en Occidente, entre la Edad Media y la Edad Moderna, se formó un sistema coherente, inédito en la historia de las civilizaciones, que, en contra de lo que suele pensarse, representa un todo unitario y debe ser estudiado como tal en su evolución hasta el establecimiento del Estado de Derecho, la democracia y las libertades sociales y económicas; un todo unitario que ahora, en la era de la globalización, ha entrado en crisis» (p. 9). En este contexto, estudia cómo se amplía el concepto de hurto, que de ser una apropiación de bienes – idea de civilizaciones anteriores – pasa a una infracción de las reglas del mercado: no sólo como fraude o engaño, sino también como violación del precio justo establecido en el mercado, entendido este como foro en el que se emite un juicio colectivo sobre el valor de las cosas (p. 18).

Concluido el capítulo inicial, la obra se adentra en los capítulos 2-7, que siguen el curso histórico de los siglos XI-XVI, durante los cuales evoluciona la visión sobre el hurto. El cap. 2 describe la idea de *revolución* (mejor que *evolución* o *transformación*), propia de Europa y la Modernidad, y que cristaliza en las sucesivas revoluciones que han tenido lugar y que «constituyen la impronta del espíritu europeo» (p. 29). El primer fenómeno, que determina la «revolución permanente» como seña de identidad europea es la que se dio con «la ruptura del monopolio sagrado del poder a principios del segundo milenio de la era cristiana» (p. 29), que tuvo lugar en el siglo XI a raíz de la «Reforma gregoriana» y la querella de las investiduras entre el papado y el imperio (p. 42). Se trata de «la gran revolución», que da título al capítulo, y que trajo la aparición del individuo, la emancipación de la política respecto de la religión, y el surgimiento de la economía en tensión con estas. En el cap. 3 («La nueva concepción de la riqueza») se muestra cómo esta ruptura entre los poderes religioso y político repercutió en la cultura y, sobre todo, en la vida económica cotidiana a lo largo y a partir del s. XII. La expansión de las ciudades europeas como centros de producción y mercado hizo que mudara el concepto y realidad de la riqueza (considerada antes algo negativo por pecaminoso), y se abrió el camino a una consideración positiva como instrumento de poder que no coincidía con el dominio de la tierra, sino que se basaba en el capital mobiliario y los préstamos (p. 63). Es el momento de nuevas teorías sobre la justicia y el bien común, de la «reinención» del Derecho romano, de una revisión del concepto de riqueza, del surgimiento de la *Lex mercatoria*... El hurto pasa a ser algo más que la apropiación (pp. 87-92): «Ladrones son todos aquellos que no utilizan su riqueza para el bien común, sino que la acaparan o la disipan» (p. 89, en referencia a Juan Luis VIVES, 1526). En el cap. 4, esa «nueva visión de la riqueza» se concreta en instituciones como las del precio justo, los monopolios y acuerdos, la fiscalidad y la deuda pública, la moneda, el salario, las propiedades comunes y los bienes no enajenables, el juego y el *turpem lucrum* y la usura. A lo largo de esta época –estamos ya en el s. XIII–, la «novedad central es que se considera ilícito todo contrato que perjudique la caridad o el bien de la sociedad. Eso conduce a un nuevo concepto de “hurto”, que ya no es estático ni deducido de fórmulas abstractas y ahistóricas, sino que es dinámico y está vinculado al cumplimiento concreto de las reglas del mercado en un momento y una sociedad determinada» (p. 100). A mostrar esta evolución se dedica el cap. 5 («De la condena de la avaricia al séptimo mandamiento»), donde se lee: «El concepto y la práctica del “hurto” han cambiado radicalmente en Occidente junto con los conceptos y la realidad de la “riqueza” y la “pobreza”» y «ese cambio ha sido un componente importante en el camino hacia la Modernidad» (p. 129). Se pasa de un concepto estático, basado en la idea de *ius suum cuique tribuere*, a uno dinámico como infracción de las normas de la comunidad sobre la posesión y el uso de los bienes, y como violación fraudulenta de un pacto contractual (p. 130). La evolución se evidencia en los manuales para confesores (las *summae confessorum*) como también en las obras jurídicas (los *Tractatus de contratibus*), en las que se entrecruzan cuestiones jurídicas (como el caso del hurto famélico) y morales sobre la conciencia que redefinen el hurto como violación de las reglas del mercado (pp. 144-149) y abonan «una reflexión sobre la intención, que es la base de la moderna teoría jurídica del contrato» (p. 150). La relación entre el mercado y el hurto adquiere nuevos tintes en el s. XV, en la que denomina «sociedad contractual», objeto del cap. 6 («La sociedad contractual»). Adquiere entonces protagonismo clave el Estado, en tensión dialéctica con la conciencia de los agentes a los que se dirige (p. 169). Al principio de la Modernidad, el discurso sobre el mercado y sus reglas se caracteriza «por la contraposición de las fuerzas que tienden a controlar la sociedad y por una circularidad de las normas entre la ética y el derecho» (p. 199), pero en una relación de contraposición en la que se acaba produciendo una ósmosis continua entre uno y otro orden, entre el ámbito de la conciencia y el de la legislación, entre el Derecho positivo y la Ética. El cap. 7 traza las coordenadas de evolución de los tres agentes claves del cambio, «los verdaderos protagonistas del relato histórico del mercado en la Edad Moderna» (p. 202): las Iglesias, el

Estado y la que denomina «República internacional del dinero». Las primeras evolucionan a lo largo del s. XVI y los segundos en el XVII, mientras que en el s. XVIII se produce «una disputa entre el nuevo Leviatán y la república internacional del dinero» (p. 234). Queda de manifiesto la tesis central del libro: que a lo largo de la historia entre ética, política y mercado se produce una constante tensión mutua («estrecha imbricación», «simbiosis», «ósmosis», «entrecruzamiento», «dialéctica continua», «coexistencia y competencia», «fértil dualismo», «solapamiento»...). Concluida la descripción de la evolución a lo largo de los siglos, este capítulo sirve de transición a los tres siguientes, en los que expone la triple dimensión del hurto como delito, falta y pecado que se percibe en el paso del Medievo a la Modernidad.

El amplio cap. 8 (pp. 244-331) aborda la faceta del *hurto como pecado*, esto es, su relevancia ético-religiosa. En opinión del autor, con base en múltiples referencias bibliográficas, se percibe el intento de mantener el dualismo entre delito y pecado, de conservar separados ambos sistemas de referencia (p. 253). Lo cual dio lugar a una reflexión, en el ámbito protestante como también en el católico, sobre la obligatoriedad de las leyes, y propició la casuística como instrumento académico-religioso (p. 265) que tanto se extendió. No podía faltar aquí la referencia a las leyes «puramente penales» (pp. 271, 277, 310, 396). El concepto de hurto se amplía para incluir, además de la apropiación ilícita de bienes, la violación de los contratos, así como la invasión del poder político en la esfera económica y la corrupción de los funcionarios (pp. 249, 279). En este mutuo interés por el «hurto» y consiguiente tensión, los tribunales estatales van adquiriendo más preponderancia, mientras que los tratados sobre moral se van replegando cada vez más en la esfera de la conciencia y la confesión, como se percibe ya en la primera mitad del s. XVIII (p. 328). En cuanto al concepto de propiedad, resulta clave la separación entre la esfera pública y privada, así como su «sacralización», que permiten entenderla como extensión de la persona (pp. 293-295). Y en cuanto al mercado, surge este como entidad propia y separada, la infracción de cuyas reglas constituye igualmente un atentado contra el séptimo mandamiento (p. 297). El cap. 9 aborda el estudio del *hurto como falta*, esto es, como contrario a las leyes del mercado. Y este, en la república internacional del dinero, se esfuerza en desarrollar su propia vida, con su ideología y ética propias, como también con sus exigencias a los Estados para que lo proteja. Nuevamente se insiste en la tesis de la mutua influencia y transferencia («ósmosis») entre los niveles religioso, jurídico y político. La propiedad se define así, en términos secularizados, como emanación de la persona misma, del sujeto jurídico, que solo será ciudadano activo de pleno derecho en la medida en que sea propietario de bienes (p. 357), y el hurto como un atentado contra la persona (p. 359). Es el contexto en el que también surge la economía como ciencia. El cap. 10 estudia la tercera faceta: el *hurto como delito* contra las leyes del Estado. El autor detecta cómo en el s. XVI se prepara ya el paso, desde el hurto como pecado y como falta contra el mercado, a ser delito contra las leyes estatales (pp. 383-386, 403). Eso exige la razón de Estado y la actividad cada vez más fuerte de los Estados nación, también en lo económico. Las nuevas funciones del Estado hacen que el aspecto religioso del hurto se traslade hacia la intervención y tutela del mercado, y a constituir delito castigado por las leyes positivas. Así, el papel de la intención cede su relevancia a la consideración de la conducta como delito (p. 399); y las conductas delictivas aumentan para dar cabida a otras como la malversación, la insolvencia (p. 415). El proceso culmina con el código civil napoleónico que eleva el patrimonio a la categoría de valor supremo, junto a la vida, a proteger (p. 419).

Por último, el cap. 11 sirve de epílogo, resumen (pp. 429-434), consideraciones sobre los ss. XIX y XX, y planteamiento de cuestiones sobre el momento presente (pp. 446-463).

Es posible que, en una primera aproximación al texto, se critique la escasa precisión técnica de las categorías delictivas; o también que se obvie la relevancia del concepto penal de bien jurídico; o, en fin, que su estudio diluye las fronteras entre Derecho y Moral. Con todo, pienso que se trataría de críticas infundadas. Veámoslo.

El lector penalista puede echar en falta, en primer lugar, una referencia más precisa a los conceptos técnicos de las concretas figuras delictivas estudiadas, de modo que el libro adolecería de la necesaria precisión dogmática de los conceptos jurídico-penales mencionados: así, las estructuras y conceptos de hurto, robo o estafa, por ejemplo, requerirían mayor precisión. Pero no era pretensión del autor elaborar un preciso y, menos todavía, completo estudio sistemático de la criminalidad patrimonial. En este sentido, la aportación clave de esta obra no es tanto sistemática o estructural, cuanto de evolución de la visión política de realidades consideradas valiosas. Su aspiración es la de acceder a una nueva comprensión de la realidad que nos permita entender también el momento presente. Y en esto pienso que podemos aprender, y no poco. Concretamente, para el estudio de esa realidad que denominamos orden socioeconómico; como también para la idea misma de bien jurídico.

Con esto, paso en segundo lugar, a la posible crítica de obviar o ignorar un concepto tan propio de la doctrina penal como es el de bien jurídico. Sin embargo, lo que la lectura de esta obra invita a pensar es que las realidades consideradas valiosas (patrimonio o riqueza, como también vida, libertad, honor...) no son objetos tangibles y estáticos dados en un momento concreto, sino que en su configuración han ido confluyendo no pocos elementos e intereses, como líneas de fuerza que solo en perspectiva histórica se evidencian. Sucede, más bien, que se da una mutua relación de influencia –aquí, expresiones como las de «estrecha imbricación», «simbiosis», «ósmosis», «entrecruzamiento», tan reiteradas por el autor resultan más que ilustrativas–, hasta el punto de que la regulación influye en la percepción de los bienes, y estos en los intereses sociales y otras fuerzas de influencia social. No estaría de más por nuestra parte admitir como hipótesis que los bienes jurídicos se van configurando al ritmo de intereses y pretensiones sociales de diverso orden.

En tercer lugar, cabría pensar de entrada que la ilustrada frontera entre Derecho y Moral queda diluida, cuando no borrada, lo cual debería hacernos desconfiar del contenido de esta obra. Entiendo, sin embargo, que la evolución histórica, bien documentada y fundada, evidencia una simbiosis y mutua influencia que deberían llevar a dudar del postulado ilustrado. La separación no resulta tan evidente ni tan fácil el trazado de una neta línea divisoria. Parece claro que, a fin de cuentas, sobre el ciudadano se proyectan simultáneamente pretensiones normativas de diversa índole. Y, más que nítida separación, quizás convendría hablar de fructífera ósmosis.

Por todo lo señalado, la lectura de esta obra resulta de sumo interés al penalista. En primer lugar, porque contextualiza en la historia del pensamiento y el Derecho las categorías e instituciones que han dado contenido a la discusión doctrinal. El propósito del autor de «barajar las cartas de nuevo» tiene sentido, para remover modos de pensar establecidos que son más formales que materiales. Así, la aparición del mercado, en el contexto de la «república internacional del dinero», y su imbricación con las esferas religiosas y jurídicas resulta de gran interés. Pone de manifiesto, en segundo lugar, cómo la acción humana y la política jurídica (política criminal, si se quiere) se alimenta de un conjunto de ideas y categorías que se entrelazan desde muy antiguo. En este sentido, no parece realista llegar a comprender la acción humana, lo mismo que la política, sin tomar en cuenta esos otros órdenes normativos que influyen de hecho, y desde antiguo, en las decisiones de las personas. Lo moral, en sentido amplio, abarca no solo lo ético,

sino también lo religioso y las regulaciones que para afrontar el mercado y la vida social se hayan dictado. En este sentido, la perspectiva histórica, de siglos, permite vislumbrar la existencia de líneas de fuerza que llegan hasta el momento presente. La exposición que lleva a cabo PRODI se halla fundamentada en fuentes jurídicas, filosóficas, legislativas, etc., que aportan autoridad a sus consideraciones.

Como el autor señala: «Mi único propósito ha sido reunir factores históricos que con demasiada frecuencia se consideran por separado» (p. 432). Se trata de una ambiciosa empresa que se proponía su autor, y que marca también un modo de trabajar del que sin duda podemos aprender. Su lectura proporciona una visión original de lo clásico que aporta luces nuevas a los temas que damos por sabidos. Ya solo por este motivo, su lectura es recomendable. Personalmente, llegué a este libro por recomendación de mi colega y amigo Mario PEREIRA, a quien agradezco haberme hecho descubrirla. Mi escepticismo y curiosidad iniciales se rindieron enseguida para dar paso al asombro ante una obra admirable.

InDret

2.2025

Réplica a la Recensión de Carlos Pérez del Valle a El error de prohibición en el Derecho penal económico, Atelier, Barcelona, 2024, 289 páginas (InDret 1.2025)

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

-

Debo comenzar por agradecer al Prof. PÉREZ DEL VALLE la recensión que ha hecho de mi trabajo. De entrada, por el detallado, amable y fiel resumen de él, que es algo que no siempre sucede en un género en el que, para exacerbar en poco espacio las divergencias, se puede tender a la caricatura. También por la ocasión que me brinda para poder matizar o aclarar algunas de las ideas que expongo en aquel trabajo, como haré inmediatamente. Pero, ante todo, por dos razones que se separan un poco más de lo que puede resultar habitual. Por un lado, porque sus sugerentes observaciones me han permitido comprender más cabalmente lo que yo mismo sostengo y algunas de sus implicaciones (algo diré al respecto más adelante). Por otro, porque para preparar esta «réplica» he podido acercarme a la concepción del Derecho penal que postula desde hace algún tiempo el Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE, que injustamente había desatendido, y que, en lo metodológico, se distancia bastante del modo (mucho menos articulado) que tengo de ver todas estas cuestiones. Ello ha supuesto para mí un indudable enriquecimiento y, en cierto sentido, un «soplo de aire fresco».

El posicionamiento minoritario del autor al que ahora me refiero, sólidamente fundado, aunque presenta numerosos puntos de contacto con otros importantes penalistas de nuestro panorama actual, se encuentra explicitado con una claridad poco frecuente. Como la adopción de unas u otras premisas metodológicas no es neutra y surte efectos a la hora de adoptar decisiones, expongo brevísimamente sus lineamientos antes de apuntar mis divergencias con aquellos y pasar a realizar algún comentario al respecto de varias de las observaciones que me dirigía agudamente en su recensión. Para hacerlo acudiré a sus sugerentes *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (2024, 8ª ed., Dykinson, Madrid). En ellas, el Prof. PÉREZ DEL VALLE confiesa partir de «una concepción del derecho propia del iusnaturalismo clásico» (p. 23). A su juicio, «la ley natural (...) proporciona las normas morales en las que se asienta la validez del derecho y, por tanto, su obligatoriedad; y legitima la fuerza ante el fracaso de la norma como orientación de conducta» (p. 35). Y, finalmente, en lo que a la sucinta exposición que aquí puedo hacer se refiere, admite que «los presupuestos asumidos (...), sobre la base de la ley natural, son contrarios a esta visión contractualista liberal» (p. 47). Mi planteamiento, en cambio, menos desarrollado y con más frágil sustento teórico, asume precisamente esa «visión contractualista liberal» y no rehúye la etiqueta de «positivista». Cabría preguntarse, en cualquier caso, en un ejercicio ahora de autocrítica, por qué autores que no defenderían concepciones políticas liberales o las matizarían profundamente (entre quienes me encuentro) abrazan, en cambio, con tanta efusividad, concepciones penales liberales; máxime cuando es un lugar común entre ellos/nosotros declarar con solemnidad que no cabe trazar una cesura entre una determinada concepción del Derecho penal y los planteamientos políticos que subyacen a cada autor. Si todo lo anterior es cierto, las opciones son, según creo, solo dos. O muchos penalistas que no se creen políticamente liberales

en realidad lo son; o existen razones (por lo general no explicitadas) por las que puede ser sensato que un no-liberal en lo político defienda un Derecho penal liberal. No puedo desarrollar esto ahora, aunque tampoco podía resistirme a apuntarlo.

Esta divergencia de método conlleva consecuencias. Y es que no podía ser de otro modo, habida cuenta de que la asunción de unas determinadas premisas no constituye un mero acto de expresión de identidad, sino, también, un compromiso a la hora de desarrollar argumentos. Ello se percibirá (creo) nítidamente al abordar algunas de las cuestiones que quiero tratar aquí.

Paso, así, a realizar de modo necesariamente selectivo *algunas* observaciones al hilo del texto que recensiono mi trabajo, dadas las sensatas limitaciones de espacio de las que dispongo. Comenzaré tratando uno de los muchos puntos de acuerdo que existen entre el Prof. PÉREZ DEL VALLE y yo: no cabe apreciar un error de prohibición en la persona jurídica (aunque, como explico en la p. 104 de la obra recensionada, considero que, como excepción, cabría admitirlo en los supuestos de dudas objetivamente irresolubles porque las razones de impunidad en estos casos son algo particulares). Creo que nuestro acuerdo es prácticamente total en las consecuencias y en buena parte del recorrido que nos conduce a ellas: el problema, para ambos, es de base y es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta inadecuada, entre otras razones, porque la realidad impone límites al proceso de normativización (por mucho que este resulte bienvenido y necesario). Mientras que el autor con quien ahora discuto entiende que «existen razones de fondo para poner en tela de juicio» la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas basadas en que «la pena cumple una función específica en el proceso de socialización: sólo puede ser impuesta a sujetos capaces de ser culpables, lo que supone que sean capaces de asumir una identidad personal en sentido social» (2024, *Lecciones de Derecho penal*, 8ª ed., Dykinson, Madrid, p. 84), creo que es posible encontrar tales razones ya en un momento anterior; lo que eludiría el espinoso problema de las funciones que atribuimos (o no) a las penas. A mi juicio, la clave reside en que la teoría jurídica del delito, aunque no estemos acostumbrados a verla así, no es más que una de (entre muchas otras) las garantías que exigimos para imponer una pena. Y las exigimos porque la pena «duele», porque el Derecho penal «juega» con el sufrimiento y queremos controlarlo. Desde el momento en el que asumimos (y quiero creer, aunque uno nunca pueda estar seguro de ello, que sobre esto existiría consenso) que las personas jurídicas carecen de sistema nervioso, no tendría sentido extender las garantías penales (teoría del delito incluida) a las personas jurídicas. Por ello, no considero necesario embarcarse en la más espinosa cuestión sobre si es *posible* construir una teoría del delito para ellas. Sea posible o no, no es necesario.

Otro punto de acuerdo con el Prof. PÉREZ DEL VALLE lo encuentro en algo que él apunta y de lo que yo, ciertamente, no doy debida cuenta en mi trabajo: de los tres «frentes abiertos» que abordo en el último capítulo, dos son, en realidad, el mismo. Y es que al tratar separadamente el error sobre la posición de garante y sobre el riesgo permitido, parezco dar a entender que se trata de dos problemas diferentes cuando, sin embargo, si no son el mismo, se parecen mucho. Las premisas de esta última afirmación, sintetizadas ahora, serían las siguientes: (1) la posición de garante es un elemento de la autoría/participación; (2) la autoría se desprende de los tipos penales concretos; (3) la imputación objetiva consiste, en muy buena medida, aunque no en su totalidad, en determinar qué es lo que prohíben los tipos penales; así (4) los tipos penales (y, esencialmente, los verbos típicos tras su interpretación) determinan qué está prohibido y, en consecuencia, quién puede infringir la prohibición. PÉREZ DEL VALLE, en un sentido próximo, entiende que «el punto de vista de la doctrina más reciente» (conforme a la cual «la participación en el delito es una cuestión de imputación») «es correcto» (2024, *Lecciones de Derecho penal*, 8ª

ed., Dykinson, Madrid, p. 279). Para quienes partimos (yo lo hago) de que la cláusula del art. 11 CP no era necesaria para poder responder en comisión por omisión, la cuestión se reduce, poniendo el «sencillo» ejemplo del art. 138 CP, a determinar quién «mata» (por acción u omisión). Para responder a esa pregunta se tornan vitales las consideraciones sobre imputación objetiva y para generar un riesgo desaprobado de matar por omisión es preciso ostentar una posición especial: la de garante. Albergó dudas, en cualquier caso, acerca de que todo lo que tradicionalmente incluimos en la categoría «imputación objetiva» tenga un reflejo inmediato en lo referente a cuestiones de autoría y participación, pero no estoy en condiciones de expresarlas ahora. Así las cosas, creo que tenía razón el Prof. PÉREZ DEL VALLE en sus consideraciones al respecto (aunque seguramente si escribiera ahora el último capítulo seguiría estableciendo una división entre ambas cuestiones por razones expositivas, añadiría, sin duda, alguna explicación en este sentido).

Llego ahora al tercer (y penúltimo) aspecto que quisiera tratar en estas páginas: el relativo al fundamento de la exención de pena en el error de prohibición. Como bien apunta el Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE en su recensión, existe aquí una «discrepancia que incide en el método» y es que, creo, en este punto no es posible afirmar que haya acuerdo. A juicio de este autor (detalladamente expuesto en PÉREZ DEL VALLE, 2017, «Impunibilis y el derecho “en sentido subjetivo”», *InDret*, 3, pp. 24 y ss.), «la exclusión de la pena cuando existe un error de prohibición inevitable (...) presupone un contexto en el que, pese a la infracción del derecho, subsiste una actitud normativa de respeto al derecho como fuente de normas de conducta» (p. 25). Se trata, en definitiva, si no lo entiendo mal, de si el sujeto, con su delito, expresa o no rechazo a la norma jurídica como guía legítima de conducta. Esto, es obvio, encaja sin fricciones en sus premisas (descritas al comienzo de estas páginas). Una vez que unas normas jurídicas son efectivamente Derecho natural parece que su infracción (siempre, claro, que se den determinadas condiciones) legitiman la imposición del castigo. A mi juicio, en cambio, sería preciso deslindar las «buenas razones» para castigar (que una norma sea justa) de las «razones suficientes» para hacerlo. Entiendo que en una sociedad como la nuestra en la que resulta legítimo discrepar tanto del contenido de las normas como de su proceso de elaboración (más o menos democrático), que una norma sea «justa» (suponiendo que podamos ponernos de acuerdo sobre lo que ello signifique) es una condición necesaria, pero no suficiente, del castigo. A estos efectos, creo que es preciso «algo más»: conocer las consecuencias de esta infracción de las normas. Esto encaja perfectamente en una concepción contractualista-liberal del Derecho penal a la que, como he dicho, me adhiero (y ello, incluso, aunque alguno de sus más destacados representantes, como NINO o MAÑALICH, con los que *ahora* no puedo entrar en debate, no compartan esta conclusión). Por ello, aunque PÉREZ DEL VALLE y yo coincidamos en buena medida cuando hablamos del deber de conocer el Derecho, estamos partiendo de un concepto diferente de Derecho (y esto es algo que quizás no enfatice suficientemente en mi trabajo), pues yo incluiría en él no sólo lo que usualmente se denominan normas de conducta, sino también las llamadas normas de sanción.

Por último, tras señalar acuerdos y disensos reales y aparentes, quisiera mostrar que hay un punto en el que, como consecuencia, indudablemente, de una imprecisa explicación por mi parte, no existe, en realidad, según creo, diferencia entre nosotros. Me refiero ahora a la cuestión del «agotamiento de la dogmática» y es que puede parecer que abogo por desembarazarnos de los autores que nos han precedido para afrontar los nuevos retos no se sabe bien con qué novedosas herramientas. El pasaje en el que puedo inducir a un error sobre mi postura es el siguiente:

«Buena parte de la doctrina abandona hoy el barco de la dogmática o de la teoría jurídica del delito en el entendido de que esta se encuentra prácticamente agotada tras la continua revisión y perfeccionamiento a la que se ha visto sometida por algunas de las mejores cabezas de cada generación de penalistas.

Este planteamiento resulta errado por cuanto se representa la teoría jurídica del delito como una suerte de construcción ideal despegada de la realidad material a la que sirve. Si así fuera, si la dogmática jurídica fuera una especie de poema que ha sido refinado de generación en generación, ciertamente sería vanidoso pensar que quede nada que aportar a ella (por mi parte o por la de cualquiera de mis compañeros). Sin embargo, la dogmática jurídica no es nada de eso: es un instrumento que sirve a una realidad social concreta. En esa medida es preciso refinar el instrumento (o incluso cambiarlo) cuando la sociedad cambia. Si no, los académicos seríamos como el veterinario que emplea el mismo instrumental para intervenir quirúrgicamente sobre un pez tropical y sobre una vaca. Por supuesto que muchas de las ideas y construcciones que se han ofrecido en décadas (¡y siglos!) anteriores son útiles hoy en día (en ocasiones, mucho). Sin embargo, es absurdo creer que la dogmática se está agotando, y ello por la sencilla razón de que la sociedad (de la que la dogmática es tributaria) no solo no muestra síntomas de agotamiento (desde luego, no si entendemos “agotamiento” en un sentido absolutamente neutro), sino que, al contrario, evoluciona a una velocidad nunca vista.

Estaría encantado de escuchar por parte de los sepultureros de la dogmática cuáles son las soluciones que Binding, Beling o Feuerbach desarrollaron para los delitos cometidos a través de internet, la inteligencia artificial o los que se cometen en el marco de sociedades tan culturalmente heterogéneas como las nuestras. Pero sinceramente creo que poco podrán encontrar en ellos, que, al fin y al cabo, desarrollaron construcciones muy sofisticadas para su sociedad, pero no para la nuestra» (p. 34 de la obra recensionada).

En este último tramo, no reprocho a los autores citados que no tengan nada que aportar, sino que los «sepultureros» afirmen que las discusiones de la teoría del delito están agotadas porque autores muy inteligentes ya han pensado sobre ello. Critico a quienes dicen que no hay más que hacer porque ya está todo hecho desde hace años. El problema, que he generado torpemente, es que para reivindicar a la doctrina contemporánea parece que censuro a aquellos que nos precedieron. Nada más lejos de mi ánimo y de mi planteamiento que esto último.

Canta Silvio Rodríguez: «yo digo que no hay quien crezca más allá de lo que vale y el tonto que no lo sabe es el que en zancos se arresta». Y también lo afirmo yo. Entre las sólidas espaldas de quienes nos han precedido y los inseguros zancos que pueda proporcionarnos nuestra arrogancia me quedo yo también (como el Prof. PÉREZ DEL VALLE) con la estabilidad que nos ofrecen las primeras, aunque quepa discutir sobre cuáles son las más adecuadas para servirnos de apoyo.

Concluyo agradeciendo al Prof. Carlos PÉREZ DEL VALLE la oportunidad de conversar con él que me regaló con su recensión en la esperanza de que la discusión prosiga por estos y otros medios, pues me ha supuesto un enorme placer y enriquecimiento participar en ella.