

El principio de responsabilidad penal por el hecho

Directores:

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Víctor Gómez Martín

Coordinadores:

Juan Carlos Hortal Ibarra
Vicente Valiente Ivañez



Derecho Penal
y Procesal Penal

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL HECHO

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL HECHO

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Y VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
(Directores)

JUAN CARLOS HORTAL IBARRA
Y VICENTE VALIENTE IVAÑEZ
(Coordinadores)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: marzo de 2024

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-028-1 (edición en papel)
144-24-029-7 (edición en línea, PDF)
144-24-030-X (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-2967-5
Depósito legal: M-5168-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	13
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EN PARTICULAR: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y NATURALEZA DEL RESULTADO <i>Mirentxu Corcoy Bidasolo</i>	17
I. Introducción. Principio de culpabilidad	17
II. Responsabilidad por el hecho y naturaleza del resultado	20
III. Responsabilidad subjetiva y delitos cualificados por el resultado .	25
TRANSITANDO POR LA SENDA DEL DERECHO PENAL DE AUTOR. MODALIDADES HISTÓRICAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL HECHO	29
<i>Victor Gómez Martín</i>	
I. Planteamiento	29
II. Franz von Liszt y el programa de Marburgo	31
1. Exposición	31
2. Valoración crítica	37
III. La concepción sintomática del delito	42
1. Exposición	42
2. Valoración crítica	45
IV. El Derecho Penal Nationalsocialista	47
1. Exposición	47

	Páginas
2. Valoración crítica	51
2.1 Planteamiento	51
2.2 Sobre la lucha nacionalsocialista contra el concepto de bien jurídico	53
2.3 Sobre la lucha nacionalsocialista contra la separación de injusto y culpabilidad	57
2.4. Acerca de la teoría de la «culpabilidad por la conducción de vida» de Mezger	70
2.5 Sobre la definición nacionalsocialista de delito como infracción de un deber	71
2.6 Sobre la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor. Al mismo tiempo, algunas consideraciones metodológicas sobre si el derecho penal nacionalsocialista fue, o no, positivista	74
V. El «Derecho Penal del Enemigo»	79
1. Exposición	79
2. Valoración crítica	88
2.1 Sobre la evolución del concepto de Derecho penal del enemigo en Jakobs	88
2.2 Sobre la supuesta doble función de la pena	96
2.3 Sobre la separación de los Derechos penales del ciudadano y del enemigo	99
VI. A modo de epílogo: Los dos sentidos del Derecho Penal de Autor .	101
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> : UNA MIRADA COMPATIBILISTA	105
<i>Juan Pablo Montiel</i>	
I. Introducción	105
II. La <i>alic</i> como forma de Derecho Penal de autor: ¿Un callejón sin salida?	106
III. ¿De qué hablamos cuando aludimos a «culpabilidad por el hecho», «culpabilidad por la conducción de la vida» y «culpabilidad de autor»?	109
IV. Objeto del reproche en la <i>alic</i>	112
1. Planteamiento del problema	112
2. Objeto de imputación y base del reproche	113
3. Magnitud del reproche de culpabilidad en la <i>alic</i>	116
V. Cuestiones abiertas sobre los presupuestos de la culpabilidad formal en la <i>alic</i>	118
VI Reflexiones finales	120

SENTIDO Y EXPRESIONES DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO BAJO UN ESQUEMA DIFERENCIADOR DE INTERVENCIÓN DELICTIVA	123
<i>Diego González Lillo</i>	
I. Sentido del principio de responsabilidad por el hecho propio: una aproximación preliminar	123
II. Modalidades de Autoría y principio de responsabilidad por el hecho propio	128
1. Autoría directa	129
2. Autoría mediata	130
3. Coautoría	135
III. Intervención accesoria y principio de responsabilidad por el hecho propio	139
IV. Corolario	148
¿CUESTIONA LA AGRAVACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA POR RAZÓN DE GÉNERO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO?	149
<i>Carolina Bolea Bardon</i>	
I. Introducción	149
II. Problemática derivada de la aplicación del artículo 57.2 CP	149
III. Pena agravada de quebrantamiento en el contexto de la violencia de género y doméstica	151
IV. Quebrantamiento de penas o medidas consentido por la víctima ..	153
1. Consecuencias para el autor del quebrantamiento	153
2. Consecuencias para la mujer	155
3. Vías de solución propuestas por la jurisprudencia	157
4. Crítica y reflexión final	158
CONCEPTO DE DOLO, ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES Y MODELO ANGLOAMERICANO DE ESTADOS MENTALES: ¿QUÉ DATOS APORTAN LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS?	161
<i>Mercedes Pérez Manzano</i>	
I. Introducción	161
II. Los estudios empíricos sobre las dificultades de identificación de las clases de <i>mens rea</i> del <i>Model Penal Code</i>	163
1. Los cuatro estados mentales del <i>Model Penal Code</i> y sus definiciones	163
2. Los estudios realizados	164

	Páginas
III. Los estudios de los filósofos experimentales sobre la atribución intuitiva de intenciones, responsabilidad y pena	168
IV. La inconsistencia de la objeción de invalidez de los datos para un sistema penal con jueces profesionales	170
V. Identificando el problema	175
1. Discordancia entre los conceptos técnico y vulgar de los estados mentales y vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva	175
2. Los déficits de la representación del riesgo como criterio para la asignación del estado mental	178
3. A la búsqueda del elemento volitivo	181
EL ROL DE LA IDEA DE INDIFERENCIA EN LOS CASOS DE CEGUE- RA ANTE LOS HECHOS	185
<i>José Milton Peralta</i>	
I. Introducción	185
II. El concepto de ceguera ante los hechos y la relevancia de la idea de indiferencia	186
III. El rol de la idea de indiferencia y la crítica al Derecho Penal de ánimo	189
IV. La indiferencia como una forma de describir el desconocimiento inexcusable	190
1. La tesis central	190
2. Indiferencia y falta de justificación del desconocimiento	191
3. La relevancia de la «autoimplicación en el riesgo» en el concepto de indiferencia	193
V. Independencia conceptual entre dolo y actitud interna: ¿dolo altruista e imprudencia egoísta?	196
1. Dolo altruista	196
2. Imprudencia egoísta	198
VI. Conclusiones	200
INDICADORES DEL DOLO EN EL BLANQUEO DE CAPITALS	203
<i>Armando Sánchez-Málaga</i>	
I. Introducción	203
II. Asesoría, auditoría, antecedentes	204
III. Interpretación judicial del tipo subjetivo del blanqueo de capitales	206
IV. Ventajas del enfoque normativo	209
V. Propuesta	213

	Páginas
SUPUESTOS DE ERROR EN DERECHO PENAL DE EMPRESA	217
<i>Miguel Díaz y García Conlledo</i>	
I. Planteamiento general del trabajo	217
II. Introducción	218
III. La solución de tratar todos los errores como excluyentes del dolo ..	219
IV. El error sobre elementos normativos del tipo en el Derecho penal económico y empresarial	220
V. Las soluciones intermedias y la defensa personal de la flexibilización en la apreciación de errores de prohibición invencibles ... aunque con límites	225
VI. Otros problemas de error: un apunte acerca del error en los delitos fiscales	227
LA RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	233
<i>Juan Luis Fuentes Osorio</i>	
I. Introducción	233
II. Injusto	236
III. Culpabilidad	242
IV. Hecho de conexión	249
CULTURA DE CUMPLIMIENTO: MÁS ALLÁ DE LA ÉTICA CORPORATIVA (Y DEL PRINCIPIO DEL HECHO)	255
<i>Alejandro Turienzo Fernández y Javier Cigüela Sola</i>	
I. La perspectiva tradicional: Códigos de Conducta, políticas de empresa, formación y sensibilización	257
II. No solo de ética de los negocios vive el <i>compliance</i> cultural: el <i>behavioral compliance</i>	260
1. Apoyar las iniciativas en cumplimiento normativo y predicar con el ejemplo: <i>el tone from the top</i>	264
2. El proceso de selección de personal: más que una cuestión de negocios	266
3. Editar <i>los scripts</i> : cuando el lenguaje que permea en la organización importa	268
4. <i>With a Little Help From My Friends</i> : los <i>nudges</i>	275
4.1 El origen de los <i>nudges</i> : sobre crías de elefante, moscas en urinales y un Premio Nobel de Economía	275
4.2 El uso de <i>nudges</i> en cumplimiento normativo con miras a prevenir la delincuencia corporativa	278

■ EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL HECHO

	Páginas
4.3 Puntos de discusión	282
4.3.1 La limitada eficacia preventiva de los <i>nudges</i>	282
4.3.2 Las objeciones éticas contra los <i>nudges</i>	284
III. Excurso a modo de conclusión: la prevención corporativa más allá del principio del hecho	287
LA CERTIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL	289
<i>Armando Sánchez-Málaga</i>	
I. Introducción	289
II. Concepto de certificación	292
III. Certificación como mecanismo de garantía	293
IV. Formas de certificación	296
V. Uso de la certificación	302
VI. Conclusión	304
REQUISITOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: ELEMENTOS PERSONALES Y ELEMENTOS DEL HECHO	305
<i>Julio Gonzalo Miranda</i>	

PRÓLOGO

Las contribuciones que conforman el presente volumen constituyen el resultado final del proyecto de investigación «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM, RTI2018-097727-B-I00), financiado desde el Programa Estatal de Investigación Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia e Innovación desde el 1 de enero de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2022, y que ambos hemos codirigido. El objeto del proyecto de investigación, el principio de responsabilidad por el hecho, constituye, sin duda, uno de los límites de la intervención penal de un Estado democrático de mayor relevancia. El proceso de inexorable deconstrucción que este principio viene sufriendo en la actualidad obliga a indagar en las causas de esta crisis y a reflexionar sobre sus eventuales vías de solución. A pesar del implacable efecto de la pandemia global ocasionada por el Covid-19, así como de no pocas incidencias burocráticas ¹, el pro-

¹ Aun cuando el proyecto ha sido dirigido materialmente por los firmantes del presente prólogo, únicamente Víctor Gómez ha venido siendo formalmente reconocido como investigador principal del proyecto, negándose tal condición (e incluso la de miembro formal del equipo de investigación), en cambio, a Mirentxu Corcoy. Los motivos son de tan difícil comprensión, máxime en atención a la rotundidad de la consecuencia, que, según creemos, merecen ser brevemente expuestos. En el aplicativo del Ministerio, el *Curriculum Vitae* (CV) individual de cada uno los potenciales integrantes del proyecto debían ser incorporado con cuerpo de letra 12 y se introdujo con tamaño 11, al ser su extensión superior al máximo de 4 páginas prescrito. Se emplazó a la subsanación de dicho defecto formal, convirtiéndose el texto a tamaño 12, lo que conllevó la eliminación de algunas líneas del referido CV para que el conjunto cupiera en el igualmente mencionado espacio máximo de 4 páginas. Desde el Ministerio se consideró que ello suponía una transformación del contenido del texto no únicamente formal, sino también material, en concreto una «mejora» sobrevenida del CV, y, en consecuencia, que no procedía realizarla fuera del plazo reglamentariamente previsto para la presentación de la solicitud del proyecto. Desde que, con base en un fundamento tan peregrino como el expuesto, a Mirentxu Corcoy se le denegó la doble condición de investigadora principal y miembro del equipo de investigación del proyecto FACTUM, nos preguntamos cómo es posible que la supresión de elementos de un CV suponga «mejorarlo», sin que a día de hoy hayamos dado con una respuesta razonable a tal cuestión. Situación, no cabe duda, cuanto menos surrealista, máxime teniendo en consideración que, de acuerdo con los informes evaluativos de los expertos, la concesión del proyecto se fundamentó, en gran medida, en la calidad de los CV de los investigadores principales.

yecto ha conseguido abrirse paso a través de la realización de una veintena de exitosas actividades académicas y de numerosas publicaciones indexadas, entre las que se cuenta la presente.

El grave retroceso que están sufriendo las garantías constitucionales propias de un Estado social y democrático de Derecho también está afectando, como no podría ser de otro modo, al principio de culpabilidad. Esta involución constituye, en realidad, una importante decepción. No en vano, con la entrada en vigor de la Constitución se albergó la fundada esperanza de que el Derecho Penal se correspondiera, después de la infausta etapa dictatorial, con el de un Estado verdaderamente democrático. Más desilusionante ha sido aún el modo en que este derrumbamiento se ha producido: mientras que la consolidación de esas garantías ha representado un proceso lento y difícil, por desgracia su desintegración parece haber transcurrido de un modo mucho más rápido y sencillo.

En los diferentes capítulos del libro, los integrantes del proyecto analizan aquellos aspectos de la responsabilidad por el hecho que en la actualidad resultan afectados en mayor medida por las múltiples reformas legislativas, especialmente, en la última década y, en algunos supuestos, también por su aplicación en los tribunales e incluso por determinadas teorías doctrinales. Muy brevemente mencionaremos la problemática abordada en cada uno de ellos.

En el primer y segundo capítulo se ponen de relieve las cuestiones esenciales que afectan a la responsabilidad por el hecho. En el primero se trata de llamar la atención sobre la tendencia, tanto en la legislación como en su aplicación por los tribunales, de fundamentar el castigo con base en la gravedad del resultado. Esta tendencia encuentra su fundamento en consideraciones victimológicas de naturaleza vindicativa y en el auge doctrinal del neo-retribucionismo. La perspectiva *ex ante*, defendida por nuestro común maestro Santiago Mir Puig, por virtud de la cual el castigo se fundamentaría en la mayor o menor gravedad de la conducta, pasa a sustituirse por una perspectiva *ex post* conforme a la cual el desvalor, y la correspondiente sanción, se sustentarían en la menor o mayor gravedad del resultado. En la segunda contribución al volumen se realiza un amplio estudio retrospectivo de algunas de las principales manifestaciones históricas del Derecho penal de autor. Dicho estudio demostraría que algunas manifestaciones legislativas actuales no se encuentran particularmente alejadas de aquel supuestamente superado Derecho penal de autor.

Este punto de vista se retoma, en cierta medida, a través de la aportación de Juan Pablo Montiel, dedicada a la problemática de la *actio libera in causa*, al implicar esta figura la necesidad de tener en cuenta circunstancias del autor previas a los hechos objeto de enjuiciamiento. Montiel explora hasta qué punto la *actio libera in causa* contradice el principio de culpabilidad, para concluir que depende de cómo se entienda. Consecuentemente, lleva a efecto una propuesta conforme a la

cual la *actio libera in causa* y el principio de culpabilidad serían compatibles. Por su parte, Diego González Lillo pone en relación el principio de responsabilidad personal con el del hecho. De forma clarividente, considera que este último principio es una herramienta indispensable en el análisis al interno de la dogmática de la intervención delictiva, por cuanto una persona solo puede responder por su propia conducta. Carolina Bolea introduce en su artículo una cuestión específica como es la agravación del quebrantamiento de condena en los supuestos de violencia de género como punto de confrontación con el respeto al principio de responsabilidad por el hecho. Con base en todo ello, se plantea, con toda lógica, la duda de si esa agravación de la pena se encuentra o no justificada.

Los cuatro capítulos siguientes se hallan vinculados al principio de responsabilidad subjetiva. Mercedes Pérez Manzano pone en relación el concepto de dolo, propio del sistema continental, con la atribución de intenciones del modelo angloamericano de estados mentales. En su trabajo se cuestiona, en concreto, si los estudios empíricos acerca de la distinción entre los cuatro estados mentales del sistema angloamericano tienen en realidad alguna validez. Así, aun cuando la ciudadanía estaría de acuerdo con la jerarquización de esas categorías, la autora sostiene que tales estudios no son capaces de diferenciar entre la *recklessness* y la imprudencia. Pérez Manzano formula, con todo, una propuesta acerca del concepto de dolo que en cierto modo supone tomar en consideración dichos estudios empíricos en orden a diferenciar entre dolo eventual e imprudencia. Desde otra perspectiva, José Milton Peralta se centra en los problemas que suscita la calificación como dolosos de los supuestos de *recklessness* y se plantea si la indiferencia podría ser acaso el elemento que justificaría esta calificación.

La dogmática acerca del dolo ha adquirido si cabe una mayor importancia y discusión a partir de la mayor relevancia que en las últimas décadas ha adquirido el Derecho penal de empresa. Ello explica que los tres capítulos siguientes se encuentren relacionados con este ámbito. Armando Sánchez Málaga estudia las características propias de la imputación subjetiva en los llamados delitos socioeconómicos, centrándose, en particular, en el delito de blanqueo de capitales. Partiendo de su teoría acerca de la necesidad de que los tribunales prueben el dolo a partir de indicadores, Sánchez Málaga establece las características de estos indicadores en los delitos socioeconómicos, diferenciando diversos escenarios en atención al riesgo y la evitabilidad del desconocimiento, así como la experiencia y los deberes que incumban al sujeto al que se imputa el delito. En similar dirección, Miguel Díaz y García Conlledo aborda la problemática del error en los delitos socioeconómicos planteándose el dilema de si todos los supuestos de error excluyen el dolo o si también en este ámbito conviene seguir practicando la distinción entre error de tipo y de prohibición.

Algo que en modo alguno podía ser obviado en una obra sobre el principio del hecho es la legitimidad de castigar con penas a personas jurídicas. Juan Luis Fuentes Osorio la aborda mostrándose partidario de la posibilidad de un injusto y una culpabilidad propios de las personas jurídicas que pueda justificar el merecimiento de pena de los hechos cometidos en su seno, de los que haya podido beneficiarse la corporación. Para este autor, la autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no implica la impunidad de las personas físicas implicadas en la comisión del delito.

Asimismo, Alejandro Turienzo y Javier Cigüela ponen en relación la responsabilidad penal de la persona jurídica con la responsabilidad por el hecho a través del análisis del significado de los programas de cumplimiento –*criminal Compliance programs*– en relación con la posible exclusión o atenuación de dicha responsabilidad. Turienzo y Cigüela prestan particular atención a la figura de los *Nudges*, señalando sus distintas modalidades, su eficacia preventiva y los problemas éticos que pueden suscitar.

Los dos últimos capítulos están dedicados a aspectos procesales. Armando Sánchez Málaga analiza algunos aspectos adjetivos relevantes de los ya referidos modelos de prevención de delitos. Destaca entre ellos la eventual relevancia de la certificación de estos programas de cumplimiento en la determinación de su eficacia para excluir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por su parte, Gonzalo Miranda, vuelve de lleno al núcleo de la responsabilidad por el hecho, planteándose si la prisión preventiva podría representar, en no pocas ocasiones, otra de las manifestaciones del Derecho penal de autor, al fundamentarse su imposición no en los hechos objeto de enjuiciamiento, sino fundamentalmente en circunstancias personales del sujeto.

Constituye un común denominador de todos los trabajos que acaban de ser reseñados, en suma, la clara vocación de la presente obra de llamar la atención del lector acerca de la incuestionable crisis en la que las diversas reformas legislativas y su aplicación en los tribunales han sometido al principio de responsabilidad por el hecho. Ojalá que algunas de las alternativas aquí insinuadas sirvan para mostrar a la política criminal el camino que nunca debería haber abandonado: el del respeto por las garantías constitucionales.

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
JUAN CARLOS HORTAL IBARRA
VICENTE VALIENTE IVAÑEZ

Barcelona, noviembre de 2023

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EN PARTICULAR: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y NATURALEZA DEL RESULTADO

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO*

I. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad, con sus cuatro sub-principios: personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad en sentido estricto (imputación personal) es una garantía esencial en un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido expuesto magistralmente por mi maestro el profesor Mir Puig¹. En este trabajo, aun cuando me referiré a los cuatro, me centraré en el principio de responsabilidad por el hecho y su relación con la naturaleza del resultado.

El principio de «culpabilidad» se corresponde con el principio de presunción de inocencia. «Culpabilidad» e «inocencia» se contraponen. Sin culpabilidad no es legítima la imposición de una pena. La expresión culpabilidad no debe entenderse en su significado moral –culpabilidad moral– sino en el jurídico –culpabilidad jurídica–. La confusión que conllevan los términos principio de culpabilidad y culpabilidad en sentido estricto, junto con la confusión entre culpabilidad moral y jurídica, ha conducido a varios autores, entre los

* Catedrática de Derecho penal. Universidad de Barcelona. El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (RTI2018-097727-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, dirigido por Víctor Gómez Martín.

¹ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires (BdeF), 2003.

que me encuentro, a denominar a la culpabilidad en sentido estricto imputación personal². Se trata de suprimir aspectos moralizantes, relacionados con la bondad o maldad del sujeto, por elementos relacionados con la capacidad de motivación de la persona en el momento de los hechos, así como de lo que le es exigible³.

Todos los principios derivados de la idea de culpabilidad se fundamentan en la dignidad humana, entendida en un Estado democrático respetuoso con el individuo, ofreciendo la posibilidad de evitar la pena si la persona se comporta conforme a derecho. Ello guarda relación, así mismo, con la seguridad jurídica que implica que el ciudadano puede confiar en que no será castigado si respeta las normas jurídicas. Por su parte, el principio de igualdad, entendido en su sentido de igualdad material (o real) conlleva que no puedan ser castigados tanto quienes no alcanzan el nivel de motivabilidad exigido por la ley –imputación personal– como aquellos a los que por sus circunstancias personales no les es exigible actuar conforme a la norma, por razones de miedo insuperable o error de prohibición.

Antes de profundizar en la responsabilidad por el hecho, es necesario llevar a efecto una síntesis de los aspectos que actualmente suscitan debate respecto de cada uno de los sub-principios del principio de culpabilidad. Así la responsabilidad personal implica excluir la posibilidad de la responsabilidad colectiva y de la responsabilidad por el hecho ajeno. En este contexto se plantea el debate acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema que no es posible desarrollar en este trabajo⁴. Respecto de la responsabilidad subjetiva el debate actual se centra en el concepto de dolo⁵, su contenido, su diferenciación de la imprudencia y sobre la legitimidad de equiparar al dolo la ignorancia deliberada o la propuesta de introducir un nuevo nivel, en el sentido

² Entre otros, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, pp. 539-548; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1976, pp. 114 ss.

³ LUZÓN PEÑA, D., «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, 3/2012, pp. 10-17, en sentido crítico a la posibilidad de motivación como fundamento de la culpabilidad.

⁴ Sintetizando podría afirmarse que la doctrina se ha posicionado entre quienes tratan de desarrollar una teoría del delito propia para las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid (Marcial Pons), 2005, cuya propuesta es construir una culpabilidad genuinamente empresarial, y quienes consideran que no es posible fundamentar una equivalencia funcional entre el individuo y la organización, entre los que podríamos citar a GÓMEZ MARTÍN, V., «Falsa alarma o sobre por qué la ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en Corcoy Bidasolo., M y Mir Puig. (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 331 ss.; o CIGÜELA SOLA, J., «El injusto estructural de la organización», *InDret*, 1/2016, pp. 1-28.

⁵ Entre otros muchos, como ejemplo de diferentes posicionamientos, Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, F., *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho penal*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2006; PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires (Hammurabi), 2015; SÁNCHEZ MÁLAGA, A., *Una teoría para la determinación del dolo*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2018.

de la *recklessness* anglosajona⁶. En cuanto a la imputación personal los tres temas a debate serían la imputabilidad, en relación con los avances de la neurociencia⁷, el estado de necesidad exculpante/miedo insuperable/inexigibilidad, en los supuestos de conductas que, sin poder considerar al sujeto como instrumento, este actúa en una situación condicionada por las circunstancias en que se encuentra. En particular, la idea de la inexigibilidad adquiere gran relevancia en el ámbito del derecho penal de empresa en relación con los subordinados que, no pueden ser calificados de meros instrumentos, ya que conocen la lesividad de la conducta que llevan a efecto. No obstante, su conducta está condicionada por el miedo a perder el trabajo, es fungible y, lo más relevante carecen de capacidad de decisión. En definitiva, poseen exclusivamente un dominio negativo consistente en la posibilidad de no realizar la conducta y denunciar⁸.

El error de prohibición, como aspecto de la imputación personal, ha entrado con fuerza en la discusión, planteándose el alcance de los supuestos de conductas condicionadas culturalmente. Esta cuestión ha sido recogida en diversos Códigos penales latinoamericanos, como el peruano, artículo 15 CPP «error de comprensión culturalmente condicionado»⁹. El debate se ha desarrollado en mayor medida, y regulado expresamente en los Códigos penales, especialmente en latino-américa, en relación con las culturas y costumbres indígenas. No obstante, también en Europa, debido a la inmigración, conviven culturas muy diversas, en particular, los mayores problemas se suscitan en relación con la religión/cultura musulmana¹⁰. No pudiendo profundizar en este trabajo en el tema, sí quiero poner de manifiesto mi postura, opinión que puede estar también «condicionada» por el hecho de que, en general, la situación subordinada de la mujer en el islam, pero también en muchas culturas indígenas. La cultura occidental siendo cierto que fabrica misiles y bombas y que se aprovecha de la mano de obra y de la riqueza del llamado «tercer mundo», ha ido desarrollando un catálogo de derechos humanos que deben respetarse en todo caso y que, las culturas en que no se respete alguno/s de ello/s debe mo-

⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2008.

⁷ Cfr. DEMETRIO CRESPO, E., *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid (Edisofer), 2013.

⁸ Cfr. ROBLES PLANAS, R., «Las “conductas neutrales” en derecho penal, la discusión sobre los límites de la complicidad punible», *Revista brasileira de ciencias criminais*, núm. 70, 2008, pp. 190-228.

⁹ Al respecto es referente la obra de VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Diversidad cultural y Derecho penal*, Lima (Ideas), 2017, *passim.*, en la que profundiza en las diversas aristas de esta cuestión.

¹⁰ SSTS 5908/2013, 16 de diciembre, en un caso de violación a niña de 12 años por parte de un subsahariano que había contraído «matrimonio» con la menor; 7827/2012, 31 de octubre, en supuesto de ablación aprecia error de prohibición vencible de la madre por vivir poco tiempo en España y no del padre que llevaba 10 años; 1070/2007, 14 de diciembre, en un supuesto de relaciones sexuales consentidas con menores, entre ecuatorianos.

dificar sus creencias. Por no extenderme, haré únicamente referencia, como ejemplo, a la ablación y a las penas degradantes.

II. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO Y NATURALEZA DEL RESULTADO

La concepción de la responsabilidad por el hecho que propongo parte de la concepción de la norma penal como norma imperativa de determinación, que obliga o prohíbe a los ciudadanos a realizar o no realizar una determinada conducta. La valoración de esa conducta es una cuestión previa que determina la legitimidad constitucional de esa norma penal en cuanto sirve a la protección de un bien jurídico relevante o un interés prevalente en una determinada sociedad y momento histórico.

Concebir la norma penal como norma de determinación implica que esta trata de motivar al ciudadano a no cometer delitos, omitiendo conductas prohibidas y realizando las obligadas. Desde esa perspectiva lo que el Derecho penal puede prohibir u obligar son conductas no resultados, ya que la producción de estos últimos dependerá de cuestiones ajenas a la voluntad del sujeto. Esta cuestión se manifiesta en los llamados delitos de resultado ya que, en los delitos de mera actividad, *ex post*, no hay que probar la concurrencia de un resultado material imputable a la conducta típica, sino que únicamente es necesario probar la lesividad, la antijuridicidad material, es decir, el resultado en sentido jurídico¹¹.

Este posicionamiento enlaza con la perspectiva *ex ante* que debe adoptarse para analizar los hechos, fundamentando el injusto penal en la conducta realizada por el autor, no en las consecuencias¹². Conducta en la que, atendiendo a la responsabilidad subjetiva, deberá concurrir dolo o imprudencia. Dolo o imprudencia cuya existencia también deberá ser valorada *ex ante*, atendiendo a las circunstancias concurrentes conocidas por el autor –dolo– o que este debería de conocer –imprudencia–. Las circunstancias posteriores a la realiza-

¹¹ En este sentido, MAÑALICH RAFFO, J. P., «Norma, antinormatividad y azar resultativo», en Gómez Martín/Bolea Bardon/Gallego Soler/Hortal Ibarra/ Joshi Jubert, (dirs); Valiente Ivañez/Ramírez Martín, (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. LH a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* Madrid (BOE), 2022, pp. 702-711, de forma muy inteligente, pone como ejemplo, para demostrar la ausencia de azar en la producción del resultado y su consideración como algo ajeno a la conducta, el delito de falso testimonio, es decir, un delito de mera actividad.

¹² Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch), 1976, *passim*.; y *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona (Bosch), 1979. De ambas monografías se han publicado segundas ediciones en la Ed. BdeF.

ción del hecho pueden ser indicadores de la existencia o no de dolo o imprudencia, pero no deberían fundamentar el injusto ni deberían agravarlo, aun cuando sí es posible atenuarlo en base a una menor culpabilidad –necesidad de pena–.

En general, en la doctrina, cuando se hace referencia a la responsabilidad por el hecho se discute y critica el llamado derecho penal de autor y el derecho penal del enemigo. Críticas con las que coincido pero que no serán objeto de este trabajo. Al igual que la problemática relacionada con la introducción en las leyes penales de los delitos de odio y discriminación, entre otros, que supone, en definitiva, un adelantamiento extraordinario e injustificado de las barreras de protección castigando conductas de provocación, apología, etc. Adelantamiento en el que también se infringe el principio de proporcionalidad ya que se castigan igual conductas con un desvalor muy diferente.

En este contexto se trata de defender que el resultado tiene una naturaleza de condición objetiva de punibilidad. Ello no significa que no sea relevante, sino que la imputación objetiva del resultado a la conducta típica no agrava el injusto, aun cuando de no existir ese resultado o de no poder ser imputado a la conducta la pena será inferior –tentativa en los delitos dolosos– o el hecho será impune –delitos imprudentes–. Una solución relacionada, así mismo, con la distinción entre merecimiento de pena y necesidad de pena. El merecimiento de pena se determina *ex ante*, atendiendo a la gravedad de la conducta, mientras que la necesidad de pena se determina *ex post* atendiendo a la situación personal del sujeto (imputabilidad, inexigibilidad, error de prohibición) y a que se pueda imputar objetivamente un resultado¹³.

En definitiva, la gravedad del injusto se determina *ex ante* y, por consiguiente, no debería agravarse la pena por razones ajenas al injusto como es la producción o no del resultado, así como, por ejemplo, sucede con la reincidencia y, en la actualidad, también con pronósticos de peligrosidad en relación con la libertad vigilada. Por consiguiente, la producción de un resultado no debería implicar una mayor gravedad de la pena, aun cuando desde una perspectiva político criminal pueda entenderse como adecuado rebajar la pena cuando no concurre, tal y como sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la tentativa. Que no se haya producido el resultado o este no sea imputable a la conducta típica puede conllevar una menor necesidad de pena, esencialmente, por la ausencia de víctima. Desde una perspectiva sociológica el hecho de que

¹³ En este sentido, FRISCH, W., *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, (Müller), 1988, pp. 509-518; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2010, pp. 672-677.

no se haya producido el resultado implica que la conmoción social es inexistente o mínima.

La tentativa idónea acabada es el contenido del injusto típico. Con ello no se resta importancia al resultado ya que la finalidad de la norma penal que se ha infringido con la conducta típica es, precisamente, evitar esos resultados. Así mismo, el resultado también es relevante en relación con la responsabilidad subjetiva ya que el dolo requiere el conocimiento de la idoneidad de la conducta para producir el resultado y la imprudencia el deber de prever la probabilidad de que se produzca ese resultado con la realización de la conducta típica, en ambos casos tanto por comisión como por comisión por omisión.

En definitiva, desde este posicionamiento, el injusto se realiza cuando el sujeto realiza una conducta idónea para afectar un bien jurídico-penal –es decir cuando concurre una tentativa idónea–. Tentativa idónea que supone ya una afectación del bien jurídico-penal, entendido como resultado en sentido jurídico. Es decir, debe probarse *ex post* que la conducta ha afectado el bien jurídico-penal. En consecuencia, para la determinación del injusto no es relevante la producción de un resultado entendido en sentido material, separado espacio-temporalmente de la conducta. El resultado en sentido jurídico supone la afectación *ex post* del bien jurídico-penal protegido, mientras que el resultado en sentido material es la afectación/lesión del objeto material del tipo penal. Así, por ejemplo, en las falsedades documentales, el resultado en sentido jurídico es la afectación de la seguridad en el tráfico jurídico (la fe pública, por ejemplo), mientras que el resultado en sentido material es el documento falsificado.

Para que exista un hecho penalmente relevante siempre es necesaria la afectación del bien jurídico-penal, como contenido del principio de lesividad o antijuridicidad material –resultado en sentido jurídico–. Ello conlleva, junto a la distinción entre resultado en sentido jurídico y resultado en sentido material, la diferenciación entre afectación del bien jurídico-penal y lesión del objeto del delito. Lo que, a su vez, requiere diferenciar entre bien jurídico-penal y objeto del delito, algo que, aun cuando sea inconscientemente, se confunde habitualmente. La razón de esta confusión puede encontrarse en que la teoría del delito, tradicionalmente, se ha desarrollado a partir del homicidio, siendo este el único delito en el que objeto del delito y bien jurídico coinciden y además ello supone que se interprete la lesión como «destrucción» del bien jurídico. Incluso en los delitos de lesiones puede producirse una lesión del objeto del delito sin que se «destruya» la salud que, incluso desde una perspectiva objetiva, puede haber mejorado.

Con todo lo descrito no se quiere afirmar que el resultado carezca de relevancia ya que la evitación del resultado está en el origen de la creación de la

norma penal. La razón para no incluir el desvalor del resultado en el injusto se basa en que su producción o no es independiente de la conducta. Conductas idénticas, concurriendo las mismas circunstancias que *ex ante* conoce el autor, es posible que provoquen un resultado o no.

Veamos con dos ejemplos lo anterior:

1. A dispara al cuerpo de B a 10 metros de distancia cerca del corazón, aun cuando B no muere porque la bala impacta en el lugar en que en el bolsillo interior de la chaqueta B lleva el móvil y la cartera.

2. A dispara al cuerpo de B a 10 metros de distancia cerca del corazón, B muere en el acto.

¿Realmente pueden apreciarse diferencias en la conducta de A en los supuestos 1 y 2?

Situación que se plantea igualmente en los llamados delitos de peligro:

1. El consejo de administración de la empresa cárnica «Hamburger, S. L.», deciden sacar al mercado un producto que no ha sido elaborado conforme a la legislación vigente en materia de salud pública y que saben que puede ser lesivo para la vida o salud de las personas. Cuando el producto ya estaba en los camiones preparado para ser enviado a los supermercados interviene la policía, que había sido advertida por una denuncia del *compliance officer* de la empresa, y decomisan todo el material.

2. El consejo de administración de la empresa cárnica «Hamburger, S. L.», deciden sacar al mercado un producto que no ha sido elaborado conforme a la legislación vigente en materia de salud pública y que saben que puede ser lesivo para la vida o salud de las personas. El producto es enviado a los supermercados y llega al público. Varias personas sufren intoxicaciones.

Al igual que en el caso anterior ¿Puede apreciarse alguna diferencia en la conducta de los miembros del consejo de administración en uno y otro supuesto?

Entiendo que analizando los supuestos anteriores podemos afirmar que el injusto es el mismo en los supuestos 1 y 2, en los dos ejemplos propuestos. Es cierto que *ex post* la situación no es la misma y ello es lo que puede justificar que se castigue menos en los casos en los que no se ha producido el resultado, por razones de necesidad de pena, aun cuando el merecimiento de pena sea el mismo.

El azar respecto de la producción del resultado se amplía exponencialmente en el ámbito de la delincuencia imprudente, en la que las situaciones

posibles/probables que pueden producirse son múltiples¹⁴. Veamos un ejemplo muy sencillo de una conducta «habitual» en el tráfico viario:

G, conduciendo un coche adelanta a otro en una curva casi sin visibilidad, lo que puede suceder es múltiple:

— No viene nadie en sentido contrario > no se produce ningún resultado lesivo.

— Viene una moto, pero su conductor hábilmente evita el choque > no se produce ningún resultado lesivo.

— Viene otro vehículo y chocan resultando muerto su copiloto > homicidio.

— Viene un autobús, chocando y resultando 20 muertos y 10 heridos de diferente gravedad > homicidios, lesiones graves, lesiones leves.

Como fácilmente puede advertirse las posibilidades no son únicamente las descritas, sino que pueden multiplicarse. En estos supuestos la mayor o menos gravedad del hecho debe valorarse en atención a las circunstancias concurrentes dependiendo de: la mayor o menor visibilidad, el tráfico normal en ese lugar, la pericia del autor conduciendo, el estado de la vía, la climatología, etc. Dependiendo de estas variantes el hecho debería calificarse como imprudencia grave, menos grave o leve o, incluso, en determinadas circunstancias como doloso.

El resultado como condición objetiva de punibilidad plantea una cuestión hasta ahora poco debatida en la doctrina, o al menos no resuelta. ¿La punibilidad es un nivel independiente en la teoría del delito o forma parte de la tipicidad? Es decir, si es un tercer elemento del delito, junto a la antijuridicidad y la imputación personal o no. En este sentido, la distinción entre injusto típico y tipo penal es de utilidad. Conforme al principio de legalidad, en el tipo se describen los requisitos exigidos para que concurra responsabilidad penal y entre estos se encuentran tanto los elementos típicos esenciales, que configuran el injusto típico, como otros, en los que se incluirían tanto las condiciones objetivas de punibilidad, entre las que se incluiría el resultado, como las de procedibilidad.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en Gómez Martín/Bolea Bardon/Gallego Soler/Hortal Ibarra/ Joshi Jubert. (dirs.); Valiente Ivañez/Ramírez Martín. (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. LH a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* Madrid (BOE), 2022, pp. 927-931, de forma gráfica califica como «buena suerte» los supuestos en los que por azar no se produce el resultado.

III. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

Que el resultado se conciba como condición objetiva de punibilidad, tal y como se argumentaba en el apartado anterior, no excluye que en el aspecto subjetivo la alta probabilidad de que se produzca el resultado sí que se tiene en consideración. Y es así porque solo se puede afirmar que una conducta es típica cuando sea idónea *ex ante* para producir el resultado y ello sea conocido por el autor. En consecuencia, el dolo debe abarcar el resultado, lo que no implica quererlo, ni desearlo. En el supuesto de los delitos imprudentes, atendiendo las circunstancias concurrentes, el autor debería haber previsto la alta probabilidad de que se produjera el resultado. En definitiva, los deberes de cuidado lo que pretenden es evitar la producción de resultado.

El problema esencial de la responsabilidad subjetiva es el alcance y contenido del dolo. Cuestión que ha sido objeto de innumerables trabajos y que ha propiciado la existencia de diversos posicionamientos al respecto. En su origen la discusión se centraba en la necesidad de que, para afirmar la existencia de dolo, concurriera el elemento volitivo, concebido como querer el resultado. Creo que estas posturas, en principio, han sido superadas y, actualmente, la doctrina mayoritaria defiende un dolo objetivado o/y normativizado. Por lo demás, en la doctrina clásica, el querer el resultado solo existía en el llamado dolo directo de primer grado o intención, pero no concurría ni en el dolo de segundo grado ni en el dolo eventual. En este último, en concreto, se han defendido teorías de todo tipo, del consentimiento, de la probabilidad, del sentimiento, de la indiferencia, etc. Siendo lo único cierto que ninguna de ellas requería el elemento volitivo y, por lo demás, como hace décadas señaló Kindhäuser «no tiene ningún sentido exigir un elemento que no puede ser probado en el proceso»¹⁵.

Como ya puse de manifiesto en mi primer trabajo académico, analizando una sentencia del Tribunal Supremo¹⁶, y pude confirmar en mi tesis, con un estudio en profundidad de la jurisprudencia del mismo tribunal, el concepto clásico de dolo conduce a un derecho penal de autor. Es decir, respecto de aquellas personas que, por ejemplo, ya han cometido un delito, se presume que querían el resultado que se ha producido mientras que, si se trata de un «ciudadano importante» de un profesional, se presume, en sentido opuesto, que no

¹⁵ KINDHÄUSER, U., «Das Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW* 96, 1984, p. 96.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «En el límite entre el dolo y la imprudencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985.

quería que se produjera ese resultado y, como mucho, se le castiga por un delito imprudente.

Por consiguiente, las razones para afirmar que no es necesaria la concurrencia de un elemento volitivo, al menos son político-criminales y procesales. Por lo demás en un Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, no es legítimo castigar a alguien por lo que quiere, sino que únicamente se puede castigar por lo que hace. Ello enlaza con la cuestión que he dejado únicamente enunciada, en relación con la responsabilidad por el hecho, relativo al castigo de ideas y el adelantamiento desorbitado de las barreras de protección. Únicamente cuando el significado de la conducta exprese claramente, por ejemplo, una discriminación grave, idónea para afectar el principio de igualdad y de dignidad podría castigarse.

En definitiva, no deberían castigarse estados mentales, con independencia de que tampoco se puede ya que no es factible conocer lo que el sujeto pensaba en el momento en que realizó la conducta, y es posible que ni el mismo lo sepa. En consecuencia, la existencia de dolo se debe de probar a partir de datos indiciarios que nos permitan afirmar que el sujeto conocía que su conducta era idónea para producir el resultado, es decir un dolo objetivado o normativizado. El dolo pasa a ser un hecho que debe de ser probado en el proceso y no una valoración del juez acerca de lo que el sujeto pensaba o y conocía. Las consecuencias procesales de ello suponen, por una parte, un mayor respeto del principio acusatorio y el derecho de defensa y, por otra, que si no hay suficientes indicios de la existencia de dolo no es necesario seguir el procedimiento y llegar al juicio oral, sino que pueden/deben archivarse los autos.

De los planteamientos expuestos pueden deducirse esencialmente dos cuestiones: 1.º Aun cuando el resultado sea una condición de punibilidad se toma en consideración tanto para afirmar que la conducta crea un riesgo típico como para la existencia de dolo; 2.º El elemento volitivo no es un elemento del dolo, pero la voluntariedad se encuentra en la necesidad de que concurra una conducta humana voluntaria, como presupuesto del delito.

En relación con los delitos cualificados por el resultado el problema que se suscita es que en esos casos el dolo, o en su caso, la imprudencia, no abarca ese resultado. Como he señalado el dolo requiere conocimiento de la alta probabilidad de que se produzca el resultado (con independencia de que finalmente se produzca) y la imprudencia el deber de haberlo conocido. En los delitos cualificados por el resultado se castiga por la producción de un resultado que no había sido abarcado ni por el dolo ni por la imprudencia. En España, en el llamado Código penal de la democracia, de 1995, se afirmaba en la Exposición de Motivos la importancia de que se eliminaran los delitos cua-

lificados por el resultado como medio de cumplir con el principio de responsabilidad subjetiva. No obstante, unos delitos tan básicos como las lesiones siguen estando regulados a partir de una cualificación por el resultado, hasta el punto de que la Fiscalía afirma, sin ningún argumento válido, que no cabe la tentativa en esos delitos.

TRANSITANDO POR LA SENDA DEL DERECHO PENAL DE AUTOR. MODALIDADES HISTÓRICAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL HECHO

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN*

I. PLANTEAMIENTO

Según el principio de responsabilidad por el hecho, el Derecho penal solo puede prohibir y castigar hechos, actos, conductas o comportamientos. En un Derecho penal del hecho, el objeto de prohibición y de castigo estaría constituido, exclusivamente, por los «hechos» efectivamente cometidos por humanos que lesionarían o pondrían en peligro bienes jurídico-penales. Según la «lógica del hecho» que ahora se expone, solo serían merecedores de sanción penales los hechos socialmente más dañosos o nocivos, y el merecimiento de pena vendría determinado por la mayor o menor gravedad de la conducta. La existencia de un mayor o menor grado de oposición al Derecho dependería, así, de la mayor o menor gravedad del hecho, determinada, a su vez, por el mayor o menor grado de dañosidad social de la conducta. Distinta es la perspectiva adoptada por el llamado «Derecho penal de autor.» Desde esta segunda orientación, el centro de atención del Derecho penal dejaría de estar monopolizado por el hecho, y habría de desplazarse hacia su «autor»¹.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona.

¹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., 2015, 3/82 y 31/53 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996, p. 53.

El presente trabajo tiene como principal objetivo conocer si todas las manifestaciones del llamado Derecho penal de autor son compatibles con el Derecho penal de un Estado liberal comprometido con el principio de responsabilidad por el hecho. En este contexto, la presente investigación pretende echar la vista atrás, y hacer un recorrido por las principales manifestaciones que el Derecho penal de autor ha conocido a lo largo del Derecho penal. Este recorrido pondrá de manifiesto que, a lo largo de la historia de la Dogmática jurídico-penal, varios han sido los momentos en que se ha impuesto la idea de que el aspecto del delito que más le importa al Derecho penal no es el «hecho» delictivo mismo, sino su «autor». Esta idea constituye el punto de arranque de todas las llamadas «teorías de los tipos de autor». Más allá de esta idea general resulta difícil, en cambio, hallar un denominador común que permita referirse a una teoría unitaria de los tipos de autor. La heterogeneidad –tanto en lo metodológico como en el objeto– de planteamientos existente entre las distintas teorías, así como la ausencia de un mínimo consenso doctrinal sobre un posible contenido básico común a todas las teorías hace aconsejable referirse a «las teorías» de los tipos de autor, y no a una «Teoría general del tipo de autor» que, en realidad, nunca ha existido².

La metodología por medio de la cual esta contribución pretende servir a la descripción y valoración crítica de la evolución histórica de la noción de la concepción del Derecho penal de autor es la siguiente. Se ha considerado oportuno someter a consideración tanto las aquí denominadas teorías del Derecho penal de autor «limitado» o «en sentido amplio» como las concepciones que representan al Derecho penal de autor «radical» o «en sentido estricto». Entre las primeras se ha optado por el estudio de la teoría de los tipos de autor de Franz von Liszt, que se encontraría representada, esencialmente, en su famoso «Programa de Marburgo». Las segundas serán estudiadas a través de los ejemplos brindados por las teorías de los tipos de autor defendidas en la Alemania nacionalsocialista del período 1933-1945 y del actual «Derecho penal del enemigo». Entre uno y otro grupo de teorías será objeto de nuestra atención una tercera categoría, que aquí llamaremos Derecho penal de autor «intermedio» o «mixto», cuyo principal exponente sería la teoría de los tipos defendida por la «concepción sintomática del delito».

² De otra opinión MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, I y II (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. Córdoba Roda), 1962, pp. 291 s., que cree posible reconducir todas las teorías del tipo de autor a una teoría general del tipo de autor.

II. FRANZ VON LISZT Y EL PROGRAMA DE MARBURGO

1. Exposición

En su Programa de la Universidad de Marburgo (1882), von Liszt clasificó a los delincuentes, atendiendo a su grado de peligrosidad, en ocasionales, habituales aunque corregibles, y habituales incorregibles³. Frente a la idea de la pena como retribución defendida por la Escuela clásica de Binding y sus seguidores Beling, Nagler, Allfeld y Birkmeyer⁴, la clasificación de von Liszt constituyó el punto de arranque de una de las principales concepciones históricas sobre los fines de la pena: la preventivo-especial. Según von Liszt, la pena debería actuar sobre estas tres distintas clases de delincuentes de tres formas diferentes. En relación con los delincuentes ocasionales, la pena debería desempeñar una función meramente de recordatorio, intimidación o advertencia⁵. En cuanto a los delincuentes habituales pero corregibles, la pena habría de perseguir la corrección del individuo⁶. Y, por último, por lo que respecta a los delincuentes incorregibles, la única medida útil que estaría al alcance de la pena como instrumento de protección de la sociedad consistiría en la inocuización misma del delincuente mediante su privación de libertad de por vida⁷.

La clasificación tripartita de tipos de delincuentes propuesta por von Liszt respondió a una especial preocupación por el autor del delito. Según von Liszt, el Derecho penal «debe castigar, no el acto, sino al autor»⁸. Como realidad empírica, la pena es cumplida, es sufrida por el delincuente, no por el «hecho delictivo». Según von Liszt, el Derecho penal tiene como «fin» luchar contra el delito para proteger a la sociedad mediante la protección de bienes jurídicos⁹. La consecución de este objetivo pasa para este autor por concebir el delito como un fenómeno social y la pena como función social. La naturaleza

³ VON LISZT, F., *La idea de fin en Derecho Penal* (trad. a cargo de E. Aimone Gibson, revisada y prologada por M. de Rivacoba, 1994), 1883, p. 115.

⁴ SAUER, W., *PG*, 1956, pp. 20 s.

⁵ VON LISZT, F., «Die Zukunft des Strafrechts» (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1982), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905 (reimpr. 1970), pp. 24 ss.

⁶ VON LISZT, F., 1883, pp. 122 ss.

⁷ VON LISZT, F., 1883, pp. 115 ss.

⁸ MAURACH, R., 1962, p. 292.

⁹ VON LISZT, F., 1883, pp. 106 ss.; EL MISMO, «Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» (informe para la asamblea general de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en el mismo, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905a, pp. 78 y 83; EL MISMO, «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft» (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905b, p. 297. En relación con los menores de edad *Vid.* VON LISZT, F., «Die Zukunft des Strafrechts»

social del delito y la pena convierte a estos en objetos idóneos de la Sociología. Solo a través de la observación sistemática de la población mediante la aplicación del método sociológico, únicamente por medio del recurso a la estadística criminal, resulta posible comprobar con exactitud científica la eficacia de la pena como mecanismo protector de bienes jurídicos e inhibidor de la delincuencia¹⁰. El modo más eficaz de conseguir la protección de bienes jurídicos consiste –siempre para von Liszt–, por tanto, en analizar el delito y al delincuente como realidades empíricas, conocer los factores que provocan su aparición (etiología) y plasmar este conocimiento de la realidad empírica en leyes eficaces y en una ejecución de las penas adecuada a la peligrosidad concreta de cada clase de delincuente, analizados desde una perspectiva biológico-psicológico-sociológica¹¹.

Sin duda reveladoras a este respecto son las palabras pronunciadas por von Liszt el 4 de abril de 1882 ante la Sociedad Jurídica de Budapest, exponiendo el parecer de la Asociación Internacional de Criminología y el suyo propio: «Exigimos una Política criminal eficaz, decidida; exigimos que el Estado el ordenamiento jurídico combata el delito y la delincuencia más decididamente que hasta ahora, con menos contemplaciones que hasta ahora. Pero quien pretenda combatir el delito debe conocer el delito; debe estudiarlo, no como abstracción conceptual, sino como fenómeno, como acontecimiento tanto de la vida social como de la vida individual. Conocer el delito quiere decir conocer al delincuente. A este respecto quiero formular nuestro parecer de que debemos concebir el delito como producto necesario de la sociedad que rodea al delincuente y de las relaciones económicas, por una parte, y de lo específico de la singularidad de la individualidad del delincuente, por otra parte, que en parte es innata, y en parte se adquiere por el devenir de la vida. Y quiero acabar esta muestra de nuestro pensamiento con la afirmación de que, precisamente porque el delito es el producto necesario de las relaciones que se dan en la realidad, es posible combatir el delito, y concretamente incidiendo en estas relaciones»¹².

Según von Liszt, el Derecho penal tan solo podía realizar el señalado fin preventivo a partir de una concepción de la Ciencia penal como disciplina total comprensiva del Derecho penal y la Criminología. Con von Liszt, el Derecho penal se convirtió en una «Ciencia total». Nace, así, la llamada «Ciencia penal

(conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1882), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905c, p. 20.

¹⁰ VON LISZT, F., 1883, p. 108.

¹¹ WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, p. 9.

¹² VON LISZT, F., 1905c, p. 3.

total» (*gesamte Strafrechtswissenschaft*)¹³. Von Liszt la concibió como una superdisciplina en la que la Dogmática jurídico-penal concurrió con otras disciplinas penales. De estas últimas, las dos disciplinas más importantes eran la Criminología y la Política criminal. La Ciencia penal total de von Liszt debía cumplir una triple función: a) una función «pedagógica» de formación de futuros penalistas prácticos (singularmente jueces); b) una función «científica» de descripción de los fenómenos que constituyen su objeto, esto es, de los delitos y las penas; y c) una función «política» consistente en el asesoramiento del legislador en la lucha contra la delincuencia.

Tal y como la entendió von Liszt, la función pedagógica (a) se dirige a los prácticos especialistas en Derecho penal y Derecho procesal penal, y se desdobló, a su vez, en dos aspectos: formación teórica y formación teórico-práctica. La formación teórica consistiría en la enseñanza lógico-jurídica de los preceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal vigentes¹⁴. La disciplina encargada del desarrollo de este primer aspecto fue la «Ciencia del Derecho penal en sentido estricto» (Dogmática jurídico-penal)¹⁵. La formación técnico-práctica consistió en la formación encaminada al aprendizaje de la determinación del tipo aplicable para cada supuesto de hecho, y constituiría el objeto de la «Criminalística»¹⁶. La función científica del Derecho penal (b) consiste, desde el punto de vista de von Liszt, en la descripción científica del delito y la pena. Esta descripción es en von Liszt una descripción causal del delito, ya que, en su opinión, no es posible la obtención del conocimiento científico sin la explicación causal del objeto de análisis. Según el autor que nos ocupa, la disciplina encargada de realizar la explicación causal del delito es la «Criminología»¹⁷, mientras que la de la pena estaría a cargo de la «Penología»¹⁸. Por último, para von Liszt, el fin preventivo del Derecho penal no puede quedar plenamente satisfecho con un análisis exclusivamente científico del delito. Si el Derecho penal pretende luchar contra el delito, es necesario asesorar y guiar al legislador en la lucha contra la delincuencia. La disciplina encargada de proponer al legislador el sistema de principios de acuerdo con los que debe aplicarse la pena en aras de la protección del ordenamiento jurídico sería, según von Liszt, la «Política criminal» (c)¹⁹. Así entendida, la Política criminal consistiría en

¹³ VON LISZT, F., «Kriminalpolitische Aufgaben», en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905d, pp. 293 s.

¹⁴ VON LISZT, F., 1905b, pp. 286 y 296.

¹⁵ VON LISZT, F., 1905b, p. 296.

¹⁶ VON LISZT, F., 1905b, pp. 286 ss. y 296.

¹⁷ VON LISZT, F., 1905b, p. 289.

¹⁸ VON LISZT, F., 1905b, p. 293.

¹⁹ VON LISZT, F., 1905b, pp. 293 s.

una síntesis de los principios básicos o reglas de prudencia (*Klugheitsregeln*) según las cuales debería conducirse la lucha del ordenamiento jurídico contra el delito por medio de la pena y las instituciones empleadas en su ejecución, tales como instituciones de formación y mejora, casas de trabajo, etc.²⁰. Aunque también desde el punto de vista de la Ciencia penal total de la Escuela Moderna de von Liszt el «objeto» del Derecho penal seguía estando representado por el derecho positivo²¹, su aparición significa una profunda transformación metodológica en relación con la Escuela clásica de Binding y sus seguidores²².

A excepción de las disciplinas encargadas de cumplir la función pedagógica del Derecho penal, esto es, la Dogmática jurídico-penal y la Criminalística, las restantes disciplinas integrantes de la Ciencia penal total son consideradas por von Liszt auténticas ciencias en sentido estricto. Von Liszt fundamenta el estatuto científico de la Criminología y la Política criminal en la siguiente idea: lo que convierte a una disciplina en una ciencia en sentido estricto reside en la aplicación de un método científico. Habida cuenta que para von Liszt las ciencias por excelencia son las naturales, si alguna de las disciplinas configuradoras de la Ciencia penal total pretende participar de aquel estatuto está obligada a emplear un método análogo al de las ciencias naturales. Esto es, un método empírico. Así, la Ciencia penal total de la Escuela Moderna analiza el delito desde un triple punto de vista: 1) la Dogmática jurídico-penal y la Criminalística abordan el análisis del delito desde una doble perspectiva racionalista lógico-formal y técnico-práctica; 2) la Criminología clásica en sentido amplio (Antropología/Biología, Psicología y Sociología/Estadística criminales) está dedicada al estudio del delito desde un punto de vista empírico; y, por último, 3) el análisis político-empírico *de lege ferenda* del delito está reservado a la Política criminal.

En la Ciencia penal total de von Liszt, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal no solo están separadas, sino que se mueven, además, en dos planos cualitativamente distintos²³. El Derecho penal es de naturaleza jurídica; la Política criminal, en cambio, de naturaleza extrajurídica²⁴. En el positivismo naturalista de von Liszt, al dogmático no le está permitido atender a prin-

²⁰ VON LISZT, F., 1905a, p. 78; EL MISMO, 1905b, pp. 291 s.

²¹ No en vano, VON LISZT definió el Derecho penal como «la esencia de aquellas reglas jurídicas por medio de las que la pena se vincula como consecuencia jurídica al delito como tipo»: *Vid.* VON LISZT, F., 1905b, p. 77.

²² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 197.

²³ VON LISZT, F., 1905b, p. 290.

²⁴ ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* (trad. e introducción de F. Muñoz Conde), 1972, p. 25.

cipios político-criminales o a los resultados arrojados por la Criminología o la Sociología en la labor interpretativa de la ley. El intérprete debía enfrentarse a la labor hermenéutica desde una perspectiva conceptual cerrada próxima a la que caracterizó, en realidad, el formalismo jurídico de la Escuela Clásica de *Binding*. No puede extrañar, por ello, que la clasificación en tipos de autor y el diverso modo en que la pena debe actuar en relación con cada clase de delincuente presentes en la concepción de von Liszt solo produjera consecuencias en el plano de las propuestas político-criminales *de lege ferenda* y en el de la ejecución de las penas, y no influyese, en cambio, en el ámbito de la interpretación de los tipos penales²⁵. Las ideas de Política criminal que tienen como base la observación empírica de la Sociología o Estadística criminal constituyen en la concepción de von Liszt un instrumento imprescindible para la lucha contra la delincuencia por medio de la elaboración de propuestas *de lege ferenda*²⁶. La Política criminal nada puede aportar, en cambio, a la interpretación del derecho positivo, porque en la concepción positivista de von Liszt la labor hermenéutica debe realizarse aplicando un método lógico-formal cerrado a la Criminología. En palabras de von Liszt, contenidas en el informe «Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», realizado por von Liszt en 1893 para la asamblea general de la Asociación Internacional de Criminología: «el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal»²⁷. Un ejemplo de la tesis de von Liszt que acaba de ser expuesta es el concepto material de bien jurídico defendido por este autor. Von Liszt no concedió a su concepto de bien jurídico una función dogmática, sino solo una función meramente político-criminal. Concebidos como intereses de la realidad social preexistentes al Derecho positivo, los bienes jurídicos difícilmente podían proporcionar, en opinión de von Liszt, información alguna sobre el contenido del Derecho positivo y su posible interpretación²⁸.

A la vista de todo lo expuesto con anterioridad, no debe extrañar que la clasificación de tipos de autor de von Liszt no produjera efecto alguno en la interpretación de los presupuestos de la punibilidad de derecho positivo, esto es, de los supuestos de hecho típicos. En opinión de von Liszt, la elaboración de una tipología de delincuentes no puede condicionar a la Dogmática jurídico-penal en sentido estricto, esto es, el análisis *de lege lata* del Derecho penal.

²⁵ ROXIN, C., 1972, p. 25.

²⁶ VON LISZT, F., 1905a, p. 82.

²⁷ VON LISZT, F., 1905a, p. 80.

²⁸ RUDOLPHI, H. J. «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

La referida clasificación en modalidades de autores sirvió a von Liszt como punto de apoyo, en cambio, de propuestas *de lege ferenda*. Puesto que von Liszt considera que la Política criminal debería servir para transformar un Derecho penal formal excesivamente preocupado por la naturaleza jurídica del delito en otro que parta del significado antisocial del autor²⁹, no debe extrañar que de aquellas propuestas *de lege ferenda* quepa destacar las que tienen como objetivo común conseguir convencer al legislador para que atendiese en mayor medida a la personalidad o actitud interna del autor. Von Liszt reclamó esta atención en dos momentos. Este autor exigió al legislador, en primer lugar, que en la elaboración de los tipos atendiera a la personalidad o actitud interna del autor³⁰. Pero la preocupación por el delincuente también debe tener su reflejo –continúa von Liszt– en la incorporación al StGB de preceptos reguladores de diferentes medidas (por ejemplo, la condena condicional o el tratamiento de delincuentes habituales incorregibles) cuya aplicación dependiese de cuál la clase de autor a la que pertenece el sujeto de que se tratase. No en vano, el propio von Liszt predijo que la determinación de la pena debía ser la sede donde la influencia de las investigaciones antropológicas y sociológicas en los conceptos fundamentales de Derecho penal sería mayor y más duradera en el futuro StGB³¹.

Pese a poner el acento en el autor del delito, von Liszt no olvidó nunca, sin embargo, que el objeto de la prohibición penal seguía estando representado por el hecho concreto. Esta aparente paradoja constituye, en realidad, el dato más revelador de la doble tensión entre Socialismo y Liberalismo, por una parte, y Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor, por otra, presente en la concepción de Von Liszt. Para la dirección de la Escuela moderna, los presupuestos de la punibilidad debían determinarse con criterios de Derecho penal del hecho, mientras que las consecuencias jurídicas debían determinarse más bien por criterios de Derecho penal de autor.³² Siguiendo los postulados de la Escuela clásica, la dirección moderna de von Liszt consideró que los presupuestos de la punibilidad debían ser determinados según los principios liberales del Estado de Derecho. Pero una vez establecido el supuesto de hecho, la pena debía ser determinada de acuerdo con las necesidades sociales. En la Ciencia penal total de von Liszt, la disciplina que representaba el aspecto

²⁹ VON LISZT, F., 1905a, p. 88.

³⁰ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (traducción y notas de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), I, 1997, § 6/22. § 6/4.

³¹ VON LISZT, F., 1905a, p. 91.

³² ROXIN, C., 1997, § 6/5.

jurídico –tenía por objeto el análisis del Derecho positivo– y liberal –el Derecho positivo que constituía su objeto estaba monopolizado por el principio de la responsabilidad por el hecho como garantía ilustrada en favor del individuo– del Estado Liberal de Derecho era la Dogmática jurídico-penal. La preocupación por la peligrosidad del delincuente en aras de la protección de la sociedad mediante la resocialización del delincuente, esto es, el aspecto social del Estado, venía monopolizada por la Política criminal. En palabras de Roxin, en la concepción de von Liszt «el Derecho penal es el dueño y señor del “si”, y la Política criminal, la exclusiva soberana del “cómo” de la pena»³³.

2. Valoración crítica

Como acaba de ser expuesto, la teoría de los tipos de autor de von Liszt consiste, exclusivamente, en una teoría referida a la función preventivo-especial de la pena. No parece aventurado calificar a esta teoría, además, como la concepción que mayor influencia ha ejercido sobre la generalización de la idea de la prevención especial en la teoría de la pena³⁴. Su clasificación tripartita de delincuentes en ocasionales, habituales e incorregibles, y la distinta función preventivo-especial que la pena debe desempeñar en relación con cada uno de ellos hicieron fortuna tanto en Italia y Francia como –más tardíamente– en Alemania, con motivo del Proyecto Alternativo y el «movimiento internacional de reforma»³⁵. En la actualidad, la mayor parte de las principales construcciones preventivo-especiales defendidas por la doctrina penal son igualmente tributarias de la teoría de los tipos de autor de von Liszt. No obstante, la influencia de la teoría que nos ocupa no se encuentra exenta de ciertas limitaciones.

La teoría de los tipos de autor de von Liszt no pretendió erigirse, en primer lugar, en un instrumento para la interpretación del derecho positivo, sino exclusivamente para la determinación y la ejecución de la pena. Ello se debió a tres motivos: El Derecho penal positivo contemporáneo a von Liszt era un Derecho penal «del hecho», y no «de autor»; la inidoneidad de la Criminología para incidir, ni siquiera indirectamente, en la Dogmática jurídico-penal en el marco de la «Ciencia del Derecho penal total» de von Liszt; y la teoría de los

³³ ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», en EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, pp. 37 ss.

³⁴ MIR PUIG, S., 2015, 3/28.

³⁵ JESCHECK, H.-H., «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal», en MIR PUIG, S., (ed.), *La reforma del Derecho penal*, I, 1980, pp. 9 ss., donde puede comprobarse la vinculación directa existente entre el movimiento internacional de reforma y la concepción de VON LISZT. Sobre esto *Vid.* también MIR PUIG, S., 2015, 3/35.

tipos de autor de von Liszt era una manifestación de la teoría criminológica de la formación de tipos de delincuente.

Por lo demás, la Dogmática del Derecho penal, la Criminología y la Política criminal son tres disciplinas autónomas, aunque no desconectadas. Sin la Criminología, el Derecho penal estaría alejado de la realidad, y sin el Derecho penal, la Criminología carecería de un objeto y un punto de referencia fijos. Sin la Política criminal, el Derecho penal se convertiría en un mero proceso legislativo sin orientación alguna, y a una Política criminal desconocedora de las posibilidades del Derecho penal le faltaría el fundamento sobre el que debe construirse. Y, por último, una Política criminal sin Criminología flotaría en un espacio sin aire, del mismo modo que, sin perspectivas político-criminales, la Criminología correría el peligro de convertirse en una mera recopilación de hechos pertenecientes a la realidad empírica. En mi opinión, a la Política criminal le corresponde desempeñar, entre otras funciones, la decisiva de servir de mediadora entre la Criminología y el Derecho penal, ya que aún está por demostrar que pueda llegar a ser fructífera una cooperación directa entre Criminología y Derecho penal³⁶. Este último constituye, quizá, el principal argumento en favor de no integrar a la Política criminal, la Criminología y la Dogmática jurídico-penal en una supra-disciplina común, sino de destacar su autonomía. De la delimitación de la Política criminal de la Dogmática del Derecho penal, por una parte, y de la Criminología, por otra, resulta una imagen global de la justicia penal como un edificio que consta de tres pilares: la Criminología, que analiza el delito desde todos sus puntos de vista; el Derecho penal, que explica y aplica los preceptos positivos con los que la sociedad hace frente a ese fenómeno criminal; y, finalmente, la Política criminal, que es arte y ciencia al mismo tiempo, cuya misión práctica es, en última instancia, hacer posible que estas reglas de derecho positivo tengan la mejor redacción, y dar las correspondientes líneas directrices tanto al legislador, que debe elaborar la ley, como al juez, que debe aplicarla, o al correspondiente órgano administrativo de ejecución, que debe plasmar la pretensión del juez en la realidad. La Criminología, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal tienen que cumplir misiones autónomas, con entidad propia, y representan a través de su interacción una unidad funcional. Las tres consisten en disciplinas puestas al servicio de la lucha contra el delito. La Política criminal tiene la misión de sintetizar y realizar los resultados del ámbito de la investigación empírica de la Dogmática jurídico-penal normativa en un programa de acción más amplio³⁷.

³⁶ ZIPF, H., «Literaturbericht: Kriminalpolitik», *ZStW* 89 (1977), p. 709.

³⁷ ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2.^a ed., 1980, § 1, p. 15.

Como apunta con razón García-Pablos la Criminología nace, de hecho, enfrentada a la Ciencia penal y como alternativa a la misma. La lucha de escuelas entre la Escuela clásica y la Escuela positiva, que tuvo lugar en Alemania e Italia durante la segunda mitad del s. XIX y principios del s. XX con motivo de la discusión sobre la relación entre Derecho penal, Criminología y Política criminal, representó, en suma, el punto culminante del enfrentamiento entre el Derecho penal y la Criminología³⁸. La Escuela clásica se limitó a estudiar el crimen como hecho individual y como abstracción jurídica. El delito era la infracción de la norma penal, y el delincuente el sujeto activo de dicha infracción. La Escuela clásica no se ocupó del análisis de la etiología del delito, esto es, de sus causas; sino de la elaboración de un conjunto de categorías abstractas, de un sistema, al que pudiera ser reconducido cualquier problema interpretativo concreto, a fin de asegurar la aplicación correcta de la ley al caso. La Escuela clásica acudió para ello a un método formal, abstracto y deductivo que sirvió únicamente para presentar al delito como un ente puramente formal y que resultó ineficaz en orden a su prevención. La Escuela Positiva, por el contrario, representó un cambio del objeto y del método de la actividad científica. El delito y el delincuente dejaron de ser abstracciones jurídicas resultantes de la norma. El centro de gravedad del análisis penal deja de estar representado por la norma y pasa a ser ocupado por la realidad histórica concreta. Los dogmas y principios de Derecho natural que sirvieron de base a la Ciencia penal formal de la Escuela clásica dejaron paso a la preocupación por los factores individuales y sociales que explican el fenómeno social. El análisis de esta realidad social exigía un nuevo método: el método empírico, propio de las ciencias naturales. En el contexto de esta lucha de escuelas, el «socialismo liberal» de la dirección moderna de von Liszt la situó en una posición intermedia³⁹.

A mi juicio, en la «Ciencia total del Derecho penal» configurada por von Liszt se dan cita varias ideas ampliamente compatibles. En primer lugar, la dirección moderna de von Liszt tuvo el acierto de contemplar la Dogmática, la Política criminal y la Criminología como partes de un todo –la «Ciencia penal total»– cuyo propósito último consistía en combatir el delito. En segundo lugar, von Liszt acierta de nuevo cuando distingue la Dogmática y la Criminología como dos disciplinas con disparidad de objeto y método, al entender que la primera se ocupa de la ley aplicando un método esencialmente racional-formal,

³⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 1992, p. 87.

³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., 1992, p. 87.

mientras que la segunda se aproxima al delito en su condición de hecho de la realidad mediante el empleo de un método naturalístico. Y, por último, también debe ser reconocida a von Liszt la virtud de haberse mostrado partidario de una Política criminal «real», esto es, de una Política criminal conectada a los problemas de la realidad delictiva por medio de su vinculación a una Criminología empírica. Esto es, de una Política criminal con base criminológica.

Distinta es, sin embargo, la opinión que merece la posición defendida por von Liszt en torno a la relación que debe existir entre la Dogmática y la Política criminal, por una parte, y la Dogmática y la Criminología, por otra. Por lo que respecta a la primera relación, ya se ha mencionado en otro lugar del presente trabajo que desde la concepción de la Dogmática jurídico-penal que en esta investigación se estima preferible, se considera que la interpretación de la ley y la construcción de conceptos dogmáticos deben realizarse con orientación a sus consecuencias político-criminales, en la línea de las concepciones defendidas en Alemania por Roxin y Zipf. Así, por ejemplo, en relación con la cuestión concerniente al concepto de bien jurídico, von Liszt defendió un concepto material de bien jurídico como interés de la realidad social preexistente al Derecho positivo. Según esto, el concepto de bien jurídico no cumple una función dogmática, sino solo una función meramente político-criminal. Ya que, en opinión de von Liszt, los bienes jurídicos difícilmente podían proporcionar información alguna sobre el contenido del Derecho positivo y su posible interpretación⁴⁰. Frente a esta concepción, en la actualidad se considera ampliamente preferible un concepto teleológico de bien jurídico. Esta segunda clase de concepto clásico liberal de bien jurídico tiene la virtud de acumular a la ya referida función político-criminal limitadora del *ius puniendi* otras importantes funciones dogmáticas, como la de guía de la interpretación teleológica de los tipos⁴¹.

En cuanto a la relación entre la Dogmática y la Política criminal, a juicio de von Liszt, puesto que la Dogmática jurídico-penal consiste en el análisis del Derecho positivo con fines pedagógicos, y la Criminología aprehende el delito como hecho de la realidad empírica con fines científicos, entre ambas disciplinas no existe más punto de conexión que la lucha contra el delito como finalidad última de la «Ciencia global del Derecho penal» a la que aquellas pertenecen. En la concepción de von Liszt, esta conexión se produce a través de la Política criminal, ya que, según este autor, recuérdese, esta disciplina debe

⁴⁰ RUDOLPHI, H.-J., «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

⁴¹ De esta opinión RUDOLPHI, H.-J., 1970, pp.156 s.; MIR PUIG, S., 2015, 6/42 y 44.

tener base criminológica. Según von Liszt, la contemplación de la realidad delictiva en que consiste la Criminología deberá ser el necesario punto de partida de toda reforma legislativa. Las investigaciones criminológicas serán, así, el material que, debidamente considerado por la voluntad político-legislativa, acabará convirtiéndose en el derecho positivo interpretado desde la Dogmática jurídico-penal. Sin embargo, Puesto que en la «Ciencia global del Derecho penal» de von Liszt, la Dogmática jurídico-penal y la Política criminal no solo está separadas, sino que se mueven, además, en dos planos cualitativamente distintos⁴², ya que el Derecho penal es de naturaleza jurídica, mientras que la Política criminal, en cambio, de naturaleza extrajurídica⁴³, von Liszt entiende que al dogmático no le está permitido atender a principios político-criminales o a los resultados arrojados por la Criminología o la Sociología en la labor interpretativa de la ley. Desde mi punto de vista, es obvio que las investigaciones criminológicas poco o nada pueden aportar «directamente» a la interpretación de la ley. No obstante, también es cierto que una Dogmática abierta a la Política criminal como la que aquí se estima preferible también debe estar orientada, siquiera «indirectamente», a los resultados de la Criminología que le sirve de base. Aunque, como es lógico, en un Derecho penal respetuoso con el principio de legalidad, la incidencia en la Dogmática tanto de la Política criminal como de la Criminología siempre estará limitada por el alcance de la letra de la ley. No en vano, es este límite derivado de una contemplación de la ley como garantía liberal el que se encuentra en la base de la clásica máxima de von Liszt, ya citada, según la cual «el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal»⁴⁴.

Es opinión generalizada en la doctrina que el legislador suele incorporar a algunas instituciones de la Parte General del Código penal o a algunos tipos de la Parte Especial elementos orientados a consideraciones criminológicas vinculadas a la peligrosidad del delincuente. Esta idea parte del presupuesto de que la Criminología no solo tiene por objeto describir y sistematizar el delito como hecho empírico, sino también hacer lo propio con el delincuente como uno de sus principales factores desencadenantes. La teoría que expresa esta preocupación de la Criminología por el autor del delito como posible factor criminógeno mediante su sistematización y clasificación en tipologías es conocida en el marco de la Criminología clásica como «teoría de los tipos de autor»⁴⁵ o «teoría

⁴² VON LISZT, F., 1905b, p. 290.

⁴³ ROXIN, C., 1972, p. 25.

⁴⁴ VON LISZT, F., 1905a, p. 80.

⁴⁵ JESCHECK, H.-H., 1982, p. 62.

criminológica de la formación de tipos»⁴⁶. A continuación será expuesta brevemente la evolución histórica de la teoría que ahora nos ocupa, para, posteriormente, proceder a su valoración crítica.

A juicio de un sector de la doctrina penal alemana, el empleo de los resultados arrojados por la teoría criminológica de la formación de tipos de autor ha reportado indudables beneficios a la Dogmática. Sin embargo, un mínimo análisis de la opinión que para la actual doctrina criminológica merece la teoría que ahora nos ocupa pone de manifiesto que esta es objeto de mayoritario rechazo, ya que se la considera una teoría que se encuentra en vías de superación. Varias son las razones que suelen ser alegadas en favor de este rechazo de la teoría criminológica de la formación de tipos. Entre ellas destacan las siguientes: a) De la teoría criminológica de la formación de tipos no se desprende la corrección de la teoría final de la acción; b) la teoría criminológica de la formación de tipos conduce a una petición de principio; c) la teoría criminológica de la formación de tipos no ha alcanzado resultados unitarios; d) la teoría criminológica de la formación de tipos es incapaz de construir tipos de autor para todos los delitos; y e) la teoría criminológica de la formación de tipos puede provocar una suplantación del Derecho penal por parte de la Criminología.

III. LA CONCEPCIÓN SINTOMÁTICA DEL DELITO

1. Exposición

Según las concepciones sintomáticas del delito, el hecho delictivo no debe ser desvalorado por su repercusión en el mundo exterior, sino porque revela que su autor presenta una personalidad desviada. Para estas concepciones, el hecho es tan solo un «síntoma» de la culpabilidad de su autor, en su sentido de «estado de voluntad antisocial» o «antisocialidad». La preocupación por la personalidad del autor constituyó, en suma, la esencia de las concepciones sintomáticas del delito. No obstante ello, los partidarios de estas concepciones tampoco perdieron de vista que la punibilidad penal seguía teniendo como presupuesto el hecho concreto. Esta doble circunstancia, preocupación por la personalidad del autor y por el hecho concreto como presupuesto de la punibilidad penal, conectaba a las concepciones sintomáticas del delito con la dirección preventivo-especial de von Liszt. No en vano, los dos principales repre-

⁴⁶ MAURACH, R., 1962, pp. 292 y 296.

sentantes de la concepción sintomática del delito son dos discípulos de von Liszt: Tesar y Kollmann⁴⁷.

Tesar parte de la idea de que el delito solo puede ser concebido desde dos distintas perspectivas: una perspectiva «realística» y una perspectiva «sintomática»⁴⁸. Según la concepción realística del delito, dominante en la doctrina de principios del s. xx, el delito constituye un «producto» del autor, caracterizado por ser un proceso naturalístico que tiene lugar en el mundo exterior, eso es, una acción⁴⁹, que produce una lesión antijurídica⁵⁰ y que aparecería como consecuencia de la interposición de una causa por parte del autor⁵¹. Para la concepción sintomática del delito, este cumple una «función»: la de revelar, ser «síntoma» de la culpabilidad penal del autor. La cualidad del delito como proceso externo lesivo desempeñaría para la concepción sintomática del delito un papel mucho más secundario que para la realística. Para la concepción sintomática del delito, la acción como proceso físico-lesivo se convertiría, en cambio, en un simple medio para reconocer la culpabilidad penal del autor⁵². Ante la disyuntiva de cuál de estas dos concepciones, la realística o la sintomática, es la que consigue explicar mejor el delito, Tesar se pronuncia a favor de la concepción sintomática del delito⁵³. Tesar fundamenta su posición en la llamada «Teoría psicológica de la objetivación de la culpabilidad en el proceso concreto». En opinión de Tesar, el factor decisivo de la oposición existente entre el concepto sintomático de delito por él defendido y el concepto realista dominante en la doctrina reside, en palabras del propio Tesar, «en la fundamentación psicológica que está en su base (*scil.* del concepto sintomático de delito). Tampoco aquí debe ser considerada la teoría psicológica en su calidad de función fundadora de algo existente, sino como dogma ya incuestionable del que se desprende por vía deductiva esta concepción del delito. Esta fundamentación psicológica es la teoría de la objetivación de la voluntad en el proceso concreto, la teoría de la psicología del poder (*Vermögensp-*

⁴⁷ ROXIN, C., 1997, § 6/5.

⁴⁸ La distinción entre concepción realística y concepción sintomática del delito no procede, sin embargo, de TESAR, sino que ya había sido acuñada con anterioridad por MERKEL en su Tratado de Derecho penal. Así lo reconoce TESAR, O., «Der symptomatische Verbrechensbegriff», *ZStW* 29 (1909), p. 82, quien de este modo aclara a KOLLMANN que no le corresponde asumir la paternidad de una distinción (concepción realista *versus* concepción sintomática del delito) que este segundo autor considerara desafortunada.

⁴⁹ KOLLMANN, H., «Der symptomatische Verbrechensbegriff», *ZStW* 28 (1908), p. 455.

⁵⁰ KOLLMANN, H., 1908, p. 449.

⁵¹ KOLLMANN, H., 1908, pp. 454 s.

⁵² KOLLMANN, H., 1908, p. 449.

⁵³ TESAR, O., 1909, p. 85. TESAR ya había defendido esta opinión dos años antes, en su monografía *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907, *passim*.

sychologie), que concibe la voluntad como fuerza eficaz, como *causa efficiens* que se objetiva en la acción concreta⁵⁴.

En un trabajo publicado en 1908, Kollmann analiza críticamente la concepción sintomática del delito defendida por Tesar en su monografía *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, publicada un año antes en Berlín. Se trata de la primera obra en que un autor se pronuncia a favor de la referida concepción sintomática del delito. Kollmann se suma a la tesis de Tesar, mostrándose también partidario, por tanto, de concebir el delito desde una perspectiva sintomática. No obstante, la concepción sintomática del delito defendida por Kollmann se separa notablemente de la propuesta por Tesar. A diferencia de esta última, la concepción de Kollmann no es una concepción sintomática pura, sino una síntesis entre la concepción realista y la concepción sintomática del delito de naturaleza predominantemente sintomática. El punto de partida de la posición ecléctica de Kollmann es el rechazo de la idea –defendida por Tesar– de que el delito solo puede ser explicado a partir de una concepción realista o de una concepción sintomática⁵⁵.

En opinión de Kollmann, ni es cierto que los dos únicos conceptos de delito imaginables sean el «realístico» y el «sintomático», ni lo es que estos conceptos se hallen en una relación de alternatividad o exclusión mutua. Por ello, la definición correcta de delito debe proceder, a juicio de Kollmann, de una concepción que constituya una síntesis o *tertium genus* de la concepción «realística» y la concepción «sintomática» del delito⁵⁶. Kollmann considera posible la elaboración de una tal síntesis porque, desde su perspectiva, las concepciones realística y sintomática no solo no constituyen dos concepciones de delito absolutamente antagónicas, sino que, en su opinión, incluso se encuentran interrelacionadas. Según Kollmann, ello puede apreciarse tanto desde una perspectiva teórica como desde un punto de vista práctico. En la teoría, toda concepción sintomática debe partir para Kollmann del concepto de «proceso externo» o acción, acuñado por la concepción realística. En la práctica, toda concepción realística es también sintomática, porque –siempre en opinión de Kollmann– solo es posible conocer el contenido de la voluntad del sujeto, y si esta era o no antisocial, a partir del delito como proceso externo. Esto es, también la concepción realística del delito está obligada a reconocer que el delito tiene una función sintomática⁵⁷. En opinión de Kollmann, carecía de sentido, por tanto, plantear la disyuntiva entre una concepción realística y una concep-

⁵⁴ TESAR, O., 1909, pp. 87 s.

⁵⁵ KOLLMANN, H., 1908, pp. 452 ss.

⁵⁶ KOLLMANN, H., 1908, p. 454.

⁵⁷ KOLLMANN, H., 1908, pp. 468 s.

ción sintomática del delito como una alternativa excluyente de otras posibles concepciones intermedias.

Según Kollmann, la concepción realística y la concepción sintomática parte de la idea común de que la esencia de todos los delitos, esto es, tanto de los delitos de acción como de los delitos de omisión, reside en la idea de que todos ellos son, en realidad, procesos externos que presentan alguna clase relación con la personalidad del autor⁵⁸. La diferencia entre el concepto realístico y el concepto sintomático de delito se encuentra para este autor en la explicación de la clase de relación existente entre el delito como proceso externo y el delincuente. Según el concepto realístico de autor, esta relación consiste en una relación de causalidad, ya que el delito no es sino un producto del delincuente, una consecuencia o un efecto derivados de la actuación del autor. En cambio, desde la perspectiva de la concepción sintomática del delito, la relación del delito con el delincuente tiene naturaleza sintomática. Esto es, el delito se presenta a los ojos de esta concepción como un síntoma que contribuye a caracterizar o describir al delincuente⁵⁹.

En opinión de Kollmann, teniendo en cuenta que el delito solo puede ser explicado desde una perspectiva sintomática a partir de datos de la realidad, esto es, desde una perspectiva sintomático-realística, lo que en realidad interesa decidir no es si dicha perspectiva debe ser calificada como sintomática o realista, sino si debe ser determinista o indeterminista⁶⁰. Para explicarlo con un ejemplo: si la realización reincidente o habitual de una conducta por parte de un sujeto constituye un síntoma de que su voluntad es antisocial, esto es, de su culpabilidad penal, lo que debe decidirse es si el delincuente puede o no sustraerse a esa circunstancia. Es decir, si su culpabilidad constituye un estado que ya le viene determinado con carácter previo o bien representa, antes bien, una consecuencia evitable de su propio devenir⁶¹.

2. Valoración crítica

La dirección sintomatológica de Tesar y Kollmann debe ser contemplada como una concepción circunscrita a una época dominada por el auge del posi-

⁵⁸ KOLLMANN, H., 1908, pp. 463 s.

⁵⁹ KOLLMANN, H., 1908, pp. 464 s.

⁶⁰ KOLLMANN, H., 1908, pp. 468 ss.

⁶¹ TESAR no está de acuerdo con la observación de KOLLMANN de que la teoría de la objetivación de la culpabilidad en el proceso concreto es indeterminista, señalando que «es esta una teoría que no coincide con el concepto "indeterminismo"», aunque acaba reconociendo que «bien es cierto que puede ser incorporada con mayor facilidad a un sistema que parta del dogma del indeterminismo». *Vid.* TESAR, O., 1909, p. 88.

tivismo empírico que influyó decisivamente en todas las disciplinas que integraban la Criminología en sentido amplio, entre las que se encontraba la Psicología criminal. No en vano, superada ya aquella época y aquel ambiente cultural, la concepción sintomatológica de Tesar y Kollmann, pese a su posible influencia sobre algunas teorías posteriores, como la «caracteriológica de la culpabilidad» de Radbruch, Eb. Schmidt, Kohlrausch y Grünhut⁶², no solo no ha llegado a hacer fortuna, sino que ha sido prácticamente ignorada hasta la actualidad. No obstante, debe reconocerse que la concepción que ahora nos ocupa tomó como punto de partida una idea que, desde el punto de vista de la Psicología criminal, difícilmente puede ser objeto de discusión: el delito constituye un síntoma, es revelador de la personalidad del sujeto que lo comete. De las dos principales versiones que la concepción sintomatológica ha conocido, esto es, la de Tesar y la de Kollmann, la que en mi opinión acierta más en este punto es la de Kollmann. En efecto, ninguna contradicción existe en entender el delito en un sentido causal y destacar, al mismo tiempo, su carácter sintomático de la personalidad antisocial del sujeto que lo comete. Kollmann considera compatibles ambas afirmaciones porque cree, a mi juicio con razón, que el delito puede ser definido desde distintos puntos de vista. Así, desde el punto de vista de las ciencias naturales, el delito podrá ser contemplado como un proceso externo que se desarrolla como consecuencia de las leyes de la causalidad; mientras que desde la perspectiva de la Psicología social, el delito podrá seguir siendo contemplado como un síntoma de la personalidad del delincuente. Ambas perspectivas son, a mi juicio, perfectamente compatibles.

Mucho más cuestionable es, sin embargo, el núcleo mismo de la concepción que ahora se valora críticamente. Es obvio que el delito «puede» ser definido como un producto causal (von Liszt), como un síntoma de la personalidad de su autor (Tesar), o, por último, como un producto causal sintomático de la personalidad de su autor (Kollmann). Pero también lo es que ninguna de estas tres definiciones consigue explicar cuál es la auténtica esencia del delito, o, al menos, para qué sirve castigar con pena a quien lo comete. En la actualidad, existe cierto consenso doctrinal en torno a la idea de que la esencia del delito, el motivo que explica la necesidad o el merecimiento de pena de una conducta, no puede ser explicado satisfactoriamente ni desde un concepto exclusivamente causal o «realístico» de delito (von Liszt), ni desde uno exclusivamente «sintomatológico» (Tesar), ni siquiera desde uno mixto que combine ambos planteamientos (Kollmann). Frente a todos estos planteamientos se considera preferible optar por uno que contemple el delito como un comportamiento que

⁶² ROXIN, C., 1997, § 6/5.

lesiona o pone en peligro intereses sociales sin los cuales sería imposible el correcto funcionamiento social.

Por lo que se refiere específicamente a la concepción sintomatológica del delito, aunque no ignoró, ciertamente, que el Derecho penal positivo de su época consistía en un Derecho penal del hecho, y –al menos en la versión de Kollmann– que la personalidad culpable del delincuente debía deducirse de un comportamiento concreto, se caracterizó, precisamente, por concluir que el objeto de la pena no era el comportamiento como tal, sino la personalidad «culpable», «desviada» o «antisocial» del delincuente. Esta idea permite inscribir a la dirección sintomatológica de Tesar y Kollmann entre las concepciones que prefieren entender que el Derecho penal no debe castigar hechos, conductas, comportamientos, sino caracteres, personalidades, voluntades, pensamientos. Aunque sin duda no se trata de una teoría de Derecho penal de autor pura, la concepción sintomatológica del delito sí puede ser considerada, al menos, como un primer paso hacia un Derecho penal que mostró rechazo por el principio de responsabilidad por el hecho y que ignoró la nocividad social de la conducta como fundamento del castigo penal, y del que el Derecho penal de la Alemania nacionalsocialista constituyó el más claro exponente.

IV. EL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA

1. Exposición

La perspectiva consistente en una mayor preocupación por el autor del delito que por el hecho delictivo mismo, claramente apuntada por la dirección de la Escuela moderna de von Liszt, y posteriormente desarrollada por sus discípulos Tesar y Kollmann, alcanzó su máximo grado de desarrollo, hasta llegar al paroxismo, en una de las más funestas páginas de la historia del Derecho penal y de la humanidad: el Derecho penal de la Alemania nacionalsocialista del período 1933-1945. A pesar de que no puede negarse la existencia del referido punto de conexión entre aquellas y estas teorías,⁶³ sería un grave error considerar a las segundas como una simple continuación de aquellas. Las teorías de los tipos de autor de von Liszt, Tesar y Kollmann consistieron en estu-

⁶³ Señala FROMMEL, M., «Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941», *JZ* 1980, p. 560, que la existencia de esta conexión queda demostrada a la vista del dato de que la transformación de Derecho penal del hecho en Derecho penal que tuvo lugar en la Alemania nazi tuvo su punto de arranque en la Ley de delincuentes habituales de 1933, basada en estudios criminológicos que presentaban al delincuente habitual como un delincuente especialmente peligroso.

dios apoyados sobre una base naturalística; fundamentados en estudios empíricos del delincuente; orientados hacia la lucha contra el delito a partir de los resultados arrojados por la Estadística, la Psicología o la Sociología criminales como ciencias empíricas pertenecientes a la Criminología. En cambio, las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante la vigencia del régimen nacionalsocialista no son teorías «criminológicas», sino «normativas». En este segundo momento histórico, la ubicación de los autores en diferentes tipos no consiste ya en una cuestión de naturaleza meramente clasificatoria al estilo de las ciencias naturales; esto es, en una cuestión del «ser». Se trata, por el contrario, de una cuestión «deontológica»; es decir, del «deber ser»⁶⁴.

La idea central del Derecho penal vigente en Alemania durante el dominio del régimen nacionalsocialista en el período 1933-1945 fue la siguiente: el Derecho penal no debe castigar tipos de «hechos delictivos» (Derecho penal del hecho), sino «tipos de autores». Para el Derecho penal nacionalsocialista, el fundamento de la pena ya no reside en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino en la «voluntad» o «actitud interna» antisocial del sujeto⁶⁵. Impulsados por esta doble idea, los partidarios del Derecho penal del hecho nacionalsocialista reclamaron del legislador penal la sustitución en el StGB de los tipos de hechos delictivos («homicidio», «aborto», «violación», «hurto») por tipos de autor («homicida», «abortista», «violador», «ladrón»)⁶⁶. Esta conclusión se extrae con facilidad de las concepciones comunitaristas de los «extraños» o «traidores a la comunidad» defendidas por algunos de los más influyentes autores del Derecho penal del nacionalsocialismo alemán de los años 30 y 40 del pasado siglo⁶⁷, como Berges⁶⁸, Bley⁶⁹, Dahm⁷⁰, Exner⁷¹, Frank⁷², Freisler⁷³, Gallas⁷⁴,

⁶⁴ De este parecer FROMMEL, M., *JZ* 1980, p. 560.

⁶⁵ ALCÁ CER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 41.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 10.ª ed., 2004, 4/68.

⁶⁷ Divide el período nacionalsocialista en varias fases, aunque no exactamente coincidentes con las que se proponen en la presente investigación MUÑOZ CONDE, F., «La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la “solución final de la cuestión social”?», *RECPC* 2002 (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc), *passim*.

⁶⁸ BERGES, A., «Pflichtwidrigkeit und Willenstrafrecht», *DSt.* 1934, pp. 239 ss.

⁶⁹ BLEY, E., «Kriminalbiologie», *ZakDR* 1940, pp. 29 ss.

⁷⁰ DAHM, G., «Autoritäres Strafrecht», *MSchrKrim* 1933, pp. 162 ss.; EL MISMO, «Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht», *DSt.* 1934, pp. 87 ss.; EL MISMO, *Der Täterttyp im Strafrecht*, 1940, *passim*; EL MISMO, «Sühne, Schutz und Reinigung im neuen deutschen Strafrecht», *DSt.* 1944, pp. 2 ss.

⁷¹ EXNER, F., «Die verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher», *ZStW* 66 (1942), pp. 244 ss.

⁷² FRANK, H., «Nationalsozialistischer Ehrenschtutz», *DSt.* 1937, pp. 265 ss.

⁷³ FREISLER, R., «Einige Gedanken über Willenstrafrecht und Mehrheit von Straftaten», *DSt.* 1935, pp. 162 ss.

⁷⁴ GALLAS, W., «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 ss.; EL MISMO, «Literaturbericht: Kriminalpolitik», *ZStW* 56 (1936), pp. 794 ss.

von Gemmingen⁷⁵, Gerland⁷⁶, Gurtner, F./Freisler, R.⁷⁷, Höhn⁷⁸, Klee⁷⁹, Hellmuth Mayer⁸⁰, Mezger⁸¹, von Pestalozza⁸², Peters⁸³, Schaffstein⁸⁴, Carl Schmitt⁸⁵, Zawar⁸⁶ o Erik Wolf⁸⁷.

Una de las más influyentes formulaciones de los tipos de autor fue la defendida por este último autor en la obra programática del Derecho penal nacionalsocialista alemán *Vom Wesen des Täters* (1932). En la misma, Wolf clasificó los comportamientos típicos que constituyen indicios de otros tantos tipos básicos de autoría en cinco grupos: a) comportamiento «peligroso para la comunidad»; b) comportamiento «contrario a la comunidad»; c) comportamiento de «enemistad» con la comunidad; d) comportamiento de «desidia» en

⁷⁵ VON GEMMINGEN, H. D. F., «Besprechungen. Georg Dahm. Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht. Tübingen, Mohr, 1931», *MSchrKrim* 1931, pp. 758 ss.; EL MISMO, «Willenstrafrecht oder Gefährdungstrafrecht?», *JW* 1933, pp. 2371 ss.; EL MISMO, «Zur Behandlung des gewohnheitsmäßigen Sittlichkeitsverbrechens», *ZStW* 55 (1935), pp. 124 ss.; EL MISMO, «Zum Täterproblem», *ZStW* 61 (1942), pp. 28 ss.

⁷⁶ GERLAND, «Neues Strafrecht», *DJZ* 1933, pp. 858 ss.

⁷⁷ GURTNER, F./FREISLER, R., *Das neue Strafrecht. Grundsätzliche Gedanken zum Geleit*, 1936, *passim*.

⁷⁸ HÖHN, R., «Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß», *DR* 1935, pp. 266 ss.

⁷⁹ KLEE, K., «Zum kommenden deutschen Strafrecht», *DJZ* 1934, pp. 1303 ss.; EL MISMO, «Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung», *DSt.* 1936, pp. 1 ss.; EL MISMO, «Der Tätertypus als Mittel der Auslegung und der Gestaltung strafbarer Tatbestände», *DSt.* 1940, pp. 97 ss.; EL MISMO, «Das Volksempfinden als Rechtsfertigungsgrund an sich strafbaren Verhaltens (Umkehrschluß aus § 2 StGB)», *DSt.* 1941, pp. 71 ss.; EL MISMO, «Was läßt das Reichsgericht vom "Tätertypus" übrig?», *DSt* 1943, pp. 11 ss.

⁸⁰ MAYER, H., *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pp. 66 ss. y 185 ss.; EL MISMO, «Der Verbrechensbegriff», *DSt.* 1938, pp. 73 ss.

⁸¹ MEZGER, E., «Täterstrafrecht», *DSt.* 1934, pp. 145 ss.; EL MISMO, «Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht», *ZStW* 55 (1935), pp. 1 ss.; EL MISMO, «Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht», *ZakDR* 1937, pp. 417 ss.; EL MISMO, «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* 57 (1938), pp. 675 ss.; EL MISMO, «Tattypen, Tätertypen und Charaktertypen im Kriegstrafrecht. Aus einer kriminologischen Arbeitstagung in Graz am 12. Juni 1942», *DSt.* 1942, pp. 108 ss.; EL MISMO, «Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegstrafrecht», *ZStW* 61 (1942), pp. 353 ss.; EL MISMO, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», en *FS-Kohlrausch*, 1944, pp. 180 ss.

⁸² VON PESTALOZZA, B. G., «Rechtsgutverletzung oder Pflichtverletzung?», *DSt.* 1938, pp. 107 ss.

⁸³ PETERS, K., «Das gesunde Volksempfinden», *DSt.* 1938, pp. 337 ss.

⁸⁴ SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches Strafrecht», *ZStW* 53 (1934), pp. 603 ss.; EL MISMO, «Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht» *ZStW* 55 (1935a), pp. 18 ss.; EL MISMO, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935b, *passim*; EL MISMO, «Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?», *DSt.* 1935c, pp. 97 ss.; EL MISMO, «Literaturbericht: Strafrecht. Allgemeiner Teil», *ZStW* 56 (1936), pp. 104 ss.; EL MISMO, «Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma», *DSt.* 1937, pp. 335 ss.; EL MISMO, «Literaturbericht: Strafrecht. Allgemeiner Teil», *ZStW* 58 (1939), pp. 660 ss.; EL MISMO, «Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegstrafrecht», *DSt.* 1942, pp. 33 ss.; EL MISMO, «Verräterei und Majestätsdelikt in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin», en el mismo, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, pp. 123 ss.

⁸⁵ SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar de la ciencia jurídica* (estudio preliminar, trad. y notas de Herrero, M.), 1996, *passim*.

⁸⁶ ZAWAR, «Volksschändlingstat oder Volksschändlingstyp?», *DSt.* 1943, pp. 42 ss.

⁸⁷ WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, *passim*; EL MISMO, «Tattypus und Tätertypus», *Zak-DR* 1936, pp. 359 ss.; EL MISMO, «Literaturbericht: Rechts- und Staatsphilosophie», *ZStW* 56 (1936), pp. 279 ss.

relación con la comunidad; y e) comportamiento «dañoso» para (o de «indiferencia» con respecto a) la comunidad⁸⁸.

En opinión de Wolf, en el caso de *Rechtsgenosse*, el *StGB* parecía insinuar que la corrupción de su actitud interna jurídica podía impulsarle a actuar de modo peligroso para la comunidad. El miembro de la comunidad jurídica se habría convertido, con ello, en un «tipo de autor “peligroso para la comunidad”» (*Täterschaftstypus der Gemeingefährlichkeit*) [a], debido a su impulsividad y su deshonestidad. No en vano, este tipo de autor constituye para Wolf un presupuesto del tipo subjetivo de todos los delitos contra la honestidad⁸⁹.

Por lo que respecta a la corrupción de la actitud interna de los *Rechtssubjekte*, el *StGB* vigente en 1932 partía, en opinión de Wolf, de la premisa de que la referida corrupción no se manifestaría, como en el caso de los *Rechtsgenosse*, por medio de un comportamiento impulsivo, sino a través de un comportamiento dirigido por la voluntad, esto es, de un comportamiento final. Se trataría de un comportamiento regido por actitudes esencialmente egoístas, orientadas, en suma, a la consecución de un objetivo individualista. Esta clase de comportamiento constituiría, en realidad, el indicio de un «tipo de autor “contrario a la comunidad”» (*Täterschaftstypus der Gemeinwidrigkeit*) [b]. Este enfrentamiento con la sociedad consistiría en una fría asocialidad en la que el sujeto prefiere el desnudo egoísmo del individualismo que unirse a la comunidad a partir de valores personales. Claro exponente de esta clase de comportamiento, indicio del tipo de autor acabado de referir, son, para Wolf, los llamados «delitos de intención» (*Absichtsdelikte*), como la estafa y la apropiación indebida. Según el razonamiento de Wolf, si, por ejemplo, la estafa cometida «sin intención» no se castiga, ello es debido, en realidad, a que en estos supuestos no existe un estafador⁹⁰.

En cuanto a la *Rechtsperson*, Wolf consideró que el *StGB* tomó como punto de partida la idea de que la corrupción de su actitud interna puede presentarse de dos formas diferentes. En la primera de estas dos formas, la actitud interna de la persona de derecho se vería corrompida como consecuencia de una actitud «fantástico-ideológica» que lo convierte en un «enemigo de la comunidad» (*Täterschaftstypus der Gemeinfeindlichkeit*) [c]. La relación de esta persona de derecho con la comunidad no consistiría para Wolf en una relación de fría asocialidad, como sucedía con el sujeto de derecho contrario a la sociedad, sino que se trataba de una relación de apasionada antisocialidad o hiper-

⁸⁸ WOLF, E., 1932, p. 31.

⁸⁹ WOLF, E., 1932, p. 28.

⁹⁰ WOLF, E., 1932, p. 29.

socialidad. El enemigo de la comunidad no la negaba, sino que, al contrario, la afirmaba; pero lo hacía únicamente de una forma «nueva y mejor», de una forma propia. El ejemplo más claro de delincuente con actitud interna corrompida por su enemistad con la comunidad es para Wolf el «delincuente por convicción» (*Überzeugungsverbrecher*)⁹¹.

La siguiente forma que la corrupción de la actitud interna podría presentar en la persona de derecho es la propia del «tipo de autoría de la “desidia respecto de la comunidad”» (*Täterschaftstypus der Gemeinlässigkeit*) [d]. Este tipo de autor se caracteriza por mostrar una actitud de inactividad social. La corrupción de su actitud interna se presenta aquí mediante la forma de una completa indiferencia con respecto a la llamada de la activación de la persona de derecho por parte de su actitud interna. Se trata de una actitud negativo-individualista. A juicio de Wolf, este tipo de autor encontraría su máxima expresión en los «delitos administrativos» (*Verwaltungsdelikte*)⁹².

Por último, Wolf elaboró una especie de tipo de comportamiento «de recogida», integrado por el amplísimo abanico formado por el resto de los comportamientos delictivos imaginables. A este tipo de comportamiento de recogida Wolf lo denomina «tipo de comportamiento “socialmente indiferente”». Wolf no concibe este tipo de comportamiento como especialmente propio de ningún nivel de corrupción personal, sino que podría aparecer en todos los niveles como desliz ocasional de la actitud interna. Este tipo de comportamiento se conoce habitualmente con el nombre de «dañosidad a la comunidad» (*Gemeinschädlichkeit*), y se traduce en la actitud interna presente, por ejemplo, en el autor de un delito imprudente y de algunos delitos dolosos como el delito de daños o el de lesiones⁹³.

2. Valoración crítica

2.1 PLANTEAMIENTO

La orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel cumplió la función de justificar un determinado ideario político y un determinado ordenamiento jurídico: el incomprensible, por absolutamente infame, y de conse-

⁹¹ WOLF, E., 1932, p. 29.

⁹² WOLF, E., 1932, p. 30. Según WOLF, la diferencia entre los delitos administrativos (*Verwaltungsdelikte*) y los delitos criminales (*Kriminaldelikte*) no deberían ser distinguidos ni en la tipicidad ni en el injusto, sino en la culpabilidad y, sobre todo, en el marco de la teoría de la autoría.

⁹³ WOLF, E., 1932, p. 31.

cuencias monstruosamente trágicas ideario del régimen del III Reich. Esta sola circunstancia ya bastaría, sobradamente, para desacreditar completamente la teoría de los tipos de autor defendida desde el nacionalsocialismo alemán⁹⁴. No obstante, lo que ahora interesa no es tanto someter a crítica el «significado» político del programa irracionalista de la Escuela de Kiel⁹⁵ como analizar la viabilidad de la teoría de los tipos de autor sostenida desde aquel. Es posible avanzar ya el resultado del referido análisis: la tesis de que el Derecho penal no deba castigar tipos de conductas, sino tipos de autor, debe ser rechazada de plano. En las líneas que siguen procederé a tomar posición sobre el contenido de esta tesis, en el mencionado sentido crítico, dividiendo para ello el desarrollo de dicha valoración crítica en tres apartados. El primero tiene por objeto analizar el proceso de progresiva desarticulación del Derecho penal liberal por parte de los partidarios del nuevo Derecho penal nacionalsocialista⁹⁶. En este apartado se valorará críticamente la lucha sin tregua librada por el nacionalsocialismo en un triple frente: contra el concepto de bien jurídico, contra la tipicidad como elemento de la definición de delito, y, por último, contra la separación entre antijuricidad y culpabilidad como dos categorías autónomas del delito. En el segundo apartado de ocuparé de la principal consecuencia, o el principal objetivo, del abandono nacionalsocialista del concepto de bien jurídico. Me estoy refiriendo a la definición del delito como infracción de un deber de fidelidad hacia el Führer. Por último, en el tercer y último apartado se encuentran algunas observaciones, especialmente de orden metodológico, sobre la teoría de los tipos de autor del nacionalsocialismo.

Como ya es sobradamente conocido, el régimen nacionalsocialista se convirtió en una especie de cruzada contra liberalismo político precedente. En el marco del Derecho penal, esto significo, como también se ha apuntado, que el Derecho penal nacionalsocialista debía hacer «tabula rasa» con todos aquellos conceptos, ideas o instituciones penales que tuvieran alguna connotación liberal. Así, el Derecho penal nazi, y los autores que lo secundaron, se embarcaron en una lucha sin cuartel contra, principalmente, dos conceptos, el de

⁹⁴ MIR PUIG, S., 1976, p. 260.

⁹⁵ Sobre este MIR PUIG, S., 1976, p. 260.

⁹⁶ La desarticulación nacionalsocialista del sistema penal liberal clásico operada por el régimen nacionalsocialista fue calificada por el *BGH*, en su sentencia de 16 de noviembre de 1995, como «la peor perversión del sistema jurídico imaginable». Lo destaca MÜLLER, I., «Der Niedergang des Strafrechtssystems im Dritten Reich», en Ostendorf, H./Danker, U. (dir.), *Die NS-Strafjustiz*, 2003, p. 20. En la misma línea RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie*, 2.^a ed., 2005, p. 370, consideran, por su parte, que el Estado nazi se convirtió, por ello, en un «sistema totalitario de no-derecho» (*ein totalitäres Unrechtssystem*), en una «perversión del ordenamiento jurídico de Weimar» (*op.cit.*, p. 379). En un sentido parecido, ya antes, RÜTHERS, B., *Ideologie und Recht*, 1992, pp. 126 s.

«bien jurídico» y el de «tipo», y contra una distinción conceptual, la que tendría por objeto la «separación entre antijuricidad y culpabilidad» como dos elementos distintos de la definición general de delito, por considerarlos productos inequívocamente liberales.

2.2 SOBRE LA LUCHA NACIONALSOCIALISTA CONTRA EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Con la llegada del nacionalsocialismo el Derecho penal dio un giro radical hacia lo subjetivo. Las pretensiones subjetivadoras del Derecho penal nacionalsocialista encontraron su máxima expresión en la tesis de que el concepto de bien jurídico era un instrumento propio del derecho de un modelo de Estado, el liberal clásico⁹⁷, que ya había sido superado por el sobrevenido régimen nacionalsocialista. En este nuevo Estado, el concepto de bien jurídico no puede satisfacer las funciones sistemáticas y metodológicas que la Ilustración y el liberalismo le habían reconocido⁹⁸. En este escenario, la noción de la lesión de un bien jurídico debía ser sustituida como elemento central del injusto por ideas como las de «voluntad del autor», «carácter del autor» o «infracción del deber». Las críticas más frecuentes que se vertieron desde el nacionalsocialismo contra el concepto de bien jurídico fueron cuatro: el concepto de bien jurídico solo serviría para comprender los intereses individuales, y no los supraindividuales; el concepto de bien jurídico solo abarcaría los intereses «materiales», y no los intereses «ideales»; el concepto de bien jurídico es un concepto unilateral que no comprende los «contrainteresses» presentes en algunos tipos⁹⁹; y, por último, el concepto de bien jurídico debe ser sustituido por el concepto «infracción del deber de fidelidad», por tratarse de un concepto más completo¹⁰⁰. En mi opinión, ninguna de estas cuatro críticas se encuentra mínimamente fundamentada. Las razones que lo explican son las siguientes: a) el concepto de bien jurídico no solo comprende intereses individuales, sino también supraindividuales; b) el concepto de bien jurídico no solo permite dar acogida a intereses «materiales», sino también a intereses «ideales»; y c) el

⁹⁷ Vid., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., *DSt.* 1935, pp. 98 s.: «En lo que respecta a su contenido, la concepción del delito como lesión de un bien jurídico no es sino una derivación de la concepción iusnaturalística e ilustrada del delito como lesión de cualquier derecho subjetivo». Sobre esto Vid. MARXEN, K., *Der Kampf*, 1975, pp. 177 s.

⁹⁸ SCHAFFSTEIN, F., 1935c, p. 101.

⁹⁹ Cfr. MARXEN, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, 1975, p. 198.

¹⁰⁰ Cfr. MARXEN, K., 1975, pp. 177 ss.

concepto de bien jurídico podría no consistir en un concepto unilateral, sino en uno comprensivo de los «contraintereses» presentes en algunos tipos.

El régimen nacionalsocialista basó la desaparición del clásico Derecho penal del hecho en favor de un nuevo Derecho penal de autor más adecuado a las exigencias del Estado social alemán de la época, entre otras razones, en la idea de que el Derecho penal del Estado liberal clásico estaba consagrado a la protección de intereses exclusivamente «individuales». Esta fundamentación no es, sin embargo, correcta. En primer lugar, debe señalarse que la mayor parte de la doctrina nacionalsocialista alemana erró por completo al creer que el origen de la idea (propia, en efecto, del liberalismo político) según la cual el Derecho penal debía consistir en un instrumento puesto al servicio de la protección de derechos subjetivos de los individuos se encontraba en la teoría del bien jurídico. Ya que, en realidad, aquella idea procede de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach¹⁰¹. Para este autor, los individuos ya tienen derechos subjetivos con anterioridad al contrato social, y mediante este ceden al Estado la elección de los medios para el aseguramiento de tales derechos¹⁰². Uno de los instrumentos del Estado para conseguirlo es el Derecho penal. Solo los ataques a los derechos subjetivos de los individuos pueden convertirse en objeto de persecución jurídico-penal. A su vez, esta tesis suele ser considerada la recepción para el Derecho penal de la teoría ilustrada del contrato social, según la cual el tránsito del estado de naturaleza al estado civil debía formalizarse por medio de un contrato social pactado por los miembros de la futura organización política¹⁰³. En este sentido, el «enemigo» liberal contra el que tendría que haber dirigido sus esfuerzos el Derecho penal nacionalsocialista debería haber sido, entonces, Feuerbach y la tradición liberal por él aplicada al Derecho penal. Afirmar, como hizo la dirección de Kiel, que el concepto de bien jurídico constituyó exclusivamente un instrumento liberal eficaz para conseguir la protección de intereses meramente individuales, siendo incapaz, en

¹⁰¹ Así lo reconoció, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, F., 1935c, pp. 98 s. Una extensa muestra de la valoración que el pensamiento ilustrado de FEUERBACH merecía en la época nacionalsocialista se encuentra, por ejemplo, en GELBERT, K., «Feuerbach», *DSt.* 1941, pp. 137 ss.

¹⁰² ZAFFARONI, E. R., «¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?», en *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1082.

¹⁰³ El concepto de delito acuñado por FEUERBACH fue seguido por STÜBEL, GROLMAN, HENKE, SCHAFFRATH, ESCHER, BRINZ, y parcialmente también WINSCHIED, UNGER, HÄLSCHNER, y posiblemente HEPP. La influencia del pensamiento ilustrado en la concepción liberal de FEUERBACH puede observarse, por ejemplo, a partir de la obra de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 8.^a reimpr., 1995, pp. 30 s. Sobre todo lo anterior *Vid.* NAGLER, J., «Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit», en *FS-Binding*, 1911, p. 299; EL MISMO, «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», en *FS-Frank*, I, 1930 (reimpr. 1969), p. 342; SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 62; RUDOLPHI, H.-J., «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *FS-Honig*, 1970, p. 154; y entre nosotros, por todos, LUZÓN, D. M., 1996, p. 82.

cambio, de garantizar la seguridad de la sociedad misma, no solo supone ignorar aquel el extremo que acaba de ser señalado, sino que, con ello, los penalistas nacionalsocialistas evidencian un total desconocimiento del origen histórico del concepto de bien jurídico ¹⁰⁴.

El concepto de bien jurídico nace con Birnbaum en la Alemania liberal de mediados del XIX. Suele afirmarse que el concepto no surgió con la pretensión de limitar el *ius puniendi* del Estado, sino, al contrario, con la voluntad de ampliarlo, permitiendo, de este modo, la aparición de algunos delitos que, por consistir en la vulneración de intereses supraindividuales (como, por ejemplo, la religión o las buenas costumbres), en modo alguno podían encajaban en el Derecho penal exclusivamente protector de los derechos individuales ¹⁰⁵. De este modo, si nos atenemos al fin con el que la noción de bien jurídico fue concebida en su origen, este concepto no solo no impidió calificar como delito la lesión o puesta en peligro de intereses colectivos, no individuales, sino que su nacimiento histórico obedeció a la voluntad de extender la protección penal también a ciertos intereses supraindividuales. Carece de sentido, por tanto, contemplar el concepto de bien jurídico como un instrumento liberal que se erige en instrumento para la protección de intereses estrictamente individuales y que resulta, por el contrario, insuficiente para la salvaguarda de valores de naturaleza colectiva. No en vano, todas las legislaciones penales liberales del s. XIX contenían delitos que atentaban o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o de titularidad estatal ¹⁰⁶. No resultaba necesario, por tanto, eliminar, en aras de la defensa de un modelo de Derecho penal también protector de intereses colectivos, un concepto –el de bien jurídico– que en absoluto constituía obstáculo alguno para el desarrollo de dicho modelo.

Por lo demás, el Derecho penal nacionalsocialista abandonó el concepto de bien jurídico en favor de conceptos como los de «actitud interna reproachable», «voluntad reproachable», «modo de vida antisocial», «infracción del de-

¹⁰⁴ Por esta razón considero discutible la opinión de SINA, P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, p. 84, de que el carácter liberal del concepto de bien jurídico se deduciría inequívocamente del rechazo que la ciencia jurídico-penal autoritaria del nacionalsocialismo alemán mostró por el concepto. Desde mi punto de vista, aunque creo que existen razones (no exclusivamente históricas) para afirmar el sentido liberal del concepto de bien jurídico, el argumento de SINA presupone que los penalistas nacionalsocialistas conocían perfectamente el alcance que antes de 1933 se había venido reconociendo al concepto de bien jurídico. Sin embargo, creo que esto último puede ser puesto en tela de juicio de un modo relativamente sencillo, como a continuación se expone en el texto principal.

¹⁰⁵ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., 1976, p. 128.

¹⁰⁶ Este extremo fue reconocido expresamente por MEZGER en uno de sus trabajos más comprometidos con el Derecho penal nacionalsocialista, «Die Straftat als Ganzes»: «Que, por ejemplo, en los delitos de funcionario público de los §§ 331 ss. StGB debe protegerse la “rectitud de la función pública”, reconocida por la ley, por tanto, como un bien jurídico, es algo que está fuera de toda duda». *Vid.* MEZGER, E., 1938, p. 697.

ber de fidelidad a la comunidad» o «traición al pueblo» como paso necesario para la obtención de un Derecho penal más comprometido con la protección de la sociedad que el Derecho penal liberal clásico. Sin embargo, los nuevos conceptos no ayudaron en absoluto a la consecución de este objetivo. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado social extremo –como el del III Reich alemán– debería admitirse, ciertamente, que sería más protector de la sociedad un Estado que interviniese penalmente hasta el punto de prohibir todas las conductas, incluso las más insignificantes, que lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico-penal. Sin embargo, no es esta lógica proteccionista la que dominaba el Derecho penal del III Reich. En efecto, este no constituyó un ordenamiento que castigara conductas peligrosas para la sociedad, sino que se centró en el castigo de los sujetos –no, por tanto, de las conductas– que mostraban una actitud de disidencia con el «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*) dimanante de la comunidad. Para el Derecho penal nacionalista ni siquiera era necesario que esta actitud interna contraria al pueblo se tradujera en una conducta que se manifestara en el mundo exterior lesionando o poniendo en peligro intereses de la comunidad. Así, por ejemplo, se afirmaba que el modo de vida del rufián se oponía abiertamente al espíritu popular de la comunidad, y que esta oposición era, en realidad, el objeto de la prohibición contenida en el antiguo tipo de rufianismo (§ 181 StGB nacionalsocialista). Sin embargo, resulta evidente que este en modo alguno podía ser el modo de conseguir una mayor protección social contra los perjuicios provocados por las conductas de rufianismo, ya que el rufián solo podía provocar un daño social, esto es, lesionar la libertad sexual, mediante la realización de concretas conductas de rufianismo en el mundo exterior; y, en términos de protección social, el modo más eficaz de evitar estas conductas habría consistido, precisamente, en prohibir su realización, no en reprochar su modo de vida o su actitud interna opuesta a la comunidad.

Este último extremo, esto es, la constatación de que, en términos estrictamente preventivo-generales de protección de la comunidad, al III Reich le habría resultado más eficaz un Derecho penal del hecho que un Derecho penal de autor, podría poner de manifiesto que, en contra de lo que en ocasiones se ha afirmado, el Derecho penal nazi no estuvo dominado por una «racionalidad» preventiva, instrumental o consecuencialista, sino por una lógica valorativa o principialista¹⁰⁷. Volviendo al ejemplo del rufianismo, lo que acaba de ser apuntado querría decir lo siguiente: el Derecho penal nacionalsocialista no habría tratado tanto de proteger a la sociedad evitando la proliferación de las

¹⁰⁷ En este sentido ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 46.

«conductas» de rufianismo, como de declarar, mediante penas estigmatizantes que, desde el punto de vista de los valores éticos representados por el Estado, la valoración que merecía el rufián, esto es, el «autor» del delito, no podía ser sino completamente negativa.

La concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel opuso al concepto de bien jurídico la objeción de tratarse de un concepto exclusivamente «causal», «naturalístico» o «materialista»¹⁰⁸, esto es, de un concepto que solo era capaz de explicar el contenido de los intereses materiales susceptibles de protección jurídica; no, por tanto, de los intereses de naturaleza «ideal»¹⁰⁹. En mi opinión, tampoco esta crítica es merecedora de ser compartida. Tanto la Filosofía del derecho, como la Jurisprudencia de intereses de Derecho civil, como, por último, el Derecho penal se han encargado de poner de manifiesto que el término «bien jurídico» también puede ser empleado sin traumas en un sentido que no solo comprenda los intereses estrictamente materiales, sino también los ideales o inmateriales. Así, por ejemplo, desde la lógica del propio lenguaje jurídico y filosófico se considera que no plantea problema alguno, por ejemplo, la afirmación del interés ideal «honor» como un bien jurídico merecedor de protección civil o penal¹¹⁰. No obstante, en este trabajo se estima preferible sostener un concepto de bien jurídico de cuya conformidad este no sea contemplado ni como una «cosa», ni como un «valor» o un «interés» que deba ser protegido; sino como algo que participa tanto de lo primero como de lo segundo. Desde la perspectiva que aquí se adopta, defendida en España por Mir Puig, se considera conveniente definir el bien jurídico protegido como una relación dialéctica de realidad y valor. Esto es, como una «cosa valiosa»¹¹¹.

2.3 SOBRE LA LUCHA NACIONAL SOCIALISTA CONTRA LA SEPARACIÓN DE INJUSTO Y CULPABILIDAD

La dirección de Kiel entendió, además, que la separación de injusto y culpabilidad como dos elementos distintos del concepto de delito no era sino una artificiosa consecuencia de una forma de pensamiento, la racionalista-abstracta propia del liberalismo ilustrado, que debía ser superada. Frente a la idea de la antijuricidad y la culpabilidad como dos categorías separadas, la doctrina

¹⁰⁸ WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, p. 711.

¹⁰⁹ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 68; SINA, P., 1962, p. 81.

¹¹⁰ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 68.

¹¹¹ MIR PUIG, S., 2015, 6/40; ALCÁCER GUIRAO, R., 2003, p. 90.

nacionalsocialista propuso un análisis global del delito que lo concibiera como un todo indisoluble, donde carecería de sentido distinguir entre injusto y culpabilidad. En el presente epígrafe se pretende abordar la crítica al rechazo de la distinción entre injusto y culpabilidad protagonizado por la dirección de Kiel a partir de tres de sus principales manifestaciones: la crítica a la etización del Derecho penal nacionalsocialista; el análisis de los llamados «delitos de traición» como ejemplo de la confusión entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal nacionalsocialista; y, por último, la crítica a la teoría de la «culpabilidad por la conducción de vida» de Mezger¹¹².

Como ya se ha afirmado, a los ojos de la Escuela de Kiel, la distinción entre injusto y culpabilidad constituía un producto formal derivado de una concepción liberal del mundo completamente incompatible con la concepción nacionalsocialista del derecho. Por este motivo, desde la perspectiva nacionalsocialista, la referida distinción debía desaparecer. El rechazo de la separación entre injusto y culpabilidad fue, al menos en parte, el resultado de la influencia de un factor principal: la etización del Derecho penal¹¹³. Así, por ejemplo, autores como Peters defendieron la tesis de que el único modo de huir del «formalismo» ilustrado propio del Derecho penal liberal consistía en erigir al pueblo y a su sano sentimiento en auténticas fuentes «materiales» de un ordenamiento jurídico¹¹⁴ en el que ética y derecho consistirían en dos realidades coincidentes por principio. Esto es, la idea de la llamada «etización del Derecho penal»¹¹⁵. Desde este punto de vista, es decir, para un Derecho penal indisolublemente unido a la ética, carecía de sentido, ciertamente, dividir formalmente el delito en dos partes, una objetiva (el injusto) y otra subjetiva o personal (la culpabilidad). El juicio de reproche ético-jurídico debía tener por objeto los elementos objetivo y subjetivo del delito como dos aspectos indisolubles del delito¹¹⁶. De este modo, el Derecho penal nacionalsocialista experimentó un imparable descenso hacia lo subjetivo, de acuerdo con el cual la decisión judicial cada vez se encontraba más cerca de consistir en un juicio ético sobre el sujeto y sus circunstancias personales que en una valoración del hecho objetivo. Esta circunstancia fue puesta de relieve, por ejemplo, por Klee, que destacó que en el Derecho penal de la Escuela de Kiel, la fusión de antiju-

¹¹² Sobre el estado moderno de la discusión sobre la relación entre injusto y culpabilidad, haciendo referencia a algunas concepciones modernas que, a partir de distintas fundamentaciones, recuperan la idea de que aquellas dos categorías no pueden ser separadas ALCÁCER GUIRAO, R., 2003, pp. 127 s., nota 420.

¹¹³ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 43.

¹¹⁴ Destaca este aspecto RÜTHERS, B./BIRK, A., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 2.ª ed., 2005, p. 375.

¹¹⁵ PETERS, K., 1938, pp. 337 ss.;

¹¹⁶ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 47; KLEE, K., 1941, p. 73.

ricidad y culpabilidad no derivó en la elaboración de una categoría dogmática híbrida o intermedia, sino en una evidente primacía de la culpabilidad como juicio de reproche personal al sujeto sobre la antijuricidad objetiva de la conducta¹¹⁷.

Como ya se ha señalado repetidamente, para los autores nacionalsocialistas o próximos al nacionalsocialismo, el Derecho penal no debía limitarse a proteger los derechos subjetivos de las personas. Ello era contemplado como algo excesivamente individualista. En lugar de este objetivo, en el nuevo contexto del régimen nacionalsocialista al Derecho penal le estaba encomendado el desempeño de un papel sin duda más ambicioso: la protección de la integridad ética del pueblo alemán. Se trataría de un cambio de paradigma axiológico en virtud del cual el individuo y su libertad personal deberían abandonar inmediatamente la posición de privilegio de la que habían venido gozando con el liberalismo clásico, siendo relegados, entonces, a una posición absolutamente accesoria y dependiente del Estado, que pasaría a ocupar la posición central del sistema. Para el nacionalsocialismo, el individuo no era nada sin la comunidad, solo merecía ser protegido como parte integrante del entramado social, perdiendo toda relevancia, de este modo, su autonomía personal. Con el nuevo régimen, el individuo dejaba de ser titular de derechos, y pasaba a ser súbdito de un Estado totalizante que se erigía, así, en titular monopolístico no solo de todos los derechos, sino también de los valores que conformarían «la» ética social de la comunidad. De este modo, el Estado nacionalsocialista se convierte en lo que algunos autores conocen como el «Estado ético» de Hegel, esto es, en un Estado que, en nombre del pueblo y la comunidad, decide de forma unilateral, y de espaldas a quienes teóricamente representa, qué resulta conforme a «la» ética social y qué es, en cambio, contrario a la misma¹¹⁸. En un Estado ético como el nacionalsocialista, puesto que «la» ética no constituiría una realidad tangible, sino, al contrario, algo ideal o inmaterial, las contravenciones éticas se acabarían confundiendo, identificando con su pretensión de respeto de la ética misma, esto es, con las normas del Estado que la imponen. Esta última idea quizá recuerde a los términos en los que desde este trabajo se criticó severamente la espiritualización del concepto de bien jurídico operada por algunos autores neokantianos. Ello no resulta casual. No en vano, Schwinge/Zimmerl defendieron la tesis de que los contenidos de «la» ética y el Derecho penal debían ser armonizados. No era posible, a juicio de estos autores, que un comportamiento fuera reprochable desde un punto de vista ético-social, y va-

¹¹⁷ KLEE, K., 1936, pp. 3 y 16.

¹¹⁸ Sobre el «Estado ético» hegeliano *Vid.*, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., 2003, pp. 33 ss.

lioso, en cambio, desde un punto de vista jurídico; o que, al contrario, un comportamiento fuera antijurídico y punible y, al mismo tiempo, ético-socialmente valioso¹¹⁹.

Frente a todo lo anterior debe afirmarse, sin embargo, que desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado liberal, resulta claramente preferible afirmar lo siguiente: ni los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral; ni es correcto identificar ética y derecho como si de lo mismo se tratase; ni, por último, cabe hablar de culpabilidad sin antijuricidad. Por lo que respecta a la primera idea, esto es, los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral, debe convenirse que lo que hace que un bien jurídico sea merecedor de protección jurídico-penal no es su aspecto vinculado a la moral, sino algo ajeno a esta. El Derecho penal no puede proteger intereses exclusivamente morales¹²⁰. Éste es uno de los límites del *ius puniendi* que se derivan del carácter «social» del Estado social y democrático de derecho: la intervención penal debe ser necesaria para proteger a la sociedad¹²¹, y no lo sería si pretendiera proteger intereses que no tuvieran una dimensión de valor que excediera de la estrictamente moral¹²². Además, en un Estado liberal, lo que legitima al Estado como instrumento protector de la sociedad no es la protección de una moral social ajena a los derechos de los individuos, esto es, integrada por valores exclusivamente comunitaristas, sin referente individual, como, por ejemplo, determinados valores religiosos, raciales, etc., sino solo a través del aseguramiento de intereses con un substrato personal¹²³.

Tampoco una equiparación formal entre derecho y moral, al estilo de la propuesta en su día por Schaffstein, puede ser en absoluto aceptada. Si dicha equiparación se produjera, entonces quedaría borrada de un plumazo, olvidada, la razón por la que, a día de hoy, se considera no solo el Derecho, sino incluso el Estado debe mantenerse al margen de la moral. La razón es que, en realidad, no existe «una» moral, «la» moral, que pueda ser monopolizada por el Estado como si no hubiera otras. Sino que, por ejemplo, todo lo que concierne a la actitud interna del sujeto con respecto, por ejemplo, a la religión, a la sociedad o al Estado forma parte de la moral personal de cada individuo, y debe quedar, por tanto, fuera del alcance normativo del Estado. La principal consecuencia de la confusión o identificación de Derecho y moral sería la si-

¹¹⁹ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 49.

¹²⁰ MIR PUIG, S., 2015, 4/52.

¹²¹ MIR PUIG, S., 2015, 4/3.

¹²² RUDOLPH, H.-J., 1970, p. 167; OTTO, H., «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand», en Müller-Dietz, H. (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 5.

¹²³ ALCÁCER GUIRAO, R., 2003, pp. 77 s.

guiente: aunque en principio el juicio de desvalor ético debería recaer sobre las ideas, y el análisis jurídico debería tener por objeto, en cambio, los hechos, sería posible desvalorar éticamente hechos y jurídicamente ideas. De este modo, cabría castigar con penas tanto ideas como procesos mentales meramente internos incluso cuando no se hubieran concretado en una acción. Salta a la vista, sin embargo, que esta conclusión resulta sencillamente inaceptable, pues dejaría en papel mojado una de las principales conquistas liberales de la Ilustración: la máxima *cogitationis nemo patitur*. Nótese que esta última idea es tan evidente que incluso fue aceptada sin cortapisas por los «comunitaristas» Schwinge/Zimmerl¹²⁴. Como apunta a este respecto García Amado: «proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva»¹²⁵. Por lo demás, si el Derecho penal y la moral fueran completamente equiparados, el ámbito del primero se ampliaría desmedidamente. En efecto, aunque debe admitirse que la determinación de los límites de la punibilidad constituye una cuestión de naturaleza político-criminal, no es menos cierto que un Derecho penal que pretenda presumir de ser garantista nunca podrá intervenir en todos aquellos supuestos que no representen una infracción de las exigencias morales mínimas¹²⁶.

El intento nacionalsocialista de moralizar el derecho resultó completamente contraproducente, porque acabó derivando justamente en lo contrario de lo que pretendía conseguirse: uno de los ordenamientos más injusto y alejado de la moral –de cualquier moral– de la historia de la humanidad. En efecto, la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas lo privó por completo de su propia racionalidad interna hasta desbocarlo hacia una total perversión de lo jurídico. Parafraseando a Laubne, «la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie»¹²⁷.

Por fin, también resulta ampliamente criticable la primacía que el Derecho penal de la Escuela de Kiel reconoció a la culpabilidad sobre la antijuricidad. La razón principal de esta crítica reside en lo siguiente: un ordenamiento jurídico-penal para el que lo más importante no sea la antijuricidad objetiva de la conducta, sino la valoración que merezca el sujeto como tal, esto es, en atención a sus circunstancias personales, es un más que un ordenamiento jurídico es un ordenamiento ético. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto, desde el propio nacionalsocialismo, por Klee en relación con los delitos contra la admi-

¹²⁴ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 49.

¹²⁵ GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *AFD* 1991, p. 350.

¹²⁶ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 50.

¹²⁷ La cita es de GARCÍA AMADO, J. A., *AFD* 1991, p. 350.

nistración pública. A juicio de este autor, no era posible negar, a la luz de la redacción de los tipos, que el elemento más importante residía en la infracción del deber del funcionario. Sin embargo, que esto fuera así no significaba, en opinión de Klee, que el aspecto más destacado de dicho elemento fuera el «subjetivo» de fidelidad del funcionario con respecto a la administración a la que se debe. Para Klee, si la razón principal por la que el legislador nacionalsocialista había decidido tipificar los delitos de funcionario como delitos de infracción de un deber consistía era de naturaleza «objetiva», y consistía en que el cumplimiento de dicho deber era el modo más sencillo de garantizar el correcto funcionamiento del aparato del Estado¹²⁸. Así las cosas –y ésta es, probablemente, la parte de la argumentación de Klee que podría servir también para un Estado democrático– debe concluirse que la conveniencia de seguir distinguiendo entre antijuricidad y culpabilidad reside, precisamente, en separar dos aspectos del delito que deben permanecer claramente diferenciados: el hecho y el autor. Del mismo modo que carece de sentido emitir un juicio de reproche sobre la voluntad del autor sin cuestionarse previamente si dicha voluntad se encuentra o no referida a algo objetivamente contrario a derecho, no es correcto preguntarse si el autor es merecedor de un juicio de reproche por la infracción de su deber como funcionario sin haber comprobado antes si dicha infracción se ha producido efectivamente. De este modo, el hecho antijurídico, más que un filtro previo a la culpabilidad es el auténtico fundamento de la pena, siendo la culpabilidad, en cambio, una categoría que, lejos de fundamentarla, solo podrá limitar su alcance. Lo contrario, esto es, entender la culpabilidad como un juicio de reproche del autor fundamentador de la pena representa una subjetivación del Derecho penal inasumible por un Estado liberal.

En opinión de Dahm, en el Derecho penal nacionalsocialista, la esencia del delito no podía ser correctamente apprehendida mediante un análisis del delito que lo fragmentara en sus distintas partes. No era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Al contrario: cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. A juicio de aquel autor, el método más adecuado para ello consistía en encontrar el «elemento más llamativo», más destacado del delito. Uno de los instrumentos más útiles para la interpretación de los preceptos penales consistía para Dahm en el lenguaje popular¹²⁹. Se trataba, en suma, de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de delincuente o de cada modalidad delictiva en concre-

¹²⁸ KLEE, K., 1936, p. 4.

¹²⁹ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 55.

to, para conocer, en segundo lugar, de qué modo recoge aquella esencia el lenguaje popular. Éste puede referirse al delito aludiendo, bien a su autor, bien a la conducta que realiza o al resultado producido. Sucede lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares «traidor», «asesino», «ladrón», «estafador» o «extorsionador»; lo segundo, en cambio, con las expresiones «lesiones» o «apropiación indebida». De esta distinción, Dahm extrae una importante consecuencia: cuando el lenguaje popular denomina al autor de un delito de un modo determinado, la esencia del delito residirá en la «voluntad» del sujeto, y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Según Dahm, ello ocurre, por ejemplo, en el caso del «ladrón». Según Dahm, no es ladrón aquel que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquel que «es un ladrón conforme a su esencia»¹³⁰. Cuando el lenguaje popular designa a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones son recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de Dahm, el título o rúbrica de cada delito permitía describirlo sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se aproximaba más a su esencia que la más completa de sus definiciones¹³¹. Tal es la importancia que Dahm reconoció al lenguaje popular y a los títulos o rúbricas del StGB como reflejo del mismo que este autor incluso llegó a identificar la esencia del delito con su nombre¹³². El nombre de un delito expresa, para Dahm, lo más característico, lo que más llama la atención del mismo¹³³. Esta equiparación de nombre y esencia la considera Dahm un avance, una profundización del conocimiento con respecto a la «superficialidad del pensamiento científico tradicional»¹³⁴.

Resulta obvio, sin embargo, que derivar la esencia de un delito, de su denominación legal, constituye un procedimiento completamente erróneo. En primer lugar, no cabe duda de que es preciso relativizar la posible utilidad del criterio al que acaba de hacerse referencia. Como señala con razón Boldova Pasamar, el *nomen iuris delicti* no es más que una simple consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje¹³⁵, influenciada por razones de orden social o cultural, así como de las particularidades lingüísticas del idioma que

¹³⁰ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 82.

¹³¹ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 81.

¹³² «(...) lo que es relevante para el nombre, esto es, para la esencia del delito (...):» Vid. SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 82.

¹³³ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 52.

¹³⁴ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 82; MARXEN, K., 1975, p. 205.

¹³⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 296.

de aquella evolución se derivan. En segundo lugar, también conduce a error pretender encontrar la esencia de un delito a través del análisis de su «elemento más llamativo», prescindiendo de los elementos «injusto» y «culpabilidad». Debe señalarse, en primer lugar, que el uso cotidiano del lenguaje, al que Dahm acudió ciegamente como baremo sin el que resultaba imposible aprehender la esencia fenomenológica de un delito, en absoluto constituye una realidad incontrovertida e invariable. Al contrario, el lenguaje popular cotidiano es poco claro, vacilante y susceptible de manipulación. Esta circunstancia se advierte claramente a la luz de uno de los más frecuentes ejemplos de Dahm: el delito de aborto. En efecto, ¿puede decirse que un supuesto de interrupción del embarazo médicamente indicado o conforme a derecho por otras razones constituye un «aborto» en el sentido que a este término le atribuye el lenguaje popular? Dahm afirmó, por ejemplo, que un tal comportamiento no podía ser castigado como delito porque no se correspondía con el concepto «popular» de «aborto»: interrupción del embarazo no indicada médicamente ni justificada por otras causas. Sin embargo, no cabe descartar por completo que el término «aborto» signifique en lenguaje popular «toda interrupción del embarazo». Si ello fuera así, cosa que parece posible, entonces el sentido en que Dahm empleó el término «aborto» contradecía el propio uso del lenguaje cotidiano. Según Schwinge/Zimmerl, esta última circunstancia no fue más que una consecuencia del error de Dahm de identificar la esencia del delito con su nombre. O traducido a una terminología más actual: de identificar el «tipo de injusto total» con el «tipo». En efecto, el nombre de un delito es elegido en ocasiones teniendo en cuenta el «tipo de injusto total», mientras que en otros casos la denominación elegida por el legislador se extrae solo a partir del tipo libre de valoración. Lo primero sucedería, por ejemplo, con el asesinato o el robo. Lo segundo, con el aborto o el homicidio rogado. En la elección del nombre del delito, el legislador no se encuentra vinculado por el sentido conferido a los términos por el uso cotidiano del lenguaje del profano. No obstante, las nomenclaturas empleadas por la ley no suelen contradecir al lenguaje popular. Una tal técnica legislativa no persigue poner de manifiesto, sin embargo, que la esencia del delito dimana directamente del sentido popular de los términos; sino aumentar la popularidad de la ley, convirtiéndola en un instrumento socialmente útil y fácilmente inteligible frente a las imprecisiones del lenguaje popular¹³⁶. No es viable, por tanto, conocer la esencia de un delito a partir de su nombre¹³⁷.

¹³⁶ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, pp. 51 y 87 s.

¹³⁷ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 52.

La ambigüedad, falta de claridad y manipulabilidad del lenguaje popular como baremo interpretativo¹³⁸ no constituyó, de todos modos, un contratiempo para la concepción de Dahm. Antes al contrario, en aquellas tres características del lenguaje popular residió, en realidad, una de las claves del sentido de su concepción. La dirección de Kiel se apoyó en la nebulosa del confuso lenguaje popular con el fin de someter al Derecho penal a un severo proceso de «caotización» que permitiese dar cobertura legal a la barbarie nazi¹³⁹. Al margen de los deleznable fines perseguidos por el recurso de Dahm al lenguaje popular, que quedan desacreditados por sí mismos, se impone aquí una reflexión metodológica. Frente a una concepción como la de Dahm que se apoyó en una completa falta de claridad y de reglas que pretendió partir de una concepción global del delito no distintiva en elementos y orientada a factores tan poco conectados a lo jurídico-material como el lenguaje popular o el «elemento más llamativo» del delito con el fin de adaptarse a una tópica fenomenológica puesta al servicio de los más execrables fines políticos, se presenta como claramente preferible un método analítico del delito que lo describa en sus distintos elementos y que permita una aplicación más garantista del Derecho penal¹⁴⁰.

En el Derecho penal nacionalsocialista, el propio StGB se encargó de destacar en algunos tipos el correspondiente «elemento más llamativo» al que se refirió Dahm. Esto ocurrió, por ejemplo, con los llamados «delitos de traición» (*Verratsdelikte*)¹⁴¹. El término «traición» empleado por el StGB para esta constelación de delitos revelaba que el «elemento más llamativo» o determinante no era en estos delitos la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino la deslealtad. No tener en cuenta esta circunstancia conducía, según aquellos autores, a soluciones grotescas e incluso contrarias al sentido mismo del lenguaje, como, por ejemplo, castigar por traición al extranjero que hace públicos documentos secretos alemanes en interés de su país¹⁴². Sin embargo, como pusieron de manifiesto los propios Schwinge/Zimmerl, la Escuela de Kiel se

¹³⁸ Sobre el carácter no determinante del lenguaje ordinario en orden a la resolución de problemas de autoría y participación, así como sobre su función de contribuir a la determinación del «sentido literal posible» de la ley como límite que no puede sobrepasar el intérprete, *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, 1991, p. 97.

¹³⁹ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 82.

¹⁴⁰ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, pp. 55 s. También puso de relieve las limitaciones de la «*ganzeitliche Betrachtungsweise*», aunque refiriéndose sobre todo a su falta de concreción, ZAWAR, 1943, p. 44.

¹⁴¹ Un estudio histórico sobre el origen y las distintas modalidades de los delitos de traición se encuentra en SCHAFFSTEIN, F., 1986, pp. 123 ss., en especial p. 129 (referencia a la clasificación de Tiberius Decianus en delitos de traición a Dios, delitos de traición a la patria y delitos de traición entre sujetos privados). *Vid.* también SCHAFFSTEIN, F., 1935c, p. 104.

¹⁴² SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 50.

equivocó al considerar que la «traición» constituía el elemento clave de estos delitos. El empleo de este término por el legislador consistió en un simple recurso de técnica legislativa, que persiguió el objetivo de hacer más inteligible la ley frente a las imprecisiones del lenguaje popular¹⁴³. El único método que puede conducir satisfactoriamente a la esencia de un delito consiste en una investigación sistemática que distinga entre injusto y culpabilidad, y nunca una interpretación de la ley meramente formal conectada al «elemento más llamativo» como la defendida por Dahm¹⁴⁴.

Es evidente que la tesis según la cual la distinción entre injusto y culpabilidad imposibilita un análisis jurídico-material del delito no puede ser compartida en modo alguno. Es más: lo que sucede es precisamente lo contrario. En efecto, un correcto análisis jurídico-material del delito que pretenda aprehender el sentido y el fin de los preceptos debe tener en cuenta la distinción entre lo que el Derecho penal «puede» prohibir, es decir, la antijuridicidad, y lo que es «lícito» imputarle personalmente al sujeto, esto es, la «culpabilidad»¹⁴⁵. Como algunos autores se encargaron de poner de manifiesto, la disolución de la frontera que separaba injusto y culpabilidad debía conducir a la concepción de la Escuela de Kiel en materia de delitos de traición a resultados cuando menos sorprendentes, como, por ejemplo, calificar no solo como impune, sino como altamente honroso el comportamiento de un extranjero o un judío que revela documentos secretos alemanes. No obstante, la Escuela de Kiel no admitió la impunidad de estos supuestos, y reclamó para ellos la misma pena –la de muerte– que para aquellos en que el comportamiento era realizado por un alemán. La diferencia entre la revelación del extranjero y el judío, por una parte, y la del alemán, por otra, debía verse en que mientras que este último cometía un delito de traición, el extranjero y el judío debían ser castigados por un delito común¹⁴⁶.

No obstante, para la dirección de Kiel esta distinción no tuvo consecuencias prácticas. En efecto, aunque se afirmaba que solo el ciudadano alemán podía infringir e infringía el deber de fidelidad al pueblo alemán, por lo que ni el extranjero ni el judío podían incurrir en dicha infracción, lo cierto era, sin embargo, que en el *StGB* nacionalsocialista, unos y otros recibían la misma pena. Desde el punto de vista de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, la referida equiparación penológica entre unos y otros resultaba, sin embargo, difícilmente explicable. Una tal equiparación solo podía fundamen-

¹⁴³ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 51.

¹⁴⁴ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 52.

¹⁴⁵ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., 2015, 5/9 ss. y 5/26 ss.

¹⁴⁶ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 51.

tarse razonablemente a partir de una concepción del Derecho penal vinculada a la idea de bien jurídico. En efecto, si el legislador nacionalsocialista decidió disponer la misma consecuencia jurídica para conductas que presentan contenidos completamente dispares en términos de infracción de deber de fidelidad al pueblo alemán, ello bien pudo significar que, en realidad, también en los delitos de traición, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico —el bien (*das Wohl*) del Reich— era, como mínimo, tan relevante como la infracción del deber de lealtad al pueblo alemán. En efecto, el peligro para el bien del Reich, esto es, la puesta en peligro del bien jurídico, era exactamente la misma en todos los supuestos, con independencia de que se diera o no la infracción del deber de fidelidad. El contenido de injusto de los todos los supuestos era, en suma, el mismo.

Esta opinión fue defendida en Alemania por Schwinge/Zimmerl. Para estos autores, la diferencia entre los comportamientos que ponían en peligro el bien del Reich con infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, esto es, los comportamientos realizados por alemanes) y los que no implican una tal infidelidad, es decir, los que tienen como autores a los extranjeros y los alemanes, no residía en el injusto, sino en la culpabilidad. No se trataba, por tanto, de una cuestión referida a la valoración negativa del «hecho», sino al reproche que merecía su «autor». En opinión de aquellos autores, en los casos en que el sujeto activo consistía en un extranjero o en un judío, la culpabilidad venía integrada por el dolo entendido como conocimiento de la realización de los elementos del tipo de injusto y de su antijuricidad. En los supuestos que el autor era un alemán, la culpabilidad del sujeto añadía a los elementos anteriores uno nuevo: la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán. La adición al dolo típico y conocimiento de la antijuricidad de la infracción del referido deber provocaba un incremento del contenido de culpabilidad y convertía la conducta del autor un comportamiento personalmente más reprochable. Pero si la conducta del alemán tenía mayor contenido de culpabilidad, ¿por qué los extranjeros y los judíos recibían la misma pena? En opinión de Schwinge/Zimmerl, la respuesta a esta pregunta se encontraba en el siguiente argumento: debido a la especial relevancia del bien jurídico en juego (el bien del Reich), el simple hecho de su lesión representaba un contenido de injusto de tal importancia que compensaba por sí solo el posible desequilibrio de culpabilidad que pudiera existir entre alemanes y no alemanes¹⁴⁷.

El planteamiento de Schwinge/Zimmerl tuvo, principalmente, dos aspectos positivos: contempló el elemento de la infracción del deber de fidelidad

¹⁴⁷ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 51.

como un elemento de naturaleza predominantemente «personal», más vinculado al autor que al hecho; y, al distinguir entre injusto y culpabilidad, permitió reconocer idéntico grado de importancia a los dos aspectos más importantes del delito: el objetivo, correspondiente al daño que el delito ha causado a la comunidad, o «dañosidad social»; y el subjetivo, relativo a la personalidad del sujeto que ha producido ese daño¹⁴⁸. De este modo, Schwinge/Zimmerl evitaron caer en un Derecho penal nacionalsocialista abocado unilateralmente a la idea de traición al pueblo defendida por la Escuela de Kiel. No obstante, frente a la concepción defendida por estos dos autores también pueden ser formuladas serias objeciones. En mi opinión, las principales son tres. Por una parte, la concepción de estos dos autores nunca tuvo la voluntad de erigirse en una auténtica oposición a la Escuela de Kiel, sino que, al contrario, llegó a conclusiones muy parecidas a las alcanzadas por esta dirección a partir de un punto de partida distinto: la idea de bien jurídico y del delito como su lesión o puesta en peligro. Pese a lo generalizada que se encuentra la idea de que las ideas de Schwinge/Zimmerl cumplieron una función de resistencia frente al avance del Derecho penal nacionalsocialista, la máxima preocupación de estos dos autores tuvo por objeto la salvaguarda de la idea de bien jurídico, presentándolo ante el régimen nazi como un concepto perfectamente válido para el «nuevo» Derecho penal de autor. Por otra parte, que el elemento de la infracción del deber de fidelidad constituyese un elemento perteneciente al aspecto personal del delito, esto es, a su autor, no significa que deba consistir, necesariamente, en un elemento de la culpabilidad. También pueden existir elementos de naturaleza personal en el injusto¹⁴⁹. Con todo, este equívoco no solo se encuentra presente en la concepción de Schwinge/Zimmerl, sino que constituye un rasgo característico del concepto neokantiano o neoclásico de delito que, al igual que otros autores, Schwinge/Zimmerl defendían. En efecto, la posición de Schwinge/Zimmerl descansó sobre una concepción del delito de base causalista, hoy ya superada, que bloqueó la llegada a la teoría del delito de la concepción personal del injusto hasta los años 50 del siglo xx. Así, en 1937, año de publicación de *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, Schwinge/Zimmerl no contemplaban al dolo y la imprudencia como elementos del tipo subjetivo, sino como formas de la culpabilidad como parte subjetiva del delito, como «juicio de reproche normativo al autor del delito». Con la llegada del finalis-

¹⁴⁸ SCHWINGE, E./ZIMMERL, L., 1937, p. 59.

¹⁴⁹ Sobre la teoría del injusto personal *Vid.*, entre otros, los trabajos de MAIHOFER, W., «Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre», *FS-Rittler*, 1957, pp. 141 ss.; RUDOLPHI, H. J., «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», en *FS-Maurach*, 1972, pp. 51 ss.

mo, el dolo referido a los elementos objetivos del tipo pasó a integrar la parte subjetiva del tipo de injusto, permaneciendo en la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Y, en tercer lugar, debe apuntarse que el mayor contenido de culpabilidad del sujeto como consecuencia de la infracción del deber de fidelidad ni siquiera encajaba por completo con el concepto neoclásico de culpabilidad defendido por Schwinge/Zimmerl. De acuerdo con este concepto, la culpabilidad debía ser entendida como «reprochabilidad por la voluntad defectuosa», y debía estar integrada por tres elementos: la imputabilidad como capacidad de culpabilidad; el dolo o culpa como voluntad defectuosa; y la ausencia de causas de exculpación. Pues bien: no era correcto afirmar que la infracción del deber de fidelidad daba lugar a un aumento de la culpabilidad del sujeto, porque tampoco podía decirse que con la referida deslealtad se vieran incrementado el dolo o la culpa como formas de la voluntad defectuosa como elemento fundamentador de la culpabilidad. En efecto, puesto que tanto el dolo como la culpa iban referidos a los elementos del tipo, no era posible un aumento del contenido de dolo o la culpa sin un correspondiente aumento del contenido del tipo de injusto. Pero Schwinge/Zimmerl dejaron claro que el contenido del tipo de injusto en todo caso venía determinado exclusivamente por la lesión del bien jurídico, sin dejar espacio alguno en el mismo para la idea de la infracción del deber de fidelidad. Desde el punto de vista del concepto neoclásico de delito, el único modo de haber fundamentado la inclusión de la infidelidad al pueblo alemán en la culpabilidad habría consistido en entender que el dolo y la culpa no son las dos únicas formas que puede adoptar una voluntad defectuosa, sino que son posibles otras modalidades. Entre ellas se encontraría la infracción de deberes de fidelidad. Esta última forma de voluntad defectuosa sería compatible con la representada por el dolo o la culpa. De este modo, sería posible, por ejemplo, que un sujeto lesionara dolosamente el bien jurídico infringiendo su deber de fidelidad a la patria. Pues bien: dada la acumulación de formas de voluntad defectuosa presente en el sujeto de este último supuesto, el juicio de reproche que cabría formular contra el mismo daría como resultado un contenido de culpabilidad mayor que el que correspondería al sujeto que hubiese actuado simplemente con dolo. Se trataría de algo así como una responsabilidad añadida por razón de una especial «actitud interna». Sin embargo, esta segunda fundamentación tampoco puede ser admitida, ya que representaría una forma de responsabilidad por el carácter o la voluntad. Las dificultades de Schwinge/Zimmerl para ubicar el elemento de la infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán tanto en el injusto como en la culpabilidad son una consecuencia del carácter ambivalente del concepto neoclásico de delito. El concepto neoclásico o neokantiano de delito represen-

tó el descubrimiento para el delito de sus dimensiones de «valor» y de «sentido», trayendo consigo una depuración metodológica de la concepción causalista de delito. La dirección neokantiana introdujo en el Derecho penal, en efecto, la idea de valoración negativa y de reproche, de modo que la antijuricidad devino un «juicio de desvalor sobre el hecho» y la culpabilidad «reprochabilidad por la voluntad defectuosa». Pero también se mantuvo fiel, en cambio, al esquema causalista que dividía el delito en una parte objetiva (hecho antijurídico) y una parte subjetiva (culpabilidad del autor), a la exclusividad de la lesión del bien jurídico como contenido de la antijuricidad y a la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad ¹⁵⁰.

2.4 ACERCA DE LA TEORÍA DE LA «CULPABILIDAD POR LA CONDUCCIÓN DE VIDA» DE MEZGER

De acuerdo con la teoría de la «culpabilidad por la conducción de vida» de Mezger, en determinados delitos, la culpabilidad consistiría en un juicio de reproche dividido en dos partes: un reproche por el acto concreto, por el hecho aislado que ha cometido; y un reproche por su conducción de vida, que le ha hecho degenerar, que abarca, en realidad, toda su personalidad, que tiene por objeto aquello en lo que se ha convertido como consecuencia de haber llevado una vida «equivocada» ¹⁵¹. En la medida en que el «modo de vida equivocado» se revelaría a partir de la constatación de un acto concreto indiciario, el reproche de este último debería constituir, según esta concepción, un presupuesto mismo de la culpabilidad por la vida ¹⁵². Durante la etapa nacionalsocialista, la teoría de la «culpabilidad por la conducción de vida» de Mezger recibió el apoyo, con algunos matices, de otros autores como Bockelmann ¹⁵³ y Engisch ¹⁵⁴.

Sin embargo, las tesis de Mezger, Bockelmann y Engisch nunca llegaron a ser admitidas pacíficamente por la doctrina. Este rechazo se fundamentó, sobre todo, en dos motivos. En primer lugar, un sector de la doctrina mostró

¹⁵⁰ Sobre la naturaleza híbrida del concepto neoclásico de delito, y más concretamente del carácter mixto de sí concepto de culpabilidad, *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., 1976, pp. 241 ss.; EL MISMO, 2015, 6/13 y 20/12 ss.

¹⁵¹ Según MEZGER, recuérdese, «la culpabilidad penal del autor no solo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también la culpabilidad por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar». *Vid.* MEZGER, E., 1938, pp. 688 s. Sobre esto *Vid.* ROXIN, C., 1997, § 6/9.

¹⁵² MAURACH, R., 1962, pp. 293 s.

¹⁵³ BOCKELMANN, P., *Studien zum Täterstrafrecht* (2), 1940, pp. 145 ss.

¹⁵⁴ ENGISCH, K., «Zur idee der Täterschuld», *ZStW* 61 (1942), pp. 171 y 174.

serias dudas sobre si realmente cabe hacer depender la pena de la pertenencia del delincuente a un determinado tipo de autor en algunos delitos (por ejemplo, los de traición al Estado o infracción de un deber), y defender, al mismo tiempo, la idea de la culpabilidad por el hecho como fundamento de la pena para los restantes tipos¹⁵⁵. En segundo lugar, contra la teoría de la culpabilidad por la conducción de vida de Mezger, Bockelmann y Engisch se ha objetado que no siempre cabe convertir al sujeto en culpable de su modo de vida «equivocado», ya que «es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano»¹⁵⁶. No en vano, la doctrina absolutamente dominante ha rechazado y sigue rechazando en la actualidad las teorías de la culpabilidad del autor (*Täterschuld*) defendidas desde el Derecho penal nacionalsocialista alemán, entre las que se encuentran, recordemos, la teoría de la «culpabilidad por la conducción de la vida» de Mezger, el planteamiento que parte de la «culpabilidad por la decisión sobre la vida», defendido por Bockelmann, y, por último, la teoría de la culpabilidad por el carácter de Engisch. El motivo de este rechazo debe verse en la idea de que toda concepción que sobrepase el principio de responsabilidad por el hecho concreto debe ser calificado como Derecho penal de autor¹⁵⁷, y atenta, por ello, contra uno de los principios fundamentales del Estado «democrático» de Derecho: el principio de «culpabilidad»¹⁵⁸.

2.5 SOBRE LA DEFINICIÓN NACIONALSOCIALISTA DE DELITO COMO INFRACCIÓN DE UN DEBER

Como ya se apuntó, el concepto de bien jurídico era incapaz, según la doctrina nacionalsocialista, de explicar de modo satisfactorio la esencia del delito. Esta inidoneidad resultaría especialmente evidente, a juicio de la dirección de Kiel, en el caso de los delitos especiales, los militares, los de medios determinados y aquellos caracterizados por la presencia de elementos subjetivos del tipo. Con respecto a las dos primeras clases de delitos, puesto que en ellas los bienes jurídicos en juego estarían protegidos por el correspondiente tipo básico, el delito especial y el delito militar solo podrían explicarse a partir de la idea de que, mediante su tipificación, el legislador habría pretendido cas-

¹⁵⁵ ROXIN, C., 1997, § 6/9.

¹⁵⁶ ROXIN, C., 1997, § 6/9.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E. R., 2005, p. 1086.

¹⁵⁸ MIR PUIG, S., 2015, 4/63 y 68. Atribuye el referido rechazo, en cambio, a razones propias del Estado *de derecho* ROXIN, C., 1997, § 6/9.

tigar con pena no la lesión de un bien jurídico, sino la infracción del deber especial que recae, por ejemplo, sobre el funcionario público o el soldado¹⁵⁹. Por lo que respecta a los delitos de medios determinados y los delitos con elementos subjetivos del tipo, la exigencia legal de que la conducta típica se ejecute de un modo determinado, o de que vaya acompañada de un determinado elemento subjetivo distinto del dolo (por ejemplo, el ánimo de enriquecimiento en determinados delitos contra el patrimonio) demostraría, desde la perspectiva de la doctrina nacionalista, que en el punto de mira de la ley no estaría únicamente la lesión de un bien jurídico¹⁶⁰. Desde la nueva perspectiva nacionalsocialista, el concepto de bien jurídico únicamente podía encajar en una concepción del Derecho penal anclada en el causalismo y en el formalismo. Sin embargo, como ya ha sido apuntado, el Derecho penal nacionalsocialista apostó por superar esta contemplación del delito causalista y formalista por otra de corte más subjetivista y normativista. Desde esta nueva perspectiva, cobraban especial importancia elementos «personales» referidos al autor como, por ejemplo, su «voluntad» (*Willen*), su «actitud interna» (*Gesinnung*), su «forma de ser» o su «carácter». No obstante, de todos estos elementos personales del delito, el elemento que tomó decididamente el relevo del bien jurídico como elemento esencial del hecho delictivo fue el elemento «infracción del deber»; o más concretamente; el elemento «infracción del deber ético de guardar fidelidad a la comunidad popular»¹⁶¹.

Sin embargo, un análisis de este elemento normativo pone de manifiesto que no resulta en absoluto defendible un modelo de Derecho penal que sustituya el elemento «lesión o puesta en peligro de un bien jurídico» por el elemento «infracción de una norma» o «infracción de un deber». No en vano, algunos de los más destacados defensores del Derecho penal nacionalsocialista ya pusieron en tela de juicio el modelo de Derecho penal que acaba de ser referido. Este fue el caso, por ejemplo, de Schaffstein, Gallas, Wolf y Klee. Estos autores reconocieron que no era correcto eliminar por completo la idea de «lesión o puesta en peligro de bien jurídico» y sustituirla sin más por la de «infracción del deber», ya que ello habría supuesto incurrir en el mismo error cometido por la doctrina del bien jurídico: su unilateralidad. Es decir, pretender erigirse en elemento explicativo de la esencia de todo delito. Desde la perspectiva nacionalsocialista, la tesis según la cual el contenido del concepto de delito se agotaría con la lesión de un bien jurídico era incorrecta, por tratar-

¹⁵⁹ MARXEN, K., 1975, p. 185.

¹⁶⁰ MARXEN, K., 1975, p. 198.

¹⁶¹ Críticamente MAURACH, R., «Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht», *DSt.* 1936, pp. 113 ss.

se del correlato del dogma causal en la teoría de la antijuricidad ¹⁶². Sin embargo, los mencionados autores no articularon el referido rechazo de la exclusividad del elemento «infracción del deber» del mismo modo.

Así, Schaffstein y Gallas entendieron que todo delito se encontraba integrado, en mayor o menor medida, por cuatro elementos: «expresión de la actitud interna», «traición», «infracción del deber» y «lesión del bien jurídico». Según estos dos autores, debía dejar de ponerse el acento en el primer aspecto y ponerse en el segundo ¹⁶³. A esta tesis se opusieron Erik Wolf y Karl Klee. En opinión de Wolf, la referencia a los elementos «expresión de la actitud interna», «traición», «infracción del deber» y «lesión del bien jurídico» podría servir para aprehender la esencia de algunas clases de tipos, pero nunca para elaborar un concepto general de delito. Así, por ejemplo, ni toda acción punible consiste para Wolf en la infracción de un deber en el sentido en que Schaffstein y Gallas emplean esta expresión, ni, por el contrario, toda infracción de un deber constituye delito. En opinión de Wolf, lo primero se demuestra comprobando que en todo delito se responde también, o incluso exclusivamente, por la producción de un resultado. Un ejemplo de que no toda infracción de un deber debe ser considerada delito se encuentra, por su parte, en la infracción de simples deberes religiosos ¹⁶⁴. En cuanto a Klee, este autor se opuso al modo en que la Escuela de Kiel configuró la relación existente entre la lesión del bien jurídico y la infracción de un deber como los dos elementos centrales del delito. Así, mientras que para la primera el elemento principal era el segundo, ocupando el primero una posición meramente complementaria, Klee defendió la tesis opuesta, argumentando que sin la lesión de un bien jurídico o de un valor jurídicamente protegido determinado, la infracción de un deber era una abstracción sin referencia alguna a una realidad concreta, era como un castillo en el aire ¹⁶⁵.

Según la dirección de Kiel, no solo los delitos de traición consistían en la infracción del deber de fidelidad con el pueblo alemán. En el Derecho penal nacionalsocialista, la comisión de cualquier delito era contemplada como una infracción del deber de fidelidad al pueblo alemán, como una lesión del honor del Estado. De este modo, la traición al pueblo alemán constituía un elemento

¹⁶² SINA, P., 1962, p. 83.

¹⁶³ SCHAFFSTEIN, F., 1935b, pp. 8 s.; EL MISMO, 1937, pp. 336 s. y 340 s.; GALLAS, W., 1936, p. 53. Sobre este cambio de acento SINA, P., 1962, p. 82.

¹⁶⁴ WOLF, E., 1936, p. 359.

¹⁶⁵ KLEE, K., 1936, p. 2.

común a todo delito¹⁶⁶. Sin embargo, esta contemplación del delito reconocía al elemento correspondiente a lo comunitario, a lo supraindividual, a lo popular una importancia excesiva, exaltando este componente colectivo hasta el paroxismo. También este extremo fue puesto de manifiesto incluso por un autor decididamente militante del nacionalsocialismo extremo como Erik Wolf. En opinión de este autor, la identificación entre delito y traición no era correcta, porque ni toda traición es un delito, ni todo delito debe ser entendido como una traición. La tesis de Wolf debe ser compartida. La corrección de la primera parte de la misma se deduce de un ejemplo propuesto por el propio Wolf: «Quien es infiel a su novia es, sin lugar a dudas, una persona sin honor que no ha satisfecho las expectativas del pueblo, pero no puede ser castigado con pena»¹⁶⁷.

En la actualidad, la tesis de que un comportamiento no sería penalmente antijurídico por ser «socialmente dañoso» (*sozialschädlich*), sino por ser «contrario al deber» (*pflichtwidrig*), o mejor, «contrario a la norma» (*normwidrig*) que impone dicho deber, ha encontrado acogida, en mayor o menor medida, viene siendo recuperada por alguna concepción dogmática actual. La más importante de ellas es, por la repercusión que ha alcanzado y la enorme controversia que viene generando tanto en su propio país de origen, Alemania, como fuera del mismo, en especial en el ámbito latinoamericano, es la concepción del delito como «quebrantamiento de la vigencia de la norma» defendida por Günther Jakobs. No es este, sin embargo, el momento de someter a valoración crítica la formulación de Jakobs. Este propósito queda reservado para el Capítulo siguiente, en el que me ocuparé de la distinción entre «Derecho penal del ciudadano» y «Derecho penal del enemigo» operada por este autor.

2.6 SOBRE LA TEORÍA NACIONALSOCIALISTA DE LOS TIPOS DE AUTOR. AL MISMO TIEMPO, ALGUNAS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS SOBRE SI EL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA FUE, O NO, POSITIVISTA

A pesar de la intervención de Mezger en el Proyecto sobre «extraños a la comunidad» de 1944, y de la indudable influencia que ejerció sobre ella la Criminología de base biológico-criminal de Exner¹⁶⁸, creo que no puede afir-

¹⁶⁶ FRANK, H., 1937, p. 267. Sobre este particular, en relación con el pensamiento extremo de Roland FREISLER, Vid. CATTANEO, M. A., «Carl Schmitt y Roland Freisler. La doctrina penal del nacionalsocialismo», en *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 151.

¹⁶⁷ WOLF, E., 1936, p. 359. En un sentido parecido KLEE, K., 1936, pp. 5 ss.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., «La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el Proyecto de Ley sobre *Gemeinschaftsfremde* (1940-1944)», Apéndice a *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiem-*

marse razonablemente que las teorías de los tipos de autor defendidas en Alemania durante el período inmediatamente anterior al inicio del régimen nacionalsocialista por Erik Wolf y las propuestas, ya bajo la cobertura del Derecho penal nazi, por Schaffstein, Gallas, Mayer, Mezger y Dahm, fueran, simplemente, el resultado del análisis empírico-psicológico o empírico-sociológico del delincuente; esto es, de la Criminología¹⁶⁹.

En efecto, aquellas teorías consistieron en un producto derivado de un juicio ético, normativo o deontológico, realizado de acuerdo con los valores imperantes del régimen nacionalsocialista, que recayó sobre el sujeto activo de la conducta. Puede decirse, por ello, que las teorías de los tipos de autor de la Alemania nacionalsocialista no constituyeron teorías criminológicas de los tipos de autor, sino teorías de naturaleza normativa. O que, si aquellas teorías fueron el resultado de estudios criminológicos, estos se encontraban prácticamente desprovistos de su sentido empírico-descriptivo¹⁷⁰.

En mi opinión, uno de los más claros exponentes de esta tesis viene representado por la concepción defendida por Erik Wolf en *Das Wesen des Täters*. En la teoría de los tipos de autor de Wolf, la referencia constante a la personalidad «del» delincuente encubrió, en realidad, el carácter profundamente valorativo y ético de aquella. En *Das Wesen des Täters*, Wolf puso de manifiesto que, en su opinión, uno de los principales errores cometidos por el positivismo naturalista consistió en pretender explicar satisfactoriamente la esencia del autor de un delito por medio de ciencias empíricas tales como la Antropología, la Biología o la Psicología criminales, por una parte, o la Sociología positivista, por otra, disciplinas todas ellas integrantes de la Criminología en sentido amplio como disciplina empírica de recogida. Wolf participó de la idea neokantiana de que se imponía despertar del sueño científicista de la

po, 2.^a ed., 2001a, pp. 97 ss.; EL MISMO, «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”», *Rev. Penal*, 2002 (9), pp. 49 s.

¹⁶⁹ El análisis crítico de la teoría nacionalsocialista de los tipos de autor debe considerar que no todos los autores que la defendieron ostentaron idéntico grado de militancia en el Derecho penal nazi de la época. Como señala MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2.^a ed., 2001b, pp. 78 ss. es obligado separar entre los penalistas nacionalsocialistas aquellos que encabezaron el Derecho penal nazi de los que simplemente no se resistieron, formando parte de una «mayoría silenciosa». Según mi parecer, de los penalistas citados en el presente trabajo quizá quepa incluir en el primer grupo a Friedrich Schaffstein y Georg Dahm como integrantes de la Escuela de Kiel, además de Erik Wolf y Roland Freisler, a quien CATTANEO, M. A., 2001, p. 149, califica como «el representante de mayor relieve de la doctrina penal nacionalsocialista»; y en el segundo a Wilhelm Gallas, Hellmuth Mayer, Paul Bockelmann, Karl Engisch y Edmund Mezger. Incluye a este último en el primer grupo de autores, en cambio, MUÑOZ CONDE, F., 2001b, *passim*.

¹⁷⁰ De esta opinión ROXIN, C., 1997, § 6/11. En contra MAURACH, R., 1962, p. 292. A juicio de este segundo autor, la distinción entre tipos criminológicos y tipos normativos de autor carece completamente de fundamento.

dirección moderna de von Liszt que situaba al Derecho penal entre las ciencias naturales, para reconocerle el estatuto que en puridad le correspondía: el de ciencia cultural o valorativa. La aparición de este nuevo escenario filosófico legitimó a Wolf para sustituir el concepto positivista de autor por un concepto referido no tanto a hechos como a ideas y valores. En la concepción defendida por Wolf en *Das Wesen des Täters*, la persona solo importaba como parte del mundo histórico, del mundo cultural, del mundo de los valores y las ideas, no como parte de la naturaleza. La personalidad del delincuente no le interesaba a Wolf como dato empírico de la realidad observable por la Criminología, sino como dato susceptible de valoración. No le importaba, por tanto, su dimensión de dato descriptible, sino como dato susceptible de comprensión. Uno de los más gráficos ejemplos de la completa desconexión de todo análisis empírico del delito y del delincuente que caracterizó a la teoría de los tipos de autor de Wolf fue la noción de «fidelidad a la comunidad» como una de las principales ideas del contexto cultural contemporáneo a *Das Wesen des Täters*. Según esta idea, todos los miembros de la comunidad jurídica nacían con una «actitud interna» (*Gesinnung*) de fidelidad al colectivo. Esta actitud interna era merecedora de una valoración positiva. Según Wolf, mediante la realización de ciertas conductas tipificadas en el *StGB* como delito o falta, algunos individuos ponían de manifiesto, sin embargo, que su actitud interna se había corrompido. La actitud interna de fidelidad al colectivo habría dado paso a una actitud interna de infidelidad hacia aquel. Dicha corrupción de la actitud interna debía ser valorada negativamente. Esta confrontación de valores positivos y negativos, o, si se prefiere, la presencia en un sujeto de una actitud interna contraria a la idea de fidelidad a la comunidad merecía para Wolf, en suma, ser desvalorada. Como puede comprobarse, en la teoría de Wolf, la personalidad del delincuente no constituía, en definitiva, un producto empírico resultante de la investigación criminológica, sino, antes bien, el resultado de un juicio de naturaleza «axiológica».

En la actual dogmática del Derecho penal, la concepción del Derecho penal de autor se encuentra –por fortuna– completamente superada. Podría decirse, en realidad, que el final de los días de la corriente de pensamiento promovida por la Escuela de Kiel llegó con la desaparición del régimen político en cuyo marco se desarrolló. El «Derecho penal de la voluntad» fue una concepción del Derecho penal circunscrita a la ideología y al Derecho positivo nacionalsocialistas del Tercer Reich alemán. En ocasiones se ha pretendido explicar la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel como un fenómeno asentado sobre la base de fundamentos de naturaleza política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológica. En mi opinión, ninguna de estas funda-

mentaciones puede llegar a explicar, ni siquiera mínimamente, el abominable Derecho penal de autor nacionalsocialista. En efecto, ni la Teoría política, ni el Derecho, ni la Filosofía, ni la Metodología ni la Sociología pueden presentar a esta concepción del Derecho penal como una consecuencia de alguna de sus orientaciones¹⁷¹.

En mi opinión, la auténtica pretensión de los intentos de fundamentar política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológicamente el Derecho penal de la dirección de Kiel fue la de encubrir o justificar una única realidad: la concepción de la Escuela de Kiel fue un instrumento puesto al servicio de la legitimación del vergonzoso Derecho penal positivo del régimen nacionalsocialista. Suficientemente expresivas de lo que pretende significarse son las siguientes palabras de Tammelo, citadas por García Amado: «Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica»¹⁷². Es cierto que la desaparición del Derecho positivo nacionalsocialista dejó sin objeto al Derecho penal de la voluntad¹⁷³. Sin embargo, de ello no debe deducirse necesariamente que el método nacionalsocialista fuera el propio del positivismo jurídico formal. Como afirmaron Hellmuth Mayer¹⁷⁴ y Erik Wolf¹⁷⁵ desde las propias entrañas del nacionalsocialismo, y como han señalado autores como Rùthers/Birk¹⁷⁶ y García Amado¹⁷⁷, el método de la Escuela de Kiel no solo no consistió en un método positivista jurídico formal, sino que, desde el mencionado punto de vista formal, supuso una apuesta vencida en favor de un antipositivismo radical.

Así, por ejemplo, en opinión de Erik Wolf, las dos partes integrantes del delito, el hecho delictivo y su autor, estaban integradas por elementos pertenecientes a tres distintos niveles: un nivel legal, un nivel judicial y un nivel rela-

¹⁷¹ No en vano, ya la doctrina iusfilosófica alemana de posguerra presentó al nazismo como una suerte de «salto al vacío» científicamente inexplicable en el curso normal del devenir histórico. Esta tesis, que presentó al nazismo como fenómeno-ruptura de la racionalidad histórica, respondió al nombre de «teoría de la catástrofe», y fue concebida con la finalidad de exculpar, en la medida de lo posible, a los jueces y juristas –la inmensa mayoría– que aplicaron el derecho nazi. *Vid.*, en este sentido, GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *AFD* 1991, p. 340, nota 1.

¹⁷² GARCÍA AMADO, J. A., 1991, p. 342.

¹⁷³ MIR PUIG, S., 1976, p. 260.

¹⁷⁴ MAYER, H., 1938, p. 77, nota 18.

¹⁷⁵ WOLF, E., 1936, p. 360.

¹⁷⁶ RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, p. 378.

¹⁷⁷ GARCÍA AMADO, J. A., 1991, pp. 347 s.

tivo a la contemplación popular. Estas tres clases de elementos no se hallaban en una relación jerárquica, sino que interaccionarían en una relación de naturaleza dialéctica. Así las cosas, toda resolución judicial sobre si una determinada conducta constituía o no delito no solo debía atender al dictado de la ley, sino también a las otras dos fuentes del derecho: el arbitrio judicial y la contemplación popular¹⁷⁸. Wolf defendió esta tesis tanto para el «tipo de hecho» (*Tattypus*) como para el «tipo de autor» (*Tätertypus*). En efecto, Wolf afirmó que tanto el tipo de hecho como el tipo de autor podían estar integrados por tres distintas clases de elementos: a) elementos legales, esto es, elementos completamente descritos por la ley; b) elementos judiciales, es decir, elementos descritos por la ley, pero tan solo de forma modo incompleto, de modo que deben ser completados por el juez; y c) elementos pertenecientes al derecho no escrito, esto es, elementos que no se encuentran descritos en la ley ni completa (a) ni incompletamente (b), pero que el sentido de la ley presenta como elementos que contribuyen a determinar el injusto de la acción. Estos últimos elementos describen al delito como la lesión de intereses del pueblo. El juez debe comprender estos elementos interpretando la íntima «convicción del pueblo» (*Volksüberzeugung*)¹⁷⁹.

A juicio de Rùthers/Birk, uno de los instrumentos metodológicos más consolidados en la doctrina y la jurisprudencia nacionalsocialistas, el pensamiento en órdenes concretos (*das konkrete Ordnungsdenken*), tuvo como principal objetivo convertirse en la fórmula mágica que permitiese operar la pretendida «renovación jurídica popular» al margen del legislador y garantizando una aplicación del derecho absolutamente flexible¹⁸⁰ y desviada del derecho positivo¹⁸¹. Ello se consiguió convirtiendo al llamado «orden de la vida» (*Lebensordnung*) en auténtica fuente de derecho, y reconociéndole mayor rango que a las propias normas jurídicas¹⁸²; y confiriendo al pensamiento en órdenes concretos, entre otras funciones, la de modificar el derecho positivo¹⁸³. A partir de todo ello, Rùthers/Birk concluyen que el método nacionalsocialista fue un método abiertamente antipositivista y antinormativista¹⁸⁴.

Por último, también García Amado cree, siguiendo, entre otros, a Arthur Kaufmann, que ni los jueces ni los juristas del régimen nacionalsocialista se limitaron a observar escrupulosamente el derecho positivo. En opinión de Gar-

¹⁷⁸ WOLF, E., 1936, p. 360.

¹⁷⁹ WOLF, E., 1936, pp. 360 s. (tipo de hecho) y 362 (tipo de autor).

¹⁸⁰ RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, p. 376.

¹⁸¹ RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, p. 378.

¹⁸² RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, pp. 376 y 378.

¹⁸³ RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, pp. 376 y 378.

¹⁸⁴ RÜTHERS, B./BIRK, A., 2005, p. 378.

cía Amado¹⁸⁵, los jueces y la doctrina aplicadores del Derecho penal nacional-socialista no practicaron, en realidad, «positivismo “jurídico”» (*Rechtspositivismus*) formal, sino «positivismo “estatalista”» (*Staatspositivismus*). Según este autor, la doctrina postulante de un positivismo jurídico formal no solo era ampliamente minoritaria en la época nacionalsocialista, sino que ya lo había sido incluso bajo la vigencia del régimen político anterior, la República de Weimar¹⁸⁶. En el sentido en que los emplea García Amado, los términos «positivismo jurídico» y «positivismo estatalista» tienen, además, significados opuestos. El primero tiene un sentido liberal, limitador del *ius puniendi* del Estado. En efecto, la fidelidad al Derecho positivo garantiza el respeto al límite al Estado representado por el principio de legalidad. El término «positivismo estatalista» expresa, en cambio, la idea de que la soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado¹⁸⁷.

V. EL «DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»

1. Exposición

Entre otros efectos, el ya conocido fenómeno de la expansión del Derecho penal ha provocado en algunos países, la aparición de lo que se ha venido en llamar «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*)¹⁸⁸. Como apunta Cancio Meliá, con esta expresión pretende designarse a determinados sectores legislativos que normalmente tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, o el terrorismo, entre otras materias, y que constituyen el resultado de la fusión del «Derecho penal simbólico» y el clima crecientemente punitivista existente en el debate político en relación

¹⁸⁵ GARCÍA AMADO, J. A., 1991, pp. 347 s.

¹⁸⁶ GARCÍA AMADO, J. A., 1991, p. 347.

¹⁸⁷ GARCÍA AMADO, J. A., 1991, p. 348 y nota 15.

¹⁸⁸ Consideran el Derecho penal del enemigo una manifestación más o menos directa del fenómeno más amplio de la expansión del Derecho penal, entre otros autores, CANCIO MELIÁ, M., «“Derecho penal” del enemigo» y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», *JpD* 44 (2002), pp. 19 ss.; BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., «Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas», en Faraldo Cabana (dir.)/Brandáriz García, J. A./Puente Aba, L. M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 15 ss. pp. 44 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual», en Faraldo Cabana (dir.)/Brandáriz García, J. A./Puente Aba, L. M. (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 90 ss. y 119 s.; GÓMEZ MARTÍN, V., «Libertad, seguridad y sociedad del riesgo», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.)/Gómez Martín, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 81 ss.

con ciertas materias¹⁸⁹. El Derecho penal del enemigo se caracterizaría por que trataría al delincuente no como un ciudadano, sino como un sujeto que ha ido apartándose paulatinamente de la senda del derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad. Frente al «enemigo», el Derecho penal «de la normalidad», que aquel ha abandonado de forma duradera, se mostraría completamente insuficiente e ineficaz. Para el «Derecho penal del enemigo», este debe ser neutralizado, como permanente fuente de peligro para la sociedad, cueste lo que cueste¹⁹⁰. Desde un punto de vista *de lege lata*, en la actualidad reina un cierto consenso doctrinal en torno a la idea de que, en mayor o menor medida, y de un modo más o menos evidente, reglas que podrían considerarse propias de Derecho penal del enemigo¹⁹¹.

Uno de los penalistas que con más detalle se ha ocupado de la descripción de las principales peculiaridades de las legislaciones de enemigos es Günter Jakobs¹⁹². La concepción de Jakobs en relación con el referido «Derecho penal del enemigo» ha sido objeto de muy diversas interpretaciones. Sin embargo, existe un cierto consenso en torno a que una exposición y valoración crítica rigurosa de dicha concepción debe partir de la constatación de que se trata de una construcción que ha conocido, como mínimo, dos distintas formulaciones: la de 1985, por una parte; y 1999 y 2003, por otra¹⁹³.

¹⁸⁹ CANCIO MELIÁ, M., 2002, p. 20 y nota 13; EL MISMO, «¿“Derecho penal” del enemigo?», en Jakobs, G./Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 78.

¹⁹⁰ CANCIO MELIÁ, M., 2002, p. 20.

¹⁹¹ De esta opinión, por ejemplo, NAUCKE, W., en Gropp, W., «Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1985 in Frankfurt a. M.», *ZStW* 97 (1985), p. 926; Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC* 06-04 (2004), pp. 3 y 24; PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *JpD* 49 (2004), p. 43; EL MISMO, «La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», *Mientras tanto* 83 (2002), p. 78; EL MISMO, «El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004, p. 694; GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo», *RECPC* 07-02 (2005a), pp. 2 s.; ZAFFARONI, E. R., 2005, pp. 1088 s.; MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”» (comunicación inédita enviada para la discusión al VI Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Público Básico, sobre el tema «Derecho penal de ciudadanos y derecho penal de enemigos», y celebrado los días 8 y 9 de junio de 2005, pp. 1 s., 8 ss., 21 y 26).

¹⁹² Lo señala, por ejemplo, PRITWITZ, C., «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.)/Gómez Martín, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 108.

¹⁹³ En esto sigo a PRITWITZ, C., 2004, pp. 108 y 110 ss.; y a CANCIO MELIÁ, M., 2003, p. 60, nota 1, y pp. 79 s., nota 34. Se muestra escéptico, en cambio, sobre la conveniencia de distinguir entre estos dos momentos como correspondientes a dos formulaciones distintas, en cambio, PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *JpD* 49 (2004a), pp. 43 s.; EL MISMO, «El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en *LH-Bacigalupo Zapater*, I, 2004b, pp. 695 s.; EL MISMO, «La legislación de lucha contra las no personas: represión penal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», *Mientras tanto* 83 (2002), p. 79. Una posición intermedia en este contexto la ocupa SCHÜNEMAN-

En el marco del Congreso de los penalistas alemanes celebrado entre los días 16 y 19 de febrero de 1985 en Frankfurt am Main¹⁹⁴, Günther Jakobs presentó una ponencia en la que constataba de modo crítico la presencia en el StGB de algunos preceptos propios de lo que él denomina «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*)¹⁹⁵. En opinión de Jakobs, ello ocurre, por ejemplo, con motivo de la tipificación de algunas conductas que se encuentran considerablemente alejadas del inicio de la ejecución como delitos contra la paz social, o el orden y la seguridad públicos, (delitos de terrorismo). Dos ejemplos de esta dirección político-criminal vendrían representados, en su opinión, por los delitos previstos en los §§ 30 (participación intentada) y 140 (aprobación o recompensa de delitos) StGB.

A este respecto, el primer Jakobs considera que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en el Derecho penal de un Estado de libertades, ya que en dicha clase de Estado solo cabría referirse, de un modo legítimo, a un «Derecho penal de ciudadanos»¹⁹⁶. Según Jakobs, todos los actos preparatorios de un delito que se lleven a cabo en el ámbito «privado», esto es, sin implicar a terceras personas en el proyecto criminal, deben quedar, desde el punto de vista de Jakobs, sin pena. Frente a este argumento no cabe objetar, en su opinión, que desde el momento en que un acto es realizado para preparar un delito pierde todo posible carácter privado. Porque en ese caso no habría razón para dejar sin pena los pensamientos delictivos¹⁹⁷.

En 1999, con motivo de la celebración en Berlín de las jornadas de reunión de profesores de Derecho penal bajo el título «Die deutsche Strafre-

NN, B., «Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. Besprechung von: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Reückbesinnung und Ausblick, 2000», *GA* 2001, p. 210, quien, sin llegar a identificar el planteamiento formulado por JAKOBS en 1985 y el posterior de 1999, afirma que el tiempo ha venido a demostrar que el primero se habría comportado «como una bomba con una espoleta retardada».

¹⁹⁴ Un breve informe de este congreso se encuentra en KUHLEN, L., «Strafrechtslehrertagung 1985», *NJW* 1985, pp. 2631 ss.

¹⁹⁵ La ponencia se encuentra contenida, en forma de artículo, en «Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss. (= «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» [trad. de PEÑARANDA RAMOS, E.], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 ss.).

¹⁹⁶ JAKOBS, G., 1997, pp. 297 ss.

¹⁹⁷ JAKOBS, G., 1997, pp. 298 ss. De acuerdo en lo esencial con la primera formulación de JAKOBS, que acaba de ser expuesta de forma resumida, DENCKER, F., «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung?», *StV* 1988, p. 266. Un amplio resumen de la posición del que aquí denominaremos «primer JAKOBS» se encuentra en DENCKER, F., *StV* 1988, pp. 263 ss.; APONTE, A., *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum «effizienten» Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 2004, pp. 128 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., 2004a, pp. 43 ss., nota 6.; EL MISMO, 2004b, p. 695, nota 6. Expone con detalle la tendencia expansiva del Derecho penal y procesal alemán en el ámbito del terrorismo contemporánea al primer Jakobs DENCKER, F., «Das “Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus”», *StV* 1987, pp. 117 ss.

chtswissenschaft vor der Jahrausendwende»¹⁹⁸, Jakobs describió el «Derecho penal del enemigo» como un Derecho penal caracterizado por los siguientes elementos: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no solo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados *Klimadelikte*); c) constituyen la transición de una «legislación penal» (*Strafrechtsgesetzgebung*) a una «legislación de lucha» o «de combate» (*Bekämpfungsgesetzgebung*); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal¹⁹⁹. En esta ocasión, Jakobs no se limita a describir este «Derecho penal del enemigo» como un Derecho penal previsto únicamente para situaciones excepcionales, pero que no debería existir o no debería contagiarse al «Derecho penal del ciudadano» (*Bürgerstrafrecht*). En 1999, Jakobs cree que el Derecho policial resulta insuficiente para luchar con eficacia contra los enemigos de la sociedad, esto es, contra aquellos sujetos que demuestran con su comportamiento que resulta imposible establecer expectativas normativas con respecto a su conducta. Se impone, para Jakobs, el establecimiento de medidas que institucionalicen, que juridifiquen la exclusión de los enemigos, que Jakobs califica como «no personas» (*Unpersonen*). Para Jakobs, estas medidas no corren el peligro de ser declaradas inconstitucionales, porque, aunque los «enemigos» pueden ser personas en el sentido del artículo 1 BVerfG, lo cierto es que no se corresponden con el concepto de «persona» defendido por Luhmann: esto es, aquel sujeto respecto del cuya conducta es posible establecer expectativas normativas²⁰⁰.

En 2003, Jakobs confirmó su segundo punto de vista sobre el «Derecho penal del enemigo» sobre todo en el trabajo que constituyó su aportación al libro *Derecho penal del enemigo*, publicado conjuntamente con Cancio Meliá. En este trabajo, Jakobs trató de fundamentar la posición defendida en 1999 remitiéndose a las concepciones de cuatro filósofos que se refirieron al «enemigo» como un concepto filosóficamente correcto: Rousseau, Fichte, Kant y

¹⁹⁸ Un informe de una de estas jornadas y algunas observaciones críticas sobre la intervención de JAKOBS en relación con el *Feindstrafrecht* se encuentran en SCHULZ, L., «Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht», *ZStW* 112 (2000), pp. 653 ss.

¹⁹⁹ JAKOBS, G., 2000, p. 661. Suscribe esta descripción CANCIO MELIÁ, M., 2003, pp. 79 ss.

²⁰⁰ JAKOBS, G., 2000, p. 662; EL MISMO, «La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente», en Eser, A./Hasssemer, W./Burkhardt, B. (coords. versión alemana)/Muñoz Conde, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 60.

Hobbes²⁰¹. Desde la teoría del contrato social defendida por los dos primeros pensadores, todo delincuente sería, por definición, enemigo de la sociedad²⁰², y declararía, mediante la comisión del delito, su voluntad de abandonar el contrato social y regresar, de este modo, al estado de naturaleza precedente²⁰³. Sin embargo, Jakobs considera más convincente el punto de vista mantenido por Kant y Hobbes²⁰⁴. Para estos autores, no todo delincuente sería, por definición, enemigo, sino que, al contrario, también quienes delinquen pueden ser divididos en ciudadanos y enemigos. Así, por ejemplo, para Kant considera que, a pesar de la comisión del delito, la amplia mayoría de los delincuentes deberían seguir siendo calificados como ciudadanos, quedando reservada la categoría de «enemigos» para aquellos delincuentes que amenacen permanentemente a la sociedad mediante la comisión de delitos. Para Hobbes, enemigo sería, en cambio, únicamente el reo de alta traición²⁰⁵. En opinión de estos dos últimos autores, contra el enemigo, entendido en los términos que han sido señalados, no resultaría indicado el Derecho penal del ciudadano, esto es, aquel que pretende garantizar el mantenimiento de la vigencia de la norma frente a las conductas que la quebrantan o la ponen en cuestión. Frente a los enemigos, la pena no cumpliría una función de estabilización de expectativas normativas por el hecho cometido. Frente al enemigo, la pena sería un instrumento puesto al servicio del Estado para luchar o hacer la guerra contra quien, como enemigo, se presentaría ante la sociedad como fuente permanente de peligros futuros. El Estado quedaría legitimado para entablar dicha guerra contra el enemigo por el propio ciudadano, que ostentaría entre sus derechos, como señala el propio Kant, el de obligar a cualquier otro ciudadano a formar parte de una «constitución ciudadana», so pena de quedar apartado de la sociedad, excluido como ciudadano y merecer, de este modo, la designación de «enemigo»²⁰⁶.

A partir de esta fundamentación filosófica, Jakobs recuerda la doble lógica que, en su opinión, domina la distinción «Derecho penal del ciudadano» – «Derecho penal del enemigo». En el «Derecho penal del ciudadano», la pena trataría de comunicar contrafácticamente al delincuente que el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de la norma²⁰⁷. En cambio, en el

²⁰¹ Alude a estos antecedentes histórico-iusfilosóficos y de filosofía política del discurso del Derecho penal del enemigo, así como a algún otro, como, por ejemplo, Protágoras, GRACIA MARTÍN, L., 2005a, pp. 11 ss.

²⁰² Pone en cuestión este extremo ZAFFARONI, E. R., 2005, p. 1079.

²⁰³ JAKOBS, G., 2003, pp. 26 s.

²⁰⁴ JAKOBS, G., 2003, p. 28.

²⁰⁵ JAKOBS, G., 2003, pp. 28 ss.

²⁰⁶ JAKOBS, G., 2003, p. 38.

²⁰⁷ JAKOBS, G., 2003, pp. 49 ss.

«Derecho penal del enemigo», la pena perdería toda su dimensión comunicativa, y pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de la legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometan delitos en el futuro²⁰⁸. Para Jakobs, dicha corroboración cognitiva será tanto más clara cuanto más apartado esté el sujeto de la sociedad, esto es, cuantas más escasas sean las posibilidades de que el sujeto recupere la senda del derecho. Si se trata de un sujeto irremisiblemente apartado de la sociedad, esto es, de alguien con respecto al cual ya no cabría establecer expectativas cognitivas, demostrándose este déficit a través de su comportamiento²⁰⁹, entonces es que, con él, el derecho no habría funcionado, siendo la única alternativa realmente eficaz, entonces, la guerra o lucha contra el enemigo. Jakobs destaca que en los últimos años, especialmente después de los hechos ocurridos en New York el 11 de septiembre de 2001²¹⁰, se habría producido una creciente incorporación a la legislación penal de algunos países occidentales, entre los cuales se encontraría la propia Alemania, de lo que él denomina «legislación penal del enemigo». Los ámbitos en los que dicha circunstancia se habría producido de un modo dominante serían, sobre todo, el de la delincuencia sexual habitual, la delincuencia económica, el terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas²¹¹. Esto sería así tanto en lo relativo al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal²¹², llegando a calificar a este último como «el sismógrafo de un Derecho penal liberal»²¹³.

Ante la tesitura de si al Estado le está permitido o prohibido tratar como enemigos, esto es, como «no ciudadanos» o «no personas» a quienes se han apartado de modo aparentemente definitivo de la senda del derecho, Jakobs es

²⁰⁸ JAKOBS, G., 2003, pp. 49 ss. En idéntico sentido, descriptivamente, CANCIO MELIÁ, M., 2003, p. 86; GÜNTHER, K., «Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die etische Aufrüstung der Kriminalpolitik», *KJ* 1994, pp. 140 s. («con los enemigos no se habla; no hay libertad para los enemigos de la libertad»). Una breve reseña al trabajo de Günther puede encontrarse en LAUBENTHAL, K./BAIER, H., «Neue Kriminalpolitik für ein neues Jahrtausend? – Besprechung von Klaus Lüderssen (Hrsg.), „Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse“», *GA* 2001, pp. 2 ss.

²⁰⁹ JAKOBS, G., 2003, pp. 40 y 51.

²¹⁰ Sobre el atentado de las torres gemelas y sus decisivas consecuencias para el Derecho penal *Vid.* PRITTWITZ, C., «Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11 September” nichts mehr sein, wie es war?», en *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 499 ss. Entre nosotros *Vid.* PORTILLA CONTRERAS, G., 2002, pp. 77 ss.

²¹¹ JAKOBS, G., 2003, p. 39.

²¹² JAKOBS, G., 2003, pp. 43 ss. También destacan este extremo CANCIO MELIÁ, M., 2003, pp. 59 ss.; DENCKER, F., *StV* 1988, p. 264; Díez RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC* 07-01 (2005), pp. 23 s. Críticamente MURMANN, U., «Über den Zweck des Strafprozesses», *GA* 2004, p. 86

²¹³ JAKOBS, G., 2000, p. 660.

de la opinión de que la alternativa correcta es la primera. Jakobs expresa esta opinión del siguiente modo:

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: «puede» ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo (...) Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado «debe» tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo demás, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa hay que protegerse frente a los enemigos²¹⁴.

Jakobs, por fin, acaba concluyendo, a modo de resumen de su posición favorable a la existencia de alguna clase de Derecho penal para no ciudadanos, y apoyándose de nuevo en Hobbes y, sobre todo, en Kant, lo siguiente:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido²¹⁵.

Sin embargo, una vez aceptada la legitimidad del «Derecho penal del enemigo», fundamentada, como se ha visto, en el derecho de los ciudadanos consistente en la obtención de un mínimo de seguridad frente a aquellos con respecto a los cuales no cabe el establecimiento de expectativas cognitivas, Jakobs somete su existencia a un límite infranqueable. El límite sería el siguiente: el «Derecho penal del enemigo» debe permanecer separado del «Derecho penal del ciudadano». De lo contrario, el segundo se vería contaminado por el primero. Como ya hiciera en 1985, Jakobs ejemplifica los efectos noci-

²¹⁴ JAKOBS, G., 2003, pp. 47 s. (cursivas añadidas).

²¹⁵ JAKOBS, G., 2003, pp. 55 s. (cursiva añadida).

vos que podría tener esta confusión acudiendo al § 30 StGB. De conformidad con este precepto,

(1) Quien intenta determinar a otro para que cometa un delito o para que induzca a un tercero a cometerlo, será castigado de acuerdo con los preceptos de la tentativa de delito. Sin embargo, la pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49.1. El § 23.3 rige en lo correspondiente. (2) Del mismo modo será castigado quien se declare preparado, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien se ponga de acuerdo con otro para cometer un delito o para inducir a otro a cometerlo.

Jakobs recuerda que, en su redacción original, el precepto, que castiga con pena determinados actos unilaterales, tenía una pena autónoma, de tal modo que podía entenderse que lo que pretendía el legislador no era evitar peligros futuros de alguien especialmente peligroso, sino castigar la lesión ya producida de un bien jurídico: la seguridad pública. Posteriormente, el precepto se vio reformado en el sentido de hacer depender la pena del delito proyectado, pudiendo ser este cualquiera, y la pena, entonces, extraordinariamente elevada en algunos casos. Para Jakobs, el sentido de la reforma consistió en castigar con una pena extraordinariamente severa a quien, como cabecilla de una organización terrorista, proyectase, por ejemplo, acabar con la vida de alguien. Sin embargo, pese a ser esta la intención oculta del legislador, el nuevo § 30 StGB no distingue entre los delitos de terrorismo y los restantes delitos, siendo aplicable, por ello, a toda clase de delitos. Esto último determina que el precepto deje de tener una pena autónoma, y que esta, más que la consecuencia de la lesión de un bien jurídico devenga, antes bien, un instrumento de lucha o combate frente a sujetos especialmente peligrosos por hechos todavía no cometidos²¹⁶, o de neutralización o eliminación de peligros futuros²¹⁷.

Como fácilmente puede deducirse, la reforma «expansionista» del § 30 StGB que acaba de ser mencionada es merecedora, a juicio de Jakobs, de una valoración completamente negativa. La razón de este rechazo es la siguiente: en su forma original, el § 30 StGB era, en opinión de Jakobs, un precepto perfectamente aceptable desde el punto de vista de un «Derecho penal del ciudadano». Sin embargo, puesto que la reforma del mencionado precepto habría sido impulsada desde la lógica del Derecho penal del enemigo, entonces ambas lógicas, la del Derecho penal del ciudadano y la del enemigo, se habría entremezclado, contaminándose el primero del segundo. Para Jakobs, esta contaminación debe ser evitada a toda costa, ya que supone un grave peligro

²¹⁶ JAKOBS, G., 2003, p. 43.

²¹⁷ JAKOBS, G., 2003, p. 55.

para el Estado de Derecho, representado, principalmente, por el Derecho penal del enemigo. El peligro en cuestión consistiría, en caso de que aquella contaminación se produjera, se acabaría tratando a ciudadanos como enemigos. Así, por ejemplo, las penas resultantes del § 30 StGB probablemente serán desproporcionadas cuando de un «no enemigo» se trate. Puesto que el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo obedecerían a dos lógicas completamente distintas, incluso antagónicas²¹⁸, la armonización del segundo en el primero resulta sencillamente impracticable. Por todo ello, Jakobs considera preferible que los preceptos que conformen el Derecho penal del enemigo se mantengan separados de los que configuran el Derecho penal del ciudadano. Sería aconsejable, por ello, la elaboración de dos ordenamientos distintos, uno para ciudadanos y otros para enemigos, en lugar de lo que suele hacer, por ejemplo, el legislador alemán. Esto es, disponer de un único ordenamiento jurídico-penal (del ciudadano) y «trufarlo» de elementos propios de Derecho penal del enemigo, como ocurre, por ejemplo, en el caso del § 30 StGB²¹⁹.

En el segundo Jakobs, el Derecho penal del enemigo no sería «una disfunción del individualismo social, sino una consecuencia de sus propias limitaciones ante un pluralismo cultural y político –el que viene de fuera de su propia tradición– que lo desborda»²²⁰. En palabras del propio Jakobs,

una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multifolclore de una cultura, o bien –y esa es la variante peligrosa– las diferencias se forjan en la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos «junto» a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más²²¹.

²¹⁸ JAKOBS, G., 2003, p. 55.

²¹⁹ JAKOBS, G., 2003, pp. 39 y 56.

²²⁰ El Derecho penal del enemigo del segundo JAKOBS coincide con esta descripción, que se encuentra en PÉREZ DEL VALLE, C., «Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo. Algunas consideraciones en torno a Hobbes y Rousseau», *CPC 75* (2001), p. 612.

²²¹ JAKOBS, G., 2004, p. 60 (cursiva añadida).

2. Valoración crítica

2.1 SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN JAKOBS

La posición mantenida por Jakobs en 1985, en relación con el Derecho penal del enemigo causó en la doctrina alemana una impresión mayoritariamente positiva²²². Comparto la tesis de quienes entienden que, considerada globalmente, la labor del Jakobs de 1985 en relación con los delitos de emprendimiento tuvo una dimensión esencialmente garantista²²³. Sin embargo, y en contra de lo que suele afirmarse, no todo fueron elogios para el que aquí denominaremos «primer Jakobs».

Algunos autores, en primer lugar, plantearon por primera vez una duda con respecto a la concepción de Jakobs una duda que posteriormente se convertirían en una de las principales sospechas, si no «la» sospecha, que habría venido planeando sobre el Derecho penal del enemigo de Jakobs hasta la fecha. La cuestión podría enunciarse del siguiente modo: ¿defendía el primer Jakobs el Derecho penal del enemigo presente en el StGB, o se limitaba a certificar su existencia, o, incluso lo criticaba? Resulta obvio que quienes como, por ejemplo, Schroeder o Prittwitz, han venido valorando positivamente el planteamiento de aquel Jakobs lo han hecho a partir de la premisa de que este último autor no secundaba el Derecho penal de autor, sino que se limitaba a describirlo²²⁴. No obstante, algunos autores, como, por ejemplo, Puppe²²⁵, Naucke²²⁶ o Schmidhäuser²²⁷ expresaron ya en 1985 sus dudas sobre si el Derecho penal del enemigo de Jakobs era una simple descripción de una parte de la legislación penal alemana, o un concepto con alguna capacidad de rendimiento en la concepción de aquel autor. A este respecto, podría señalarse que en la posición de Jakobs que ahora se analiza predominan los argumentos que abonan su entendimiento como una simple descripción de la realidad. Sin embargo, dicha posición adolece de un cierto grado de ambigüedad que no permite descartar completamente la alternativa opuesta. Así, es cierto que en las jornadas de penalistas celebradas del 16 al 19 de mayo de 1985 en Frankfurt

²²² Lo constata SCHÜNEMANN, B., 2001, p. 210.

²²³ De esta opinión, por ejemplo, SCHROEDER, F. C., en Gropp, W., 1985, p. 926; PRITTWITZ, C., «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?», en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.)/Gómez Martín, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 111.

²²⁴ SCHROEDER, F. C., 1985, p. 926; PRITTWITZ, C., 2004, p. 107.

²²⁵ PUPPE, I., en Gropp, W., 1985, p. 920.

²²⁶ NAUCKE, W., en Gropp, W., 1985, p. 926.

²²⁷ SCHMIDHÄUSER, E., en Gropp, W., 1985, p. 924.

am Main, Jakobs afirmó, por ejemplo, que en un Estado liberal, el autor solo sería ciudadano, no enemigo²²⁸; o que el Derecho penal del enemigo no sería ya Derecho, sino lucha o guerra, siendo entonces su caracterización como «Derecho» penal del enemigo meramente eufemística²²⁹. Pero también lo es que junto a tales manifestaciones de un Jakobs inequívocamente liberal, en aquellas mismas jornadas se encuentran otras mucho más inquietantes y ambiguas. Dos muestras de ello se hallan, por ejemplo, en las respuestas de Jakobs a las observaciones a su ponencia formuladas por Calliess y Schmidhäuser. Empezando por el primero, la observación que Calliess dirigió a Jakobs consistió en que el esquema «dentro/fuera» o «amigo/enemigo» de la distinción «Derecho penal del ciudadano-Derecho penal del enemigo» sería completamente incompatible con el Estado social y democrático de Derecho²³⁰. A este respecto, Jakobs convino con Calliess que el Derecho penal del enemigo es, en efecto, completamente incompatible con el ideal de un Estado de derecho. Sin embargo, un Estado de derecho ideal requeriría también de condiciones ideales, y lo cierto es que la cruda realidad terrenal demostraría que tales condiciones no siempre se dan. Por esta razón, el Estado debería poder renunciar en este contexto a una realización inmediata de todas las libertades individuales²³¹. Por lo que respecta a la observación de Schmidhäuser, consistente en que no siempre resultaría sencillo conocer cuándo la argumentación de Jakobs con respecto al Derecho penal del enemigo es *de lege lata* y cuándo *de lege ferenda*²³², Jakobs respondió lo siguiente: no solo esperaba que la jurisprudencia del BVerfG evolucionase de tal modo que el castigo con pena de comportamientos estrictamente privados llegase a ser declarado inconstitucional, sino que consideraba posible, ya en 1985, una interpretación de los preceptos de Derecho penal del enemigo presentes en el StGB en dicho sentido. Sin embargo, y esto es lo más perturbador de su respuesta a Schmidhäuser, Jakobs entendió que en aquel momento dicha interpretación no era la única posible²³³.

No obstante, ya se advertía en aquel primer Jakobs que su posición podía correr el riesgo de ser contradictoria con su propia concepción del Derecho penal y los fines de la pena. Aunque su pensamiento al respecto ha ido evolucionando, Jakobs defiende la tesis de que la pena tiene como fin la estabilización de la vigencia de las normas como expectativas sociales institucionaliza-

²²⁸ JAKOBS, G., en Gropp, W., 1985, p. 927.

²²⁹ JAKOBS, G., en Gropp, W., 1985, p. 930.

²³⁰ CALLIESS, R. P., en Gropp, W., 1985, p. 921.

²³¹ JAKOBS, G., en Gropp, W., 1985, p. 928.

²³² SCHMIDHÄUSER, E., en Gropp, W., 1985, p. 924.

²³³ JAKOBS, G., en Gropp, W., 1985, p. 929.

das. De este modo, el delito no es concebido por Jakobs como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino como el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Así las cosas, Jakobs dice que aunque la sociedad moderna se encuentra especialmente necesitada de estabilización normativa, en el caso de los actos preparatorios «privados»²³⁴, la conducta se encuentra demasiado alejada del quebrantamiento de la norma, por lo que esta no se halla especialmente necesitada de estabilización mediante el Derecho penal frente al acto preparatorio²³⁵. Sin embargo, Jakobs no aclaró en 1985 cuál es la razón por la que los actos que ahora nos ocupan no perturban la estabilidad de la sociedad. En realidad, esta falta de aclaración trae causa, desde mi punto de vista, del carácter esencialmente formal y escasamente concreto de la concepción general de Jakobs sobre las funciones y los fines de la pena. Se trata de un formalismo parecido –pese a las evidentes diferencias existentes entre ambas concepciones– al que caracteriza a la «teoría de la impresión», doctrina dominante en Alemania como fundamento de la tentativa punible. En realidad, creo que esta falta de precisión y materialidad podría servir de base, fácilmente, para su criticado «Derecho penal de enemigos». No en vano, Jakobs reconoce que en situaciones absolutamente excepcionales, la vigencia de la norma puede verse amenazada si no se entra en la esfera privada del autor, aunque matiza que tales normas excepcionales deben quedar separadas del «Derecho penal del ciudadano», al que no deben «contaminar»²³⁶.

Desde un punto de vista conceptual, debe advertirse, sin embargo, que el amplio modo en que el primer Jakobs describe el Derecho penal del enemigo permitiría incluir en él no solo el grupo de delitos en el que aquel aparecería con mayor claridad, esto es, los delitos de terrorismo, sino también algún otro al que quizá cabría referirse con mayor propiedad en el marco de lo que algunos autores denominan el «Derecho penal de la puesta en riesgo»²³⁷, en el sentido en que utiliza esta expresión, por ejemplo, Herzog²³⁸. Me estoy refiriendo, concretamente, a los delitos económicos. Si el concepto de «enemigo» tiene alguna relevancia para el Derecho penal positivo, si puede hablarse realmente de un «Derecho penal del enemigo», entonces creo que resulta conveniente delimitar de forma precisa su contenido. De lo contrario, se podría correr un doble riesgo. El primero consistiría en confundir el fenómeno que

²³⁴ Se refieren al elemento de la privacidad en este contexto, aludiendo al carácter relativo del término, LAMPE, E. J. y TIEDEMANN, K., en Gropp, W., 1985, pp. 923 y 925.

²³⁵ JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (1985) (trad. de E. Peñaranda Ramos), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 322.

²³⁶ JAKOBS, G., 1997, pp. 322 ss.

²³⁷ Así lo señala CANCIO MELIÁ, M., 2003, pp. 59 ss.

²³⁸ HERZOG, F., 1990, *passim*.

ahora nos ocupa con otros fenómenos característicos del Derecho penal moderno conexos, aunque no completamente coincidentes, como el del «Derecho penal simbólico», el de la «expansión del Derecho penal» o, por último, el ya mencionado del «Derecho penal de la puesta en riesgo». Si esto ocurriera, cabría preguntarse, entonces, si el Derecho penal del enemigo es, o no, algo distinto a estas últimas manifestaciones. El segundo riesgo sería el siguiente: si se concibe el Derecho penal del enemigo como un instrumento crítico de contenido ilimitado, entonces puede llegar a entenderse como tal todo aquello que, en el marco del Derecho penal positivo, suponga, desde el punto de vista del intérprete de la ley, una intervención penal excesiva o desproporcionada a la luz de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad del Derecho penal. En mi opinión, si esto ocurriera, entonces el concepto «Derecho penal del enemigo» quedaría sensiblemente desnaturalizado, por no decir que se convertiría en un concepto completamente vacío de contenido²³⁹.

Por desgracia, los temores de que de la posición sobre el «Derecho penal del enemigo» defendida por Jakobs en 1985 a otra no tan crítica con aquel, sino más programática, solo había un paso no demasiado grande –que acaban de ser expuestos– se confirmaron en 1999. A la vista de la posición defendida por el segundo Jakobs en relación la materia que nos ocupa, creo que no hace falta extenderse demasiado para advertir que el contenido y la terminología empleadas por Jakobs recuerdan peligrosamente a algunas de las formulaciones que sirvieron de base al vergonzoso Derecho penal del III Reich, ya expuestas y valoradas críticamente *supra*²⁴⁰. Como indica con razón Borja Jiménez, la principal diferencia entre la Política criminal de un Estado totalitario y la de un Estado democrático es la siguiente: mientras que en el primero el Derecho penal contempla al delincuente como un traidor o un «enemigo» que debe ser literalmente «borrado», «barrido», «aplastado» o inocuizado, en un Estado democrático la función del Derecho penal no debe consistir en la eliminación «del delincuente», sino en la evitación «de hechos delictivos» con respeto a las garantías individuales y la dignidad humana del delincuente como

²³⁹ Alude al amplísimo alcance que en JAKOBS tiene la noción de enemigo PRITTWITZ, C., 2004, p. 114.

²⁴⁰ Comparten esta idea HEFENDEHL, R., «Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?», *StV* 2005, p. 160; PORTILLA CONTRERAS, G., 2004a, p. 49, nota 58; EL MISMO, 2004b, p. 706, nota 58; PRITTWITZ, C., en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.)/Gómez Martín, V. (coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 116; ESER, A., Consideraciones finales, en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B. (coords. de la versión alemana)/Muñoz Conde, F. (coord. de la versión española), 2004, p. 472 («El que los enemigos no sean considerados “como personas”, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho»).

«ciudadano»²⁴¹. No cabe duda de que en relación con algunos de los delitos que mayor alarma despiertan, por ejemplo, en la sociedad española, como sucede con los delitos de terrorismo, mantener el equilibrio entre la racionalidad preventiva y la valorativa del Derecho penal²⁴². Sin embargo, ello no significa que el Derecho penal deba abandonarse en estos casos límite, ni siquiera excepcionalmente, a la maximización de la racionalidad instrumental del Derecho penal o a un discurso del *law and order* sin límite valorativo alguno. En el Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho, el Estado no está legitimado para dar este paso de gigante. En caso de que este paso fuera dado –lo cual probablemente esté ocurriendo en nuestro país con motivo de alguna de las últimas reformas del Código penal en materia antiterrorista²⁴³–, entonces se estaría traspasando, con ello, una línea que en un Estado democrático que nunca, o, como máximo, únicamente en situaciones absolutamente excepcionalísimas, debería ser superada. Me estoy refiriendo a la línea que separa el Derecho penal del «Derecho de lucha» o «de guerra»²⁴⁴.

Es posible, además, que el concepto de enemigo contradiga lógicamente una de las principales premisas de las que parte la construcción normativista de Jakobs: aquella según la cual la persona no sería sino un constructo social. En efecto, si desde el punto de vista social-comunicativo adoptado por Jakobs lo que importa en la persona no es su dimensión empírico-subjetiva, esto es, lo que piensa o desea, o la actitud interna que muestra ante lo que le rodea, sino lo que comunica a la sociedad mediante sus actos, ¿cómo se explica, entonces, que el propio Jakobs exija, como uno de los requisitos de la cualidad de enemigo, que el individuo muestre una especial «perversidad subjetiva», acreditada en una particular peligrosidad futura y en una «actitud» de desobediencia ante la norma? El modo más razonable de resolver esta contradicción pasaría

²⁴¹ BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política criminal*, 2003, pp. 25 ss.

²⁴² Sobre esta doble racionalidad y el equilibrio que entre ellas debe existir necesariamente en la Política criminal de un Estado democrático *Vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», *AP* 2001 (13).

²⁴³ De esta opinión, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., *JpD* 44 (2002), p. 26, en relación con el delito previsto en el artículo 578, primera alternativa (adhesión a las infracciones de terrorismo o a sus autores).

²⁴⁴ Consideran que el Derecho penal del enemigo no tiene cabida en un Derecho penal liberal, siendo, por tanto, algo característico de un Derecho penal totalitario HETTINGER, M., «Das Strafrecht als Büttel? – Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3. 11. 1995», *NJW* 1996, p. 2264; OSTENDORF, H., «Chancen und Risiken von Kriminalprävention», *ZRP* 2001, p. 152; ZAFFARONI, E. R., 2005, pp. 1077 y 1088 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., 2004, p. 99. En un sentido crítico parecido CANCIO MELIÁ, M., 2002, pp. 21 ss., aunque más vinculado a la teoría de la prevención general positiva defendida por su maestro JAKOBS y por él mismo. Con reservas, pero aparentemente tendente a concluir que el Derecho penal del enemigo tiene alguna cabida en un Estado liberal, a pesar de afirmar que es posible que el Derecho penal del enemigo no sea, en realidad, auténtico derecho PÉREZ DEL VALLE, C., 2001, p. 605. Sobre la confusión entre Derecho penal y guerra tras el 11 de septiembre de 2001 *Vid.* PRITZWITZ, C., 2002, pp. 499 ss.

por entender que Jakobs concibe no solo a la persona, sino también a la no-persona, esto es, al enemigo, como un constructo social. En el caso del enemigo, se trataría de un constructo social que el sistema jurídico habría creado con el objetivo de dotar a la sociedad de los ciudadanos de una identidad cohesionadora. Esta nueva construcción social se habría llevado a cabo de un modo esencialmente arbitrario, a juzgar por la disparidad existente entre los distintos grupos de delitos «de enemigo» enunciados por Jakobs. ¿Existe, en efecto, alguna conexión entre los delitos de terrorismo, los de tráfico de drogas, la delincuencia sexual habitual o la delincuencia económica que permita deducir la existencia de un hilo conductor entre ellos?

La afirmación de Jakobs –basada en la Sociología funcionalista de Luhmann– de que no puede ser calificado como persona aquel sujeto respecto de cuyo comportamiento no es posible establecer expectativas normativas mínimamente serias debe ser rechazada de plano²⁴⁵. Para Jakobs –y Luhmann–, la elaboración de la definición de «persona» exige acudir a ciertos conceptos sociales, como el de «competencia», o el de «norma» como «expectativa social institucionalizada», o a nociones como la de que la persona es un sujeto mediado por lo social²⁴⁶. Para Jakobs, la persona no es «lo que es subjetivamente», sino «lo que hace», «lo que representa». Si la sociedad se caracteriza por ser un contexto de comunicación con un número infinito de contactos anónimos, es evidente, para Jakobs, que solo es posible conocer al prójimo conociendo qué hace²⁴⁷. Ante esta realidad, la única forma de organizarse racionalmente que la sociedad moderna tiene a su disposición es mediante estándares o roles como un baremo objetivo, ya que, de lo contrario, la sociedad no podrá saber qué puede esperar de los demás²⁴⁸. Sin embargo, la consideración de la persona «exclusivamente» como un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación, resulta, desde mi punto de vista, sencillamente intolerable. Es cierto, como recientemente ha puesto de relieve Alcácer Guirao, que quizá el problema de la persona en Jakobs no sea tanto el concepto mismo de persona como las consecuencias que el penalista de Bonn extrae para el Derecho penal. Así, y por lo que respecta al concepto, Alcácer afirma que el concepto de persona como constructo social del que Jakobs se declara partidario, aunque bajo una apariencia ciertamente «fiera» (Alcácer lo califica de «oveja con piel de lobo»)²⁴⁹, en realidad consiste en un concepto clásico en

²⁴⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., 2004, p. 99.

²⁴⁶ JAKOBS, G., 1996, p. 50.

²⁴⁷ JAKOBS, G., 1996, pp. 51 s.

²⁴⁸ JAKOBS, G., 1996, p. 53.

²⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., 2003, p. 56.

Sociología, que viene siendo utilizado en este ámbito de forma habitual sin que ello denote, necesariamente, una tendencia a un comunitarismo exacerbado, o una conexión con ideología antiliberal alguna²⁵⁰. La idea de que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social no solo es aceptable, sino, incluso, de obligada aceptación, salvo que quiera caer en un ya completamente superado atomismo individualista, según el cual el individuo adquiriría valores y deseos de forma completamente independiente a la sociedad²⁵¹. Sin embargo, para huir de este atomismo individualista ya superado no es en absoluto necesario, y, en mi opinión, tampoco conveniente, desplazarse hacia el extremo opuesto. Es decir, entender que la sociedad es la que define por completo al individuo. Sobre todo cuando, como ocurre en Jakobs, es el Estado quien, en nombre de la sociedad, decide si a un sujeto le corresponde ostentar, o no, el *status* de persona. Esta última circunstancia puede conducir (y de hecho así ocurre en Jakobs) a consecuencias tan discutibles como, por ejemplo, que los sujetos que carezcan de capacidad para comunicarse con sentido social (por ejemplo, los inimputables), o para comunicarse de tal modo que sea posible elaborar con respecto a su comportamiento expectativas normativas razonablemente serias (por ejemplo, los terroristas)²⁵², deba serles negado el *status* de persona²⁵³.

Probablemente sea cierto, como el propio Jakobs afirma, que su concepción sobre los fines del Derecho penal no es directamente autoritaria, sino neutral. Pero también resulta evidente que si la sociedad se entiende, como lo hace Jakobs, como un sistema de normas, lo que se deduce es una concepción de un Estado en el que los deberes de los individuos prevalecen frente a sus derechos. En la base del planteamiento de Jakobs late una concepción de la naturaleza humana pesimista²⁵⁴, de acuerdo con la cual el hombre debe ser contemplado como un sujeto egoísta y esencialmente preocupado por su propia supervivencia. Podría decirse que en el modelo de sociedad que Jakobs toma como referente para la construcción de su sistema, el Estado tiene como fin principal controlar el mantenimiento del orden público y garantizar la segu-

²⁵⁰ ALCÁ CER GUIRAO, R., 2003, pp. 59 ss.

²⁵¹ A propósito de su crítica a la concepción de LESCH advierte de este riesgo ALCÁ CER GUIRAO, R., 2003, pp. 83 s., nota 272.

²⁵² También establece una conexión directa entre el concepto sistémico-normativo de persona de JAKOBS y su Derecho penal del enemigo PORTILLA CONTRERAS, G., 2002, pp. 81 s.; EL MISMO, 2004a, p. 45; EL MISMO, 2004b, pp. 697 s.

²⁵³ En este sentido crítico MIR PUIG, S., 1998, pp. 454 s.

²⁵⁴ PRITZWITZ, C., 2004, p. 117.

ridad de los individuos²⁵⁵. Así concebido, el Estado de Jakobs se asemejaría al Estado que el filósofo renacentista Thomas Hobbes describió en su célebre obra *Leviatán*²⁵⁶. Sin embargo, la concepción de Hobbes sobre la relación entre el Estado y el individuo no solo no es la única posible en relación con esta materia, sino que, probablemente, tampoco se trata de la más atendible desde la perspectiva liberal de un Estado social y democrático de derecho. Desde este último punto de vista, probablemente resultan compatibles en mayor grado, por ejemplo, las teorías filosófico-políticas del Estado defendidas por Jean-Jacques Rousseau²⁵⁷ y, sobre todo, por John Locke²⁵⁸. A diferencia de lo que ocurre con Hobbes, cuyo *Leviatán* suele ser contemplado como una metáfora del Estado totalitario²⁵⁹, para los dos primeros filósofos los hombres son, por naturaleza, además de libres, buenos y razonables (Locke), o no son ni malos ni buenos, sino maleables por la sociedad (Rousseau), y el Estado no es el resultado de un pacto encaminado al restablecimiento del orden público y de la paz social a costa de la libertad de los individuos (Hobbes), sino un mecanismo para conseguir la formalización de la libertad del individuo (Locke) o un mecanismo para conseguir la plena maximización racional de dicha libertad (Rousseau)²⁶⁰.

Que la teoría de la pena de Jakobs enlaza mejor con la teoría del Estado de Hobbes que con la defendida por Locke o Rousseau lo demuestra, por ejemplo, la afirmación de Jakobs de que sin sociedad, sin funcionamiento del sistema social no hay, en realidad, libertad individual²⁶¹. Esta idea, que probablemente es cierta en la medida en que, como decía Rousseau, el hombre solo se forma completamente como individuo libre mediante su interacción social con sus semejantes²⁶², es radicalmente rechazable si se lleva al extremo, como hace Jakobs, para acabar afirmando que el individuo no es nada sin la sociedad; que cuanto mayor sea el grado de comunitarismo de una sociedad

²⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar a JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 25 s., comparando en este aspecto a JAKOBS con CARRARA.

²⁵⁶ Sobre esto último, *Vid.* HARTNACK, J., *Breve historia de la filosofía* (trad. de Lorente, J. A.), 1996, pp. 89 ss.

²⁵⁷ Considera, en cambio, que las teorías del contrato social y los modelos de Estado propuestos por Hobbes y Rousseau no se encuentran tan alejados como suele afirmarse PÉREZ DEL VALLE, C., 2001, p. 611.

²⁵⁸ ZAFFARONI, E. R., 2005, pp. 1079 ss.

²⁵⁹ ZAFFARONI, E. R., 2005, pp. 1079 y 1081.

²⁶⁰ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social* (trad. de López Castellón, E.), 1999, pp. 61 ss.; LÓPEZ CASTELLÓN, E., «Rousseau o la racionalización de la vida en sociedad», Estudio preliminar a ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, 1999, pp. 22 ss.

²⁶¹ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez), 1996, pp. 32 s.

²⁶² ROUSSEAU, J. J., 1999, pp. 61 ss.

mayor será también su grado de individualismo²⁶³; o, por último, que el Derecho penal debe transformar esta supuesta realidad sociológica en «deber ser» normativo²⁶⁴. Respecto de esto último, merece la pena advertir que, aunque es cierto que comunitarismo e individualismo no son términos absolutamente antagónicos, no puede ignorarse que, en contra de lo que insinúa Jakobs, tales extremos se encuentran en tensión, de tal modo que no pueden ser llevados al extremo de forma simultánea. La maximización absoluta de uno de estos objetivos tendrá como consecuencia, necesariamente, la reducción del otro.

2.2 Sobre la supuesta doble función de la pena

También es ampliamente cuestionable, desde mi punto de vista, la idea, defendida por el segundo Jakobs, según la cual la distinción entre ciudadanos y enemigos determinaría en la pena una doble función: con respecto a los ciudadanos, la pena cumpliría una función de prevención general positiva, y en relación con los enemigos, en cambio, una de prevención especial negativa inocuizadora, como si de una medida de una custodia de seguridad se tratase²⁶⁵. Y no convence, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, frente a la distinción propuesta por Jakobs puede objetarse que la misma adolece de un alto grado de inconcreción, pudiendo entenderse, incluso, que conduce a una petición de principio. El segundo motivo de rechazo consiste en que resulta preferible entender que la pena «siempre» tiene un doble componente preventivo-general positivo y negativo.

Como ya se expuso *supra*, Jakobs considera que, en términos comunicativos o declarativos, la pena solo cumple su función el ciudadano, no con el enemigo. Con respecto a este, la pena solo sería un mecanismo para proteger a la sociedad de la fuente de peligros futuros que supone el enemigo. Jakobs explica esta distinción de varios modos distintos, pero sin concretar cuáles son los elementos que deben concurrir en un sujeto para merecer la consideración de «enemigo» en el sentido «no comunicativo» que acaba de ser mencionado. En mi opinión, esta última circunstancia convierte el discurso sobre el enemigo de Jakobs en un discurso en gran medida circular, ya que, precisa-

²⁶³ JAKOBS, G., 1996, p. 32.

²⁶⁴ ALCÁZER GUIRAO, R., 2001, p. 200.

²⁶⁵ JAKOBS, G., 2003, pp. 43 y 55. Sobre el MEZGER nacionalsocialista como antecedente de la escisión del poder del Estado «en dos: uno para los comunes y otro para los extraños, que son los enemigos», ZAFFARONI, E. R., 2005, p. 1088.

mente, de lo que se trata es de conocer cuál sería el momento, en opinión de Jakobs, a partir del cual el Estado estaría legitimado para dejar de tratar a un sujeto como ciudadano y someterle al tratamiento propio de un enemigo. Es decir, cuáles son los requisitos que deben concurrir en un sujeto para operar el tránsito de la lógica comunicativa del Derecho penal del ciudadano a la exclusivamente defensiva del Derecho penal del enemigo. No basta, por tanto, con afirmar la existencia en la sociedad de ciudadanos y enemigos, y la legitimidad del Estado para apartar a estos últimos de aquella, en aras de su protección, sino que interesa particular señalar quiénes son tales enemigos y, sobre todo, por qué es necesaria esta distinción²⁶⁶. A mi juicio, la circularidad del razonamiento de Jakobs le conduce a escindir las funciones de la pena, de tal modo que una parte del Derecho penal, la aplicable al ciudadano, cumpliría una función preventivo-general positiva, y otra parte, la relativa a los enemigos, una función, en cambio, preventivo-especial. Como se verá a continuación, esta escisión es, desde mi particular punto de vista, completamente artificiosa, ya que en un Estado social y democrático de Derecho la función de la pena debe tener, «en todo caso», una doble dimensión preventiva general-especial/positiva-negativa.

Que en un Estado social y democrático de derecho la pena deba cumplir, como ya se ha visto, una función de prevención general positiva no significa, sin embargo, que deba ignorarse su dimensión negativa. Como también se ha apuntado *supra*, en Derecho penal, las penas no son simples declaraciones ideales, sino que consisten en medidas que pueden provocar trascendentales consecuencias en el ejercicio de algunos de los más fundamentales derechos de los individuos. Siendo esto así, no será en absoluto extraño, entonces, que el destinatario de la pena, esto es, el potencial interviniente en un delito, contemple la pena no solo como un mensaje meramente declarativo de las convicciones jurídicas fundamentales de la sociedad, sino además, o sobre todo, como un mal con el que el Estado le amenaza²⁶⁷. Por ello, me parece artificioso señalar, como hace Jakobs, que el Derecho penal del ciudadano estabiliza expectativas normativas mientras que el Derecho penal del enemigo amenaza con penas para eliminar o neutralizar peligros futuros. Porque, entendida en un

²⁶⁶ En esta línea SCHÜNEMANN, B., 2001, p. 212; GRACIA MARTÍN, L., 2005a, pp. 28 ss.

²⁶⁷ SCHÜNEMANN, B., «La culpabilidad: Estado de la cuestión» (trad. de Felip i Saborit, D.), en ROXIN, C./JAKOBS, G./SCHÜNEMANN B./FRISCH, W./KÖHLER, M. (comp. J. M. SILVA SÁNCHEZ), *Sobre el estado de la ciencia del Derecho penal (seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, 2000, pp. 109 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo a ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 16 s., apoyándose en la teoría psicoanalítica de la pena; PRITZWITZ, C., 2004, p. 117; ESER, A., 2004, p. 472.

sentido dialéctico, la pena debe cumplir, en todo caso, una doble función preventivo-general positiva y negativa.

En ocasiones da la impresión de que lo que Jakobs pretende significar en realidad es que, desde su particular punto de vista, en el Derecho penal del ciudadano la pena cumpliría una función de prevención general, mientras que al servicio del Derecho penal del enemigo funcionaría en un sentido preventivo especial, entonces la teoría de la doble función de la pena se presenta como igualmente fallida. Porque el propio legislador suele exigir –el Código penal español o el StGB alemán no constituyen en absoluto una excepción a este planteamiento– al Juez que tenga en cuenta para la determinación de la pena no solo la gravedad del hecho, sino, además, las circunstancias personales del sujeto. Y ello es predicable, por supuesto, no solo para los delitos susceptibles de merecer la consideración de «Derecho penal del enemigo», por ejemplo, los delitos de terrorismo, sino, en realidad, para todos los delitos.

Es posible, por último, que lo que Jakobs pretende señalar sea que en el Derecho penal del ciudadano la pena sería la consecuencia de un hecho ya ocurrido que lesionaría un bien jurídico o infringiría una norma, y que en el caso del Derecho penal del enemigo la pena pretendería evitar la comisión futura de hechos por parte de personas particularmente peligrosas, pero no castigaría un hecho ya cometido. Esto es, que en el Derecho penal del enemigo la pena se transformaría en una especie de medida de seguridad predictual. Si esto fuera así, entonces debería concluirse que el por él llamado «Derecho penal del enemigo» sería ilegítimo de plano, por contrario a uno de las principales manifestaciones del principio de culpabilidad: el principio del hecho, o de responsabilidad por el hecho²⁶⁸. Sin embargo, como señala con acierto Cancio Meliá, «estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grisáceas»²⁶⁹. De tal modo que, como veremos *infra*, en el marco de lo que podría llamarse la legislación penal española en materia antiterrorista, seguramente pueda afirmarse que alguno de los preceptos que la conforman solo muy dudosamente respetaría el ya mencionado principio de responsabilidad por el hecho. En otros, en cambio, ello probablemente no ocurra.

²⁶⁸ HEFENDEHL, R., 2005, p. 159; CANCIO MELIÁ, M., 2003, pp. 94 y 100 ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L., 2005, p. 21; GRACIA MARTÍN, L., 2005a, p. 22.

²⁶⁹ CANCIO MELIÁ, M., 2003, p. 94.

2.3 SOBRE LA SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS PENALES DEL CIUDADANO Y DEL ENEMIGO

Como en 1985, Jakobs acaba concluyendo que, en caso de existir Derecho penal del enemigo, sería preferible que este se encontrase separado del Derecho penal del ciudadano, ya que, en caso contrario, este último, con todo su aparato de garantías político-criminales materiales y procesales, correría el riesgo de verse progresivamente desintegrado. Como ya se expuso *supra*, la preocupación de que Jakobs por la integridad de las garantías liberales Derecho penal del ciudadano es, en principio, plausible. Sin embargo, ¿tiene el mismo significado la exigencia de separación entre los dos Derechos penales en el Jakobs de 1985 que en el de 2003? En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada en sentido negativo. Así, existen algunos aspectos de la posición que Jakobs adopta al respecto en 2003 que hacen de esta nueva toma de posición una postura sensiblemente más criticable que la expresada en 1985.

Como ya se expuso *supra*, en 1985 la posición adoptada por Jakobs en relación con el Derecho penal del enemigo consistía, básicamente, en una «descripción» del fenómeno que nos ocupa como un problema *de lege lata* en el Derecho penal alemán. Sin embargo, en 2003, Jakobs se muestra abiertamente favorable a la existencia de alguna clase de Derecho penal del enemigo, limitándose a establecer dos límites: la necesidad de que su destinatario pueda ser calificado como un auténtico enemigo de la comunidad, y su separación del Derecho penal del ciudadano. En relación con el primer límite, únicamente debe recordarse que su condición auténticamente limitadora resulta sin duda cuando menos discutible desde el momento en que, como ya se ha señalado, Jakobs no concreta en absoluto cuándo debe entenderse que nos encontramos ante un auténtico enemigo.

Con respecto al segundo límite, el relativo al «no entremezclamiento» de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, el Jakobs de 2003 afirma ahora lo siguiente: si tuviera que compararse la nocividad que para el Estado de Derecho representan medidas inequívocamente propias de Derecho penal del enemigo como, por ejemplo, la incomunicación de ciertos elementos terroristas, con la que supone la corrupción del Derecho penal del ciudadano como consecuencia de la proliferación de elementos de Derecho penal del enemigo en el *StGB*, no cabe duda, para Jakobs, de que este último fenómeno sería, de los dos, el que debería evitarse en mayor medida. Señala Jakobs literalmente a este respecto:

Lo que en el caso de los terroristas –adversarios por principio– puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro

y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de cualquier delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo –la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación– es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incriminación antes mencionada, pues en este último caso, solo no se trata como persona al –presunto– terrorista, en el primero cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo²⁷⁰.

Frente a este punto de vista puede alegarse, a mi entender, que no existe necesidad alguna de comparar una y otra «puesta en peligro» del Derecho penal correspondiente a un Estado de derecho. Quizá lo que pretende significar Jakobs es que, desde un punto de vista cuantitativo, estadístico, sería más nociva aquella contaminación del Derecho penal del ciudadano que los posibles excesos en que podría incurrir el Derecho penal del enemigo. Porque esto último solo afectaría a una mínima parte del total de delincuentes, mientras que lo primero podría llegar a afectar, en realidad, a cualquier delincuente, fuera cual fuera el delito que hubiera cometido. Sin embargo, Jakobs no da este paso de forma expresa, de modo que sus palabras podrían ser interpretadas en un sentido sin duda peligroso: con respecto a los ciudadanos, cualquier exceso en el recurso al *ius puniendi* por parte del Estado debe ser considerado ilegítimo, mientras que cuando se trata de enemigos, singularmente de terroristas, entonces caben excesos no necesariamente contrarios al Estado de derecho, o, por lo menos, no tan contrarios a este como en el caso de los ciudadanos. Creo que, desde el punto de vista de un Estado social y democrático de derecho, lo realmente procedente sería, simplemente, afirmar sin tapujos que ni unos ni otros excesos tienen cabida²⁷¹.

Cabe formular una última consideración crítica en relación con la separación entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo propuesta por Jakobs. En el negado supuesto de que se aceptara como inevitable la existencia de una determinada cuota de Derecho penal del enemigo en el seno de un Derecho penal liberal, con la separación entre ambos ordenamientos sugerida por Jakobs el Derecho penal del ciudadano perdería con respecto al Derecho penal del enemigo toda su capacidad limitadora o de contención del poder punitivo. Con ello, el Derecho penal del enemigo habría superado el

²⁷⁰ JAKOBS, G., 2003, p. 50.

²⁷¹ De la misma opinión FARALDO CABANA, P., «Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en Faraldo Cabana, P. (dir.)/Brandáriz García, J. A./Puente Aba, L. M. (coords.), 2004, p. 316.

último escollo que le impediría campar libremente a sus anchas expandiéndose de modo incontrolable. Zaffaroni expresa esta idea del modo siguiente:

Pretender compartimentar fuerzas que interactúan permanentemente en forma contraria, cuando una de ellas tiende a expandirse sin límites y la otra constituye, precisamente, su contención, importa un error de percepción cuyas consecuencias pueden resultar trágicas, pues «en tanto que tiende a liberar de toda contención las pulsiones del estado de policía, deja sin función al poder jurídico de contención del estado de derecho». Éste es el mayor riesgo de una visión «parmenídea» del poder punitivo, generadora de una distorsión perceptiva que permita legitimar la potencia del estado de policía y neutralice la función de contención del estado de derecho»²⁷².

En palabras de Gracia Martín: «(...) el “Derecho” ha de ser comprendido, pues, como lucha contra el ejercicio desnudo de la fuerza y de la coacción física de un poder superior, y, por lo tanto, como “lucha contra el Derecho penal del enemigo”»²⁷³. Concluye finalmente Prittwitz que «(...) este reconocimiento expreso de la legitimidad del «Derecho penal del enemigo» alentarán al Estado a continuar su política criminal del enemigo»²⁷⁴.

VI. A MODO DE EPÍLOGO: LOS DOS SENTIDOS DEL DERECHO PENAL DE AUTOR

En atención a la exposición y valoración crítica de algunas de las principales manifestaciones históricas del Derecho penal de autor que se encuentra en el presente trabajo, es posible concluir que dicha orientación presenta dos niveles de desplazamiento hacia el autor sustancialmente diferenciados. «En un sentido amplio», el Derecho penal de autor tendría por objeto todas aquellas reglas que obligasen al Juez a tener en consideración, sobre todo a efectos de graduar la pena, y con una finalidad de carácter preventivo-especial, además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo, y, singularmente, su nivel de peligrosidad. En este primer nivel, el Derecho penal de autor presentaría un contenido matizado o moderado, en lo que podríamos denominar Derecho penal de autor «limitado», o «Derecho

²⁷² ZAFFARONI, E. R., 2005, pp. 1091.

²⁷³ GRACIA MARTÍN, L., «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005b, p. 485.

²⁷⁴ PRITTWITZ, C., 2004, p. 119. También alude a la lógica espiral del Derecho penal del enemigo, en sentido crítico, DÜX, H., «Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten – Statt “Feindstrafrecht” globaler Ausbau demokratischer Rechte», *ZRP* 2003, pp. 195 ss.

penal de autor preventivo-especial»²⁷⁵. Se trata de un Derecho penal de autor perfectamente compatible con los postulados del principio de «responsabilidad por el hecho» como límite del *ius puniendi* derivado del principio de culpabilidad, y con un Derecho penal del hecho como, por ejemplo, el español. Tal y como se desarrolló con detalle *supra*, uno de los más claros exponentes históricos de esta dirección viene constituido por la teoría de los tipos de autor de Franz von Liszt, representada esencialmente en su influyente «Programa de Marburgo».

El resultado de la combinación del Derecho penal del hecho y el Derecho penal de autor limitado al que ahora nos referimos seguiría siendo un Derecho penal del hecho, ahora matizado por la consideración de determinadas circunstancias personales del reo a determinados efectos. Para el Derecho penal de autor en sentido amplio, esto es, el que aquí hemos denominado «limitado», la idea de que el Derecho penal no puede prohibir pensamientos, caracteres o formas de ser, sino solo hechos o actos efectivamente realizados, sugerida por el «Derecho penal del hecho», merece ser plenamente compartida. Partiendo de la aceptación de dichos postulados, el Derecho penal de autor moderado pondría el acento en el hecho de que, en lo que a la graduación de la pena se refiere, probablemente no bastaría con tener en consideración exclusivamente el «hecho» efectivamente cometido, o su mayor o menor gravedad; sino que sería necesario, además, tener en cuenta determinadas «circunstancias personales del autor». Ello obligaría al legislador a considerar tales circunstancias personales tanto en la Parte General como en la Parte Especial del Código penal. Lo primero ocurre con motivo de la elaboración de algunas «reglas para la determinación de pena»; lo segundo, a propósito de la «tipificación de ciertos delitos»²⁷⁶.

El segundo sentido del Derecho penal de autor, introducido por las teorías intermedias o mixtas de autor de la concepción sintomática del delito de Tesar y Kollmann, llevado hasta su límite máximo por las teorías de los tipos de autor defendidas en la Alemania nacionalsocialista del período 1933-1945 y el actual Derecho penal del enemigo, se corresponde con su manifestación más radical o extrema. Se trata, en estos casos, de un Derecho penal de autor «máximo», con pretensión de exclusividad. Esta forma de Derecho penal de

²⁷⁵ La expresión es de ROXIN, C., 1997, § 6/22. No obstante, una parte importante de la doctrina advierte que la indudable importancia que el análisis de las circunstancias personales del reo tiene para la determinación de la pena en sentido amplio o la imposición de medidas de seguridad no puede ser interpretada, en modo alguno, como una muestra de Derecho penal de autor. Antes bien, su fundamento debe verse en necesidades de naturaleza preventivo-especial. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, MIR PUIG, S., 2015, 3/82 y 31/53 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., 1996, p. 53.

²⁷⁶ ROXIN, C., 1997, § 6/22.

autor no solo no resultaría en absoluto compatible con el Derecho penal del hecho, sino que supondría, en realidad, su negación más absoluta. Desde la perspectiva del Derecho penal de autor «máximo», o en sentido estricto, lo determinante para la antijuricidad de la conducta ya no sería el hecho efectivamente cometido, o su gravedad en términos de dañosidad social, sino, exclusivamente, la mayor o menor peligrosidad del autor. Esta peligrosidad no dependería de la conducta realizada, que sería una mera consecuencia de aquella personalidad peligrosa, sino de ciertas circunstancias personales, como, por ejemplo, sus pensamientos, su voluntad, su carácter, su personalidad o la actitud interna que mantendría con respecto al ordenamiento jurídico. En un Derecho penal de autor estricto, las normas penales no tratarían de evitar la comisión de hechos delictivos, sino la aparición de personalidades, caracteres o actitudes internas contrarias al ordenamiento jurídico-penal²⁷⁷. Si la presente investigación sirve para constatar que las teorías de los tipos de autor partieron de la preocupación por las consecuencias que un estudio «naturalístico» del individuo basado en la «Psicología» y la «Sociología criminal» podía representar para la Dogmática jurídico-penal, para acabar derivando en un análisis «normativo», incluso ético y «moral» del sujeto, puede concluirse, sin temor a error, que el representado por el Derecho penal de autor máximo resulta completamente contrario al Derecho penal propio de un Estado democrático.

²⁷⁷ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., 2015, 4/68.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y *ACTIO LIBERA IN CAUSA*: UNA MIRADA COMPATIBILISTA

JUAN PABLO MONTIEL*

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la dogmática nos muestra que la *actio libera in causa* (en adelante *alic*) es una figura tan «cuestionable» como «necesaria» para alcanzar soluciones justas en ciertas constelaciones de casos. El debate teórico planteado entre los diferentes modelos presentes en la doctrina muestra a las claras esta dicotomía. Por un lado, la intensidad y la longevidad del debate evidencia la importancia del tema, ya que sin esta solución «alternativa» resulta imposible justificar el castigo de estos casos. Por otro lado, entiendo que las discusiones entre modelos teóricos muestran cierta incompreensión entre ellos y algunas deficiencias en la justificación interna. En mi opinión, los diferentes «ajustes» que realizan los defensores del modelo de la excepción, de la tipicidad, de la ampliación, etc. para mantener la integridad de sus propuestas acaban siendo insuficientes, pues finalmente acaba aflorando algún problema de justificación¹.

En general, una de las limitaciones que más frecuentemente se les ha reprochado a los modelos ofrecidos por la dogmática es la de su incompatibilidad con el principio de culpabilidad. Considero que este reproche está justificado en el caso de determinadas propuestas teóricas, sin embargo, ello no debe

* Director de CRIMINT.

¹ Al respecto MONTIEL, J. P., «*Actio libera in causa* como delito de resultado defectuoso. Una propuesta de *lege ferenda*», en García Cavero/Chingel Rivera (coord.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez*, Lima (Ideas), 2019, pp. 268 ss.

llevarnos a entender directamente que la *alic* sea ya «en sus genes» incompatible con esta garantía. Como se verá más adelante, soy de la opinión de que en muchos casos las dudas de compatibilidad de ciertas defensas de la *alic* con el principio de culpabilidad no son acertadas, ora por comprender incorrectamente el alcance de esta garantía, ora por mal interpretar de qué manera se produce realmente la imputación bajo esta estructura. En este sentido, la primera parte del trabajo asume el desafío de clarificar cuáles son realmente los problemas relativos al principio de culpabilidad que presenta la *alic*. Con base en esta clarificación, la siguiente parte del artículo mostrará de qué manera debería interpretarse esta estructura de responsabilidad para ser totalmente armónica con este principio.

El presente trabajo presenta como argumento central que la *alic* es una estructura «autónoma» de responsabilidad y que, justamente por ello, se resiste a ser interpretada bajo los parámetros que habitualmente se manejan para justificar el castigo de los delitos consumados dolosos. Esta consigna lleva necesariamente a que el juicio de reproche deba ser necesariamente distinto al que le cabría hipotéticamente al delito realizado bajo defecto de imputación. Esta independencia se verá con mayor claridad al verse reinterpretado el objeto de imputación de la *alic*.

II. LA ALIC COMO FORMA DE DERECHO PENAL DE AUTOR: ¿UN CALLEJÓN SIN SALIDA?

Entre las derivaciones del axioma *nullum crimen sine culpa* interesa destacar aquí solo tres, especialmente a los efectos de comprender mejor algunos de los cuestionamientos más habituales contra ciertas comprensiones de la *alic*. Las primeras dos son expresadas por Santiago Mir Puig² de la siguiente manera: el «principio de imputación subjetiva», en virtud del cual deben darse determinados estados mentales para imputar, y «el principio del Derecho penal de acto», mediante el cual se excluye básicamente el castigo del carácter o la personalidad. Adicionalmente, el reproche de culpabilidad debe comprender al injusto en su totalidad, lo que implica que a la culpabilidad del autor se le imputa aquella acción que exhibe todas las propiedades fundantes de antinormatividad, según un tipo penal concreto³. La doctrina ha hecho ostensibles sus dudas sobre la compatibilidad de la *alic* con estas manifestaciones del princi-

² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, L. 4, nm. 64.

³ KAUFMANN, Art., «Unrecht und Schuld beim Delikt der Volluntrunkenheit», *JZ* 1963, p. 426.

pio de culpabilidad; dudas que surgen, en mi opinión, de tomar en consideración la conducta previa a la descrita en el tipo penal correspondiente.

La remisión a una acción precedente para apoyar en ella la atribución de responsabilidad penal ha hecho creer a muchos autores que en realidad se está castigando al autor «por su personalidad» o «por su carácter». Para algunos autores se estarían reprochando defectos originarios de carácter o la personalidad del autor⁴, con una clara dirección hacia un Derecho penal de autor⁵. Siguiendo a Hettinger⁶, podría especularse con que esta comprensión está condicionada por una lectura descontextualizada de un pasaje de la obra de Pufendorf, en el que se señala que se espera de toda persona la omisión de cualquier acción que implique un menoscabo al uso de la razón o que ocasiona daño o deterioro⁷.

Los primeros cuestionamientos que recibió la *alic*, por su supuesto enfrentamiento con la exigencia de imputación subjetiva, aparecen con la tematización del delito de intoxicación plena (§ 323a StGB)⁸. Si bien históricamente este delito fue interpretado como una tipificación de la *alic*⁹, desde hace ya muchas décadas la doctrina alemana considera que se trata de una figura supletoria o subsidiaria de aquella¹⁰. Según la doctrina, los problemas de imputación subjetiva respecto a esta figura aparecen cuando se torna irrelevante cualquier tipo de

⁴ GÜNTHER, K., *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 2005, p. 111.; ALCÁZER GUIRAO, R., *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Barcelona (Atelier), 2004, p. 29.

⁵ A la hora de analizar el estado de la discusión sobre el delito del *Vollrausch* del antiguo § 330a RStGB, MAYER, H., «Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330a StGB)», *ZStW*, 59, 1940, pp. 321 ss. muestra que también la literatura de la época advertía aquí un potencial riesgo de que se imponga un castigo en virtud de la peligrosidad del autor.

⁶ HETTINGER, M., *Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldnfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlín (Duncker & Humblot), 1988, p. 70.

⁷ Cabe remarcar que las dudas de compatibilidad con el Derecho penal de acto también existen respecto a otras construcciones dogmáticas equivalentes, como el error de prohibición vencible o a la imprudencia inconsciente. Al respecto, cfr. RUDOLPHI, H., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen (Schwartz), 1969, pp. 263 y s.; JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlín/New York (de Gruyter), 1991 Ap. 19, nm. 10. Retoma esta discusión PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona (Atelier), 2012, p. 70, en el marco de la comprensión de la imprudencia (especialmente *inconsciente*) en la obra de Schopenhauer.

⁸ MAYER, H., *ZStW*, 59, 1940, p. 305; KAUFMANN, Art., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg (Carl Winter), 1961, p. 247.

⁹ En la medida en que se entendió que este tipo penal cubrió una laguna de punibilidad, cfr. PAEFFGEN, H., «Vorbemerkungen zu § 323 a: Die actio libera in causa», Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Baden Baden (Nomos), 2017, nm. 1.

¹⁰ KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Baden-Baden (Nomos), 2011, § 23, nm. 23; JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín (Duncker & Humblot), 1996, p. 449; GEISLER, C., *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts*, Berlín (Duncker & Humblot), 1998, p. 364.

vínculo psíquico entre el autor y el posterior injusto realizado sin culpabilidad.¹¹ Conforme a esta interpretación, esto sucede como consecuencia de comprenderse el hecho posterior como una mera condición objetiva de punibilidad¹², lo que torna innecesario que el conocimiento del autor abarque también ese hecho.

Considero que es correcto ver aquí dificultades para una conciliación con el principio de culpabilidad. Si se interpreta que el delito posterior realizado sin culpabilidad no integra el injusto, consecuentemente es necesario concluir que no se requiere un vínculo causal ni tampoco la existencia de ciertos estados mentales respecto al acaecimiento del evento final. Sin embargo, para el delito de *Vollrausch* la comisión del posterior hecho antijurídico tiene una gran importancia para despejar dudas respecto a la lesividad del delito, dado que de lo contrario se estarían castigando meras intoxicaciones «peligrosas». Además, en este punto pueden acabar colándose cuestionamientos relativos a un posible Derecho penal de autor, dado que también abriría las puertas para atender a la personalidad del delincuente, como, por ejemplo, el carácter de ebrio consuetudinario.

Por último, según la literatura, el principio de culpabilidad se vería comprometido ante la imposibilidad de cumplir con las exigencias del principio de coincidencia, tanto respecto a la dimensión temporal como respecto al objeto de referencia del reproche¹³. En este punto también acierta la doctrina al ver un problema de culpabilidad, pues en definitiva las estrategias empleadas por los diferentes modelos para justificar la pena centran el reproche de culpabilidad en una acción distinta de la que constituye el objeto de imputación. Esto quiere decir que necesariamente el reproche a la actitud interna del autor debe estar referenciado a aquella acción que, al exhibir los elementos típicos, es tenida por antinormativa. Por ejemplo, en la comprensión tradicional de la *alic* la clave de la imputación está en la acción precedente, la que (sin embargo) es

¹¹ KAUFMANN, Art. (1961), p. 427.

¹² KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 1, 5.^a ed., Baden-Baden (Nomos), 2012, § 71, nm. 20; RENGIER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, 14.^a ed., München (C. H. Beck), 2013, § 41, nm. 13; DEHNE-NIEMANN, J., “*Omissio libera in causa* bei »echten« Unterlassungsdelikten. Zur Verhaltensgebundenheit »echten« Unterlassens am Beispiel der §§ 266a I, 323c StGB“, *GA* 2009, p. 156; SATZGER, H., «*Dreimal „in causa“ – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa*», *Jura* (7) 2006, pp. 109 ss.; MAURACH, R./SCHROEDER, F./MAIWALD, M., *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. 2, 7.^a ed., Heidelberg (C. F. Müller), 1991, § 96, nm. 4.

¹³ Habitualmente esta crítica es dirigida contra el modelo de la excepción (cfr. SCHÜNEMANN, B., «Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal», en el mismo, *Obras*, t. 1, Buenos Aires, 2009, pp. 437 ss., p. 460; ALCÁZER GUIRAO, R., (2004), p. 30; STRENG, F. «El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad», en Montiel (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid et. al. [Marcial Pons], 2012, pp. 274 s.), aunque en mi opinión también es válida frente a las restantes propuestas teóricas (cfr. en detalle MONTIEL [2019], 269 ss.).

una acción diferente de la que constituye el objeto de imputación, i.e. de la acción que presenta los elementos fundantes de antinormatividad (la *actio subsequens*). De esto modo, al romperse la referencia entre el objeto de imputación (la acción subsumible en el tipo penal respectivo) y el objeto de reproche (la *actio praecedens*), se le estaría cargando a la culpabilidad del autor una acción que no es antinormativa¹⁴. Dicho en términos más clásico: al autor se le estaría reprochando una acción que no está prohibida o que no resulta requerida; al autor no se le estaría reprochando un injusto.

Sin embargo, considero que todas estas señales de alarma que enciende parte la doctrina no son un problema inherente e insuperable, que impida afirmar una imputación en armonía con la máxima *nullum crimen sine culpa*¹⁵. De hecho, así también lo entiende la doctrina dominante¹⁶. Por el contrario, como argumentaré a continuación, es necesario despejar primero una serie de confusiones conceptuales alrededor de la noción de culpabilidad por conducción de la vida o por el carácter. Luego mostraré cómo es posible formular una imputación en concordancia con el principio de culpabilidad, a partir de tomar como objeto de imputación una acción mediatamente resultativa, con un entendimiento de la relación causal en los términos expuestos supra.

III. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO ALUDIMOS A «¿CULPABILIDAD POR EL HECHO», «CULPABILIDAD POR LA CONDUCCIÓN DE LA VIDA» Y «CULPABILIDAD DE AUTOR»?

La personalidad, los hábitos y algunas condiciones personales del autor no son necesariamente neutras para el Derecho penal. De hecho, no es infre-

¹⁴ Aquí no surge un problema de culpabilidad por el carácter. Sin embargo, de otra opinión ALCÁCER GUIRAO (2004), pp. 29 ss. En la fundamentación de la responsabilidad penal se requiere imputar una conducta antinormativa a la culpabilidad del autor. Solamente puede imputarse a la culpabilidad una acción antinormativa, pues, al contrario, una acción conforme a la norma exclusivamente puede ser imputada al mérito del autor. Sobre esta cuestión, en detalle, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires (B de F), 2008, pp. 496 ss. En este sentido, una estructura de responsabilidad que no respeta el principio de coincidencia no puede cumplir con el mandato de *nulla poena sine culpa*: respecto a la acción típica justamente falta la culpabilidad en la *alic*, mientras que respecto a la provocación no puede haber una imputación a la culpabilidad, pues no existe aquí una acción antinormativa. El carácter del autor no juega aquí ningún rol.

¹⁵ De esta opinión, SCHRÖDER, H., «Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa», GA 1957, pp. 299 ss.

¹⁶ Cfr. entre muchos otros, STRENG, F., «“actio libera in causa” und Vollrauschstrafbarkeit», JZ (1) 2000, p. 24; STÜHLER, H., *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, Würzburg, 1999, pp. 185 y s.; KUHN-PÄBST, G., *Die Problematik der actio libera in causa*, Mannheim, 1984, p. 127; RUDOLPHI (1969), pp. 263 y s.

cuenta que los Códigos penales tomen en consideración algunos de estos aspectos a la hora de graduar la pena. Si bien ello puede despertar cuestionamientos, sobre todo al agravar la pena (v. gr. la reincidencia)¹⁷, considero correcto entender que no existe en este caso una afectación del principio de culpabilidad¹⁸. Sin embargo, ninguna circunstancia personal del autor referida a su carácter puede ser considerada por el Derecho penal para fundamentar el injusto, es decir, cuando el motivo de la pena es su carácter¹⁹. Esto supone que todo reproche de culpabilidad debe estar anclado a una conducta u omisión, pero nunca al carácter o a la personalidad.

Es muy habitual entender en la doctrina jurídico-penal que se produce un peligroso acercamiento a una culpabilidad por el carácter cuando para la imputación se toman en consideración momentos previos a las acciones descritas por el respectivo tipo penal²⁰. La idea que parece subyacer es que este tipo de mirada «retrospectiva» atiende a una dimensión diacrónica o biográfica del autor, con lo que se hace muy difícil no poner el foco en su personalidad²¹. Según esta perspectiva, al tomarse en consideración momentos previos a la acción típica, la determinación de la responsabilidad tomaría en consideración la manera en que el delincuente ha conducido su vida²². Así, se observa en la literatura históricamente que la culpabilidad por conducción de la vida y la culpabilidad por el carácter son dos maneras distintas de hacer alusión a una culpabilidad de autor²³.

¹⁷ Respecto a estos cuestionamientos, cfr. MIR PUIG (2016), L. 26, nm. 37 y s.

¹⁸ En coincidencia con GÓMEZ MARTÍN, V., *El derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Valencia (Tiran lo Blanch), 2007 p. 25, para quien en estos casos no va en contra del principio de responsabilidad por el hecho, pues no desconoce que la razón por la que se le impone una pena al autor es la acción realizada.

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN (2007), p. 30.

²⁰ Cfr. JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, Madrid (Civitas), 1997, p. 298, quien, sin aludir específicamente a una introducción de una culpabilidad por el carácter, considera que tomar a los acuerdos previos como delitos en el marco del § 30 StGB implica tratar al autor como «enemigo».

²¹ Dicho en palabras de BURKHARDT, B., «Charaktermängel und Charakterschuld», en Lüderssen/Sack (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. 1, Frankfurt am Main (Suhrkamp), 1980, p. 104, el juicio de culpabilidad es una crítica «episódica», más no «disposicional», pues se reprocha al autor por la conducta y el análisis se concentra en el «episodio x». Una mirada «disposicional» critica al autor en tanto causa de x y con ello lo critica en tanto el tipo de persona en la que se origina x.

²² Insinúa esta idea claramente SILVA SÁNCHEZ, J., «Honeste vivere», *InDret* (3), 2010, p. 2: «La infracción prolongada del honeste vive! sería entonces la base que permitiría imputar una infracción del *neminem laedere* a quien careciera, in actu, de capacidad de conocer las normas o de comportarse de acuerdo con dicho conocimiento».

²³ Especialmente se aprecia esta tendencia en la literatura alemana de la primera y la segunda posguerra, en la que se discutieron íntegramente los componentes de la culpabilidad de autor en la legislación penal, cfr. MEZGER, E., «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* (57), 1938, pp. 688 ss.; HEINITZ, E., «Strafzumessung und Persönlichkeit», *ZStW* (63) 1951, pp. 74 ss.; ENGISCH, K., «Bietet die Entwicklung der

Aquí es imprescindible hacer una precisión conceptual, pues no parece adecuada la equiparación de una «culpabilidad por conducción de la vida» y una «culpabilidad por el carácter»²⁴. En este segundo caso, el objeto de reproche es el carácter o la personalidad del sujeto, lo que sin dudas constituye una culpabilidad de autor que confronta con el principio de culpabilidad. Sin embargo, en el primer caso la referencia de la culpabilidad es la «conducción» de la vida y esta solamente puede suceder mediante un «conjunto de acciones»²⁵. Así, cuando para la formulación de un juicio moral se considera cómo ha llevado adelante su vida una persona no estamos atendiendo a su personalidad, sino a un «conjunto de actuaciones» que, en mayor o menor medida, condicionan o explican sus actuaciones posteriores. Así, la determinación de la capacidad de culpabilidad o de acción mediante la estructura de la *alic* podría requerir el análisis de un conjunto de actuaciones previas del autor que contribuyen a demostrar si puso la condición de su actuación posterior. Como indica acertadamente Rudolphi, una culpabilidad por la conducción de la vida no infringe el principio del hecho, dado que el objeto del reproche sigue siendo un hecho y no la personalidad de su autor²⁶.

Ahora bien, esta precisión conceptual no conduce a la afirmación de que en la *alic* existe una culpabilidad por conducción de la vida, compatible con un Derecho penal de acto. De la fase que antecede a la acción típica no interesa un «conjunto (más o menos determinado) de acciones precedentes», que de alguna manera haya conducido a la provocación del defecto y a la posterior realización de la acción típica. Para la atribución de responsabilidad es determinante solamente «una acción» precedente, una que guarda relación de causalidad con el evento acontecido en t_2 ²⁷ y justamente la identificación de esa causa permite determinar la irrelevancia de aquellas otras conductas que tienen

dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?», *ZStW* (66), 1954, pp. 356 s., 361 ss.; LANGE, «Täterschuld und Todesstrafe», *ZStW* (62), 1942, pp. 186 ss.

²⁴ Para ENGISCH, K., «Um die Charakterschuld», *MSchrKrim* (50) 1967, pp. 110, 118 estos dos conceptos solamente comparten el pensamiento de la culpabilidad de autor. Por ello, mientras que en la culpabilidad por conducción de la vida se hace responsable al autor por la «conformación» de su personalidad, en la culpabilidad por el carácter se le reprocha al autor el «carácter manifestado» a través de su acción u omisión, lo que presupone considerar en este último caso también la posibilidad de haberse comportado de otro modo.

²⁵ Cfr. HARDWIG, W., «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW* (68) 1956, p. 17, quien también destaca la referencia a acciones o comportamientos en la culpabilidad por conducción de la vida.

²⁶ En mi opinión, esta aclaración ayuda a entender mejor la posición de RUDOLPHI (1969), pp. 263 s., cuando en los casos de errores de prohibición vencible alude a una «culpabilidad por conducción de la vida» (entrecorrida), pero como una forma de culpabilidad de acto.

²⁷ MOORE, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford (Oxford University), 1993, p. 36.

que ver con la conducción de la vida²⁸. En este sentido, la culpabilidad en la *alic* no queda referenciada a un «conjunto» de acciones sino exclusivamente a aquella acción que ha provocado el defecto de responsabilidad²⁹. Aquí el criterio de la causalidad es determinante para la selección de la acción relevante en la atribución de responsabilidad. Este criterio permite identificar cuál es la acción relevante para la *alic* entre las diferentes conductas previas que condujeron al autor a provocar el defecto de responsabilidad.

En resumen, también en la *alic* es posible seguir hablando de una culpabilidad de acto, que toma como referencia una única acción, en lugar de un conjunto de acciones que expresan la conducción de la vida del agente. No es correcto ver aquí entonces una «culpabilidad por hábito» (*habituelle Schuld*)³⁰, en la que se juzga la «carrera criminal» del autor o una eventual habituación de comportamientos peligrosos, sino específicamente una culpabilidad por un concreto hecho que produce un menoscabo a bienes de terceros. En mi opinión, así lo entiende la dogmática de la *alic*: del conjunto de acciones previas con potencial relevancia para la imputación, solamente es tomada en consideración aquella inmediatamente anterior a la descrita por el tipo penal respectivo³¹.

IV. OBJETO DEL REPROCHE EN LA ALIC

1. Planteamiento del problema

Según lo anterior, queda claro que la estructura de atribución de responsabilidad que subyace a la *alic* es perfectamente compatible con un Derecho penal de acto. Sin embargo, ello no significa cualquier modelo conceptual que explique la *alic* va a estar liberado de la objeción de culpabilidad. Más bien, la aclaración del apartado anterior sirve para entender que cuando se castiga a quien obra en un contexto de *alic* su responsabilidad está asentada en una acción (no en un carácter). Con todo, para que un modelo teórico logre hacer totalmente compatible este enfoque con el principio de culpabilidad, se requiere además que se respeten, entre otras cosas, la imputación subjetiva y el prin-

²⁸ FRISCH, W., «Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter« Affekttaten. Eine dogmatische Zwischenbilanz aus Anlaß neuerer Entwicklungen», *ZStW* (101), 1989, p. 582; *MiKo*-STRENG, F., « § 20», en Joecks/Miebac (eds.), *Münchener Kommentar*, Strafgesetzbuch, t. 1, 4.ª ed., Múnich (C. H. Beck), 2020, nm. 136.

²⁹ KRÜPELMANN, J., «Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit», *ZStW* (99) 1987, pp. 214 s.

³⁰ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin et.al. (Springer), 1997, pp. 363 s.

³¹ STRENG, *JZ* (1) 2000, p. 24.

cipio de simultaneidad. Para atender a estas dos cuestiones resulta fundamental identificar con precisión cuál es el objeto de imputación, más aún cuando en los casos de *alic* son consideradas dos acciones: la acción de provocación (*actio praecedens*) y la acción típica (*actio subsequens*). ¿A cuál de estas acciones queda anclado el reproche de culpabilidad? ¿O acaso el juicio de reproche recae sobre una acción «compleja» única, reconstruida por el respectivo intérprete y que representa una «amalgama» de la *actio praecedens* y la *actio subsequens*?

2. Objeto de imputación y base del reproche

Bajo esta presentación encontramos en la *alic* un objeto de imputación complejo o compuesto. Por un lado, aparece como principal la acción de provocación de la eximente y, por el otro, debe considerarse una *actio subsequens* que coincide con la acción relevante para la responsabilidad principal. En otras palabras: una descripción exhaustiva del objeto de imputación de la *alic* debe incorporar a la provocación y también a la acción típica que se realiza luego bajo el déficit de imputación. Especialmente en el terreno de la *actio libera in causa* es muy común aludir a una *actio praecedens* (provocación) y a una «*actio*» *subsequens/posterior*» (delito principal)³². La caracterización de este objeto de imputación cobra un nivel aún mayor de complejidad cuando se considera que la *actio subsequens* no tiene una única fisonomía, sino que ella varía según la descripción empleada por el legislador en el tipo correspondiente. Así, puede tratarse de una «acción resultativa» cuando, por ejemplo, se toma como referente el delito de homicidio o lesiones o bien de un «proceso»³³ en el caso de que bajo un déficit de imputación se realice, por ejemplo, el delito de conducción temeraria. En este sentido, el objeto de imputación en la *alic* siempre integrará dos acciones, aunque ello no puede significar de ninguna manera las dos vayan a ser destinatarias del reproche.

En mi opinión, la acción relevante a los efectos de atribuir responsabilidad penal y de formular un juicio de reproche es la provocación, i.e. la *actio praecedens*, la que sin embargo solamente adquiere relevancia jurídico-penal cuando ha dado lugar al evento o al proceso en la segunda fase del suceso cau-

³² Cfr. entre otros SILVA SÁNCHEZ, «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*», en de Vicente Remesal et. al. (eds.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, v. 1, Madrid (Reus), 2020, p. 1118.

³³ Sobre el sentido en que se emplea aquí el concepto de actividad, cfr. VON WRIGHT, G., *Norma y acción*, Madrid (Tecnos), 1970, pp. 44 s.

sal. Esto es, en la *alic* no se reprocha ni el solo hecho de haberse intoxicado ni tampoco la acción o actividad descrita en el tipo penal. Bajo la estructura de la *alic* la acción que atrae la responsabilidad es la precedente, pero solamente en la medida de su capacidad de haber dado lugar al evento o al proceso al que se asigna relevancia típica. De esta manera, lo que sucede en la segunda fase debe ser interpretado como el «resultado típico» del delito que se corresponde a la estructura de la *alic*.

Si con base en esta caracterización tuviera que clasificarse la tipología de este hecho punible habría que elegir la categoría de los delitos de resultado. La provocación realizada en t_1 interesa jurídico-penalmente por su capacidad de dar lugar en t_2 a un resultado, el cual se corresponde, a su vez, con el evento o proceso relevante para el tipo penal de referencia. Naturalmente la caracterización de ese resultado dependerá de la fisonomía del tipo penal realizado en t_2 mediante la acción defectuosa³⁴. Por tanto, el objeto del reproche en la *alic* es equivalente al de los delitos de resultado, con la única excepción de que la acción de referencia no es directamente resultativa, dado que necesita de una acción *actio subsequens* para concretar el resultado típico. Se trata, por tanto, de una acción «mediatamente resultativa», donde la provocación del defecto adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que produce el evento final (por ejemplo, la muerte causada por un disparo de arma de fuego realizado bajo un estado de intoxicación provocado por el agente), por «intermedio» de la *actio subsequens*, la cual funge de «mero eslabón causal»³⁵. Bajo esta explicación los «relata» causales serán la *actio praecedens*, por un lado, y el evento (no) acaecido (delitos de resultado y de omisión) o el proceso, por el otro. ¿Cómo impacta esta comprensión en la identificación del objeto de reproche penal?

La doctrina dominante entiende que el reproche de culpabilidad abarca tanto la acción provocadora del defecto como la descrita por el tipo penal (principal)³⁶. En estas exposiciones, habría una referencia a dos comportamientos distintos, lo que permitiría hablar con cierta impropiedad de una «do-

³⁴ En detalle sobre esta cuestión, cfr. MONTIEL (2019), pp. 284 ss.

³⁵ Sin embargo, rechaza reducir la *actio subsequens* a un mero eslabón causal, SILVA SÁNCHEZ (2020), p. 1119.

³⁶ Entre otros, SCHMIDHÄUSER, E., *Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Tübingen (Mohr), 1982, 7/33; STRATENWERTH, G., «Vermeidbarer Schuldausschluß», en Dornseifer et. al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln et. al. (Carl Heymann), 1985, p. 487; STÜHLER, H., (1999), pp. 182 y s., 186; KUHN-PÄBST, G., (1984), pp. 96 ss.; STRENG, «Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand», *ZStW* (101), 1989, p. 310 ss.; RUDOLPHI (1969), pp. 255 ss., 263 s.; MOMSEN, C., *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden (Nomos), 2006, pp. 273 s.; STERNBERG-LIEBEN, D./SCHUSTER, F., «§ 15», Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., München (C. H. Beck), 2019, nm. 190.

ble culpabilidad», de modo similar a lo que sucede con el «dolo» de la *alic*³⁷: un reproche de la acción que produce el defecto de responsabilidad y otro que recae sobre la *actio subsequens*. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la imputación de primer nivel, donde se requiere tener en consideración los estados mentales del autor respecto a la producción de dos eventos distintos, no resulta correcto aludir en la culpabilidad en sentido estricto a dos juicios de reproche diferenciados.

Una *imputatio facti* requiere que el sujeto abarque con su conocimiento el proceso en el que se ve involucrado, el resultado concreto que origina o la secuencia completa de elementos que determinan la antinormatividad. En este caso, el análisis de los estados mentales del autor tiene como punto de referencia la «descripción típica» y, por ello, si en ella adquiere relevancia típica el acaecimiento de dos eventos distintos (el «defecto» en el caso de la *actio praecedens*, el resultado típico o el proceso típico en el caso de la *actio subsequens*), entonces necesariamente estos deben ser anticipados mentalmente por el autor. La ausencia de ese conocimiento representa el incumplimiento de una de las condiciones elementales fijadas para una imputación a la acción. En cambio, la formulación del juicio de culpabilidad es una instancia eminentemente valorativa, que toma como referencia de la desaprobación la actitud de enemistad al derecho que objetiva un sujeto al decidirse en contra de lo prohibido o requerido bajo amenaza de pena. El reproche de culpabilidad toma como referencia la conducta contraria a la norma, la cual no prohíbe en la *alic* dos acciones independientes, sino una única acción mediatamente resultativa³⁸.

Con ello, no se le reprocha al autor «por separado» la provocación del defecto de responsabilidad o el resultado último producido directamente por la *actio subsequens*, pues ambas conductas configuran una «unidad de valoración» en la culpabilidad³⁹. Con todo, no se trata de la desvaloración de una «síntesis» de las actitudes internas expresadas en cada conducta desviada, sino más bien de la desaprobación de la actitud de falta de fidelidad al Derecho que se expresa en «una única conducta» (la *actio praecedens*), la cual da lugar a un

³⁷ Así, entre muchos otros, PUPPE, I., «Grundzüge der actio libera in causa», *JuS* (5), 1980, p. 350; ROXIN, C., «Observaciones sobre la *actio libera in causa*», *ADPCP*, 1988, pp. 34 ss.; FRISTER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2013, Cap. 18, nm. 24; BECK, S., «Neukonstruktionsmöglichkeiten der actio libera in causa», *ZIS* (6), 2018, p. 208; HERNÁNDEZ, H., «El régimen de autointoxicación plena en el Derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad», *REJ* (9) 2007, p. 33

³⁸ En mi opinión, ello explica que RUDOLPHI (1969), p. 266, aluda aquí a una culpabilidad por el hecho *mediata*.

³⁹ STRENG, *ZStW* (101) 1989, p. 301.

resultado bajo un defecto de responsabilidad. En este sentido, al autor se le reprocha el haber matado, lesionado, hurtado, etc., adoptando como *modus operandi* su incapacitación o «inmunización a responsabilidad»⁴⁰. Así, por ejemplo, el objeto de referencia del juicio de culpabilidad recae sobre la actitud interna de quien mata a otra persona, habiéndose colocado para ello en un estado de irresponsabilidad.

3. Magnitud del reproche de culpabilidad en *la alic*

Ahora bien, aunque el déficit de fidelidad al Derecho que se desaprueba en la culpabilidad queda expresado por la falta de seguimiento de la norma⁴¹, ello no implica que la motivación del destinatario de la norma al momento de infringir el deber pierda total relevancia para la culpabilidad. Por el contrario, las razones que explican el comportamiento desviado del autor contribuyen a la determinación de la magnitud del reproche de culpabilidad⁴². Por esta razón, no puede ser indiferente para el juicio de culpabilidad que el autor haya adoptado la actitud de un «manipulador», un «delincuente consciente» o de un «delincuente indiferente», pues estos tres tipos de actitudes se corresponden con tres niveles diferentes de déficit de fidelidad al Derecho. Las motivaciones del autor no pueden serle indiferente al Derecho penal.

Por tanto, a la hora de analizar la actitud interna del autor de una *alic* es recomendable diferenciar tres escenarios. El escenario en el que seguramente se formula un reproche cualificado se da en los supuestos en los que el autor ha planificado la agresión a un tercero mediante la provocación de su intoxicación, para de este modo no poder ser castigado con una pena. En este caso, el autor se aprovecha ilícitamente de la eximente de responsabilidad para agredir impunemente. Puede servir de ejemplo el caso de quien se encuentra seriamente afectado por narcóticos y agrede salvajemente al amante de su pareja, habiendo preordenado los hechos para que, en caso de ser descubierto, no pueda ser castigado por su falta de culpabilidad. Por su parte, puede darse un escenario similar, en el que el autor, también obrando con dolo «directo», al contrario del caso anterior, no ha querido generar un pseudo-contexto eximente que le permita quedar sin castigo. En este caso, es esperable que la magnitud del reproche sea menor que la del caso anterior. Un tercer escenario, en el que

⁴⁰ STRENG, *ZStW* (101) 1989, p. 309.

⁴¹ KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 1989, p. 156.

⁴² MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *Indret* (1), 2013, p. 8.

se le formula al autor de la *alic* una imputación «subjctiva» por dolo eventual, presenta la pregunta sobre si en este caso la actitud interna merece ser desaprobada con igual o menor severidad que el caso anterior. A favor de un reproche menor habla la idea de que mientras mayor es el nivel de comprensión del autor, también es mayor el grado de enemistad frente al Derecho.

Más allá de estos diferentes escenarios, conviene no perder de vista una cuestión «general» asociada a la pena merecida en los casos de *alic*⁴³. La pena en estos supuestos no debe ser nunca idéntica a la de los casos en los que el autor no presenta ningún tipo de defecto de responsabilidad, puesto que la «defectuosidad» de lo realizado en la segunda fase reduce la capacidad del autor de influir eficazmente en la concreción del resultado y además el autor se expone a la posibilidad de sufrir una *poena naturalis*⁴⁴. Cuando una persona se intoxica para atacar en ese estado a un adversario, no solamente está generando un peligro para el tercero que se piensa atacar sino también frente a sí mismo, dado que la profunda afectación de la consciencia en un contexto violento puede terminar con graves consecuencias para el propio provocador⁴⁵.

Precisamente, la culpabilidad es el lugar en el que deben analizarse estas cuestiones. Aquí se juzga ciertamente la intensidad del déficit de fidelidad al Derecho que objetiva el autor con su comportamiento y en la graduación de esa intensidad entran en consideración las motivaciones, aunque también otras circunstancias capaces de compensar el déficit de fidelidad. Si bien desde el punto de vista de las motivaciones puede afirmarse que el nivel de reproche en estos casos debe ser equivalente al de los casos de imputación ordinaria (v.gr. exhibe el mismo nivel de desprecio por la autoridad del Derecho quien mata a su enemigo premeditadamente con un disparo a «sangre fría», que quien para hacerlo se intoxica previamente)⁴⁶, la posibilidad de sufrir un daño es una circunstancia que debería conllevar una revisión del juicio inicial de culpabilidad. En mi opinión, estas circunstancias operan como correctivos del reproche, porque, incluso cuando las razones que explican la conducta expresan un alto menosprecio por el Derecho, el hecho de que las consecuencias de su delito

⁴³ Sobre esta cuestión en la *alic*, cfr. MONTIEL (2019), pp. 292 s., con ulteriores referencias.

⁴⁴ De este modo, con especial referencia a los supuestos de ignorancia deliberada, JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», en el mismo, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid (Thomson/Civitas), 2004, p. 194: «el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *poena naturalis* (...)».

⁴⁵ Así lo destaca MOMSEN (2006), pp. 273 s., especialmente en los casos de provocación de situaciones de necesidad.

⁴⁶ Cfr. KUHN-PÄBST (1984), p. 127. Asimismo, por ejemplo, en relación a los casos en los que el autor provoca déficits cognitivos relativos a las circunstancias típicas, RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007, pp. 183 ss.; VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin (Duncker & Humblot), 1993, p. 79, nota 79.

«le sean cobradas» directamente al autor debería reducir la intensidad del reproche institucionalizado que se realiza en sede de culpabilidad⁴⁷.

V. CUESTIONES ABIERTAS SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA CULPABILIDAD FORMAL EN LA *ALIC*

El reproche que se le formula al autor de una *alic* por su defectuosa fidelidad al Derecho presupone naturalmente que se haya encontrado en condiciones de dar seguimiento a la norma. Ello implica que, al igual que sucede con cualquier otro delito, en esta clase particular de delito también deben verificarse las condiciones formales de la culpabilidad⁴⁸: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y normalidad de las circunstancias concomitantes. Bajo esta comprensión, la *alic* constituye una tipología de delito autónoma, similar a lo que sucede, por ejemplo, con los denominados delitos «imprudentes»⁴⁹.

Un análisis exhaustivo de estos presupuestos en la *alic* excedería ampliamente las finalidades de este trabajo. Tan solo me interesa detenerme en dos de estos presupuestos que claramente presentan mayores problemas o particularidades que requieren una atención especial. Puntualmente me refiero a la verificación de la imputabilidad, especialmente cuando quien actúa viene ya afectado por algún tipo de adicción preexistente y también a la constatación del conocimiento de la antijuridicidad⁵⁰.

⁴⁷ También consideran que la *poena naturalis* debe ser una cuestión analizada en la culpabilidad, BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires (Hammurabi), 2016, p. 144.

⁴⁸ Se alude aquí a «condiciones» en lugar de «presupuestos», porque *stricto sensu* únicamente la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad son los presupuestos de la capacidad de motivación del autor, mientras que la exigibilidad derivada de la normalidad de las circunstancias concomitantes solamente puede afirmarse una vez verificados los anteriores presupuestos. Cfr. MAÑALICH, *Indret* (1) 2013, p. 11.

⁴⁹ La comparación con los delitos imprudentes tiene un doble sentido: en primer lugar, explicitar la identidad estructural de ambos supuestos y, en segundo lugar, destacar que la doctrina dominante entiende que para la formulación del reproche de culpabilidad en la imprudencia se requiere la presencia de los mismos presupuestos formales que en los delitos dolosos. Sobre el reconocimiento en la imprudencia de los mismos presupuestos formales de la culpabilidad para los delitos dolosos, cfr. JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 593; KÜHL, K., «§15», en Lackner/Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2011, nm. 49-51; DUTTGE, G., «§ 15», en Joecks/Miebac (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, t. 1, 4.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2020, nm. 205; Schönke/Schröder-STERBERG-LIEBEN/SCHUSTER (2019), nm. 190.

⁵⁰ Entiendo que el presupuesto de la *normalidad de las circunstancias concomitantes* no presenta *prima facie* particularidades que ameriten reflexiones específicas respecto a la *alic*, incluso cuando respecto a una casuística estructuralmente idéntica como la «imprudencia» se haya discutido históricamente sobre el alcance particular de *inexigibilidad supralegal*. De hecho, la doctrina se mostró más favorable al reconocimiento de causas supraleales de exculpación en la imprudencia que en los delitos dolosos, cfr.

Una vez que se establece que la conducta de referencia para la imputación es la *actio praecedens*, entonces es necesario constatar en t_1 si el autor tiene la capacidad de comprender la criminalidad de su conducta y de actuar conforme a esa comprensión. En el momento de la provocación de la intoxicación el autor debe haber reunido las condiciones mentales suficientes como para ser pasible del reproche de culpabilidad. Ahora bien, en ciertos casos no resulta sencillo demostrar la realización de esta exigencia, sobre todo cuando la *actio praecedens* parece ser más el síntoma de una alteración mental o de la personalidad que una demostración de autodeterminación. En la se presenta un escenario complejo, sobre todo en aquellos casos en los que el autor padece alguna adicción al alcohol o a las drogas que impide comprender el carácter ilícito de la conducta.

Para que una persona responda penalmente por un delito cometido bajo una intoxicación etílica o por drogas se requiere que se haya puesto en ese estado «voluntariamente»⁵¹. Naturalmente, esa voluntariedad puede verse cuestionada cuando la persona que, por ejemplo, lesiona o mata bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes, sufría previamente una adicción severa a esas sustancias. En primer lugar, una adicción preexistente no debe excluir totalmente la posibilidad de que el adicto, al momento del consumo intoxicante, haya podido decidir en pleno usos de sus facultades mentales consumir la sustancia en cuestión. Puede tratarse de una situación en la que el adicto no atraviesa por un periodo de abstinencia, que condicione la voluntariedad de la ingesta. El problema aparece, por supuesto, cuando el nivel de dependencia es tan alto que la ingesta de alcohol o el consumo del estupefaciente es el «sínto-

TÄSCHNER, K., «Forensisch-psychiatrische Probleme bei der Beurteilung von Drogenkonsumenten», *NJW* (12), 1984, p. 639; incluso ya en la década del 20' del S. XX se enfatizó que la doctrina dominante de la época directamente no aceptaba la exclusión supralegal de la culpabilidad en los delitos dolosos, cfr. FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires (BdeF), 2003, p. 66. Sin embargo, interpreto que los argumentos expuestos en defensa de esta tesis tenían más que ver con cuestiones contingentes, esto es, cuestiones político-criminales y la opinión dogmática dominante de la época (el dolo y la imprudencia seguían siendo un tema de culpabilidad). En realidad, entiendo que la principal particularidad que presenta la *alic* respecto a la exigibilidad, es que la normalidad de las circunstancias concomitantes debe juzgarse al momento de realizarse la *actio praecedens*. Sin embargo, de otra opinión, STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER (2019), nm. 204, quienes encuentran verdaderas diferencias cualitativas, al considerar que, a diferencia de los delitos dolosos, la exigibilidad de un comportamiento acorde a la norma es un elemento constitutivo de la responsabilidad imprudente y que funciona en la delimitación del deber de cuidado como causa de exculpación.

⁵¹ ROBINSON, «Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine», *Virginia Law Review* (1), 1985, pp. 47 ss. Esta idea ha sido enfatizada en la literatura alemana, especialmente al analizarse el delito de *Vollrausch*, cfr. PAEFFGEN, H., «§ 323a», *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Strafgesetzbuch*, 5.ª ed., Baden Baden (Nomos), 2017, nm. 65; GEISLER, C., «§ 323.ª», en Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, t. 6, 4º ed., Múnich (C. H. Beck), 2022 nm. 65; HECKER, B., «§ 323a», *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., Múnich (C. H. Beck), 2019, nm. 11; RENGIER (2013), § 41, nm. 24.

ma» de una enfermedad preexistente que condiciona sus capacidades psíquicas. Siempre que la provocación de la intoxicación sea un síntoma de abstinencia, esto es, la manera que encuentra el adicto de mantener un cierto equilibrio orgánico-psíquico⁵², la culpabilidad deberá quedar totalmente excluida⁵³.

Por supuesto, a los efectos de un aseguramiento máximo de las capacidades del seguimiento de las normas penales cabe la posibilidad de imaginar una anticipación del análisis al momento en el que la persona voluntariamente adquirió la adicción. Sin embargo, esta propuesta resulta poco convincente por varias razones. En primer lugar, hablan en contra razones eminentemente probatorias: difícilmente pueda encontrarse un momento exacto en el que la persona se vuelve adicta, porque se trata de una enfermedad originada por una secuencia de innumerables consumos a lo largo de un espaciado periodo de tiempo. En este sentido, una adicción no parece ser la consecuencia de algún acto individualizado, sino de la acumulación de varios actos individuales. En segundo lugar, incluso si se hallara la conducta decisiva a la que puede atribuirse la adicción, no podría establecerse una conexión causal rigurosa con el posterior resultado defectuoso⁵⁴ y al mismo tiempo no podría esperarse que el autor se represente la realización del delito defectuoso (a lo mejor meses o años después de adquirir la adicción). Finalmente, una atribución en estos supuestos presupone que la persona elige volverse adicta, algo que resulta abiertamente implausible y que, en caso de suceder, difícilmente pueda hablarse de una decisión «voluntaria» y no más bien de algún tipo de trastorno mental grave.

VI. REFLEXIONES FINALES

La principal reflexión que me interesa remarcar en este colofón es que, más allá de las particularidades que presenta la *alic* en la atribución de responsabilidad, no es necesario presentar ningún tipo de flexibilización de las reglas de imputación para justificar el castigo. La principal particularidad en la atribución de responsabilidad no radica en las particularidades de las «reglas» de imputación, sino más bien en las del «objeto» de imputación. En mi opinión, el esclarecimiento de esta cuestión permite además despejar todas las dudas

⁵² TÄSCHNER, *NJW* (12), 1984, p. 639.

⁵³ ROBINSON, P. H., *Virginia Law Review* (1), 1985, pp. 47 ss.; STRENG, F., «§ 20», en: Joecks/Miebac (eds.), *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 1, 4.^a ed., Múnich (C. H. Beck), 2020, nm. 106.

⁵⁴ Con razón señala FRISCH, *ZStW* (101) 1989, p. 592 que en casos de afectaciones prolongadas no resulta necesario analizar todas aquellas fases previas (meses, semanas, años, etc.), sino que lo decisivo es atender a aquella etapa ubicada inmediatamente antes del hecho en la que claramente se observa una creciente pérdida del control y en la que ya aparece el peligro de que acaezca el hecho.

que frecuentemente se expresan respecto a la vigencia del principio de culpabilidad en la *alic*.

La propuesta que subyace a esta explicación resalta la necesidad de tratar a la *alic* como un «delito» (al que se le aplican las mismas reglas que rigen para cualquier otro), en lugar de tratarla como una «forma de imputación». Ello implica que los presupuestos propios de la teoría del delito, al igual que los problemas de autoría y participación o tentativa, deberían analizarse *prima facie* conforme a las reglas convencionales que utilizamos en la Parte general. En mi opinión, esta aproximación constituye un primer paso que necesita ser ahondado para poder lograr una comprensión alternativa (y, en mi opinión, menos problemática) de un fenómeno tan antiguo como polémico como lo es la *alic*.

SENTIDO Y EXPRESIONES DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO BAJO UN ESQUEMA DIFERENCIADOR DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

DIEGO GONZÁLEZ LILLO*

I. SENTIDO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO: UNA APROXIMACIÓN PRELIMINAR

Uno de los pilares fundamentales de cualquier Estado democrático de derecho es que la responsabilidad penal ha de reservarse única y exclusivamente para el castigo de hechos propios. Este desiderátum adquiere máxima relevancia una vez que se advierte (todavía trivialmente) que dicha clase de responsabilidad puede recaer en dos o más personas, a pesar de que sea solo uno el evento que la origina. Ahora bien, para comprender las importantes proyecciones que el principio de responsabilidad por el hecho propio (en adelante, PRHP) tiene en la dogmática de la intervención delictiva es imprescindible delinear, siquiera en sus contornos básicos, el sentido de dicho principio¹.

* Profesor de Derecho penal, Universidad de Valparaíso, Chile.

¹ En lo sucesivo se empleará el rótulo «principio de responsabilidad por el hecho propio» (PRHP) en lugar de «principio de autorresponsabilidad». Aun cuando ambas nomenclaturas suelen utilizarse de manera indistinta, también es habitual que el principio de autorresponsabilidad reciba una connotación diversa, a saber: excluir la responsabilidad de terceros cuando al titular del bien jurídico afectado atañe una competencia preferente por sus menoscabos. Como se sabe, bajo dicha comprensión, la idea de autorresponsabilidad –complementada por una reformulación de la prohibición de regreso– también ha sido recurrentemente invocada (sobre todo en Alemania) como punto de apoyo para la construcción de criterios de delimitación entre autoría y participación, a partir del reconocimiento de «ámbitos diferenciados de responsabilidad». Aunque con un distinto trasfondo teórico, destacan en esa dirección, entre otros, los aportes

Para lo anterior, un útil e ilustrativo punto de partida lo ofrece la propia etimología del concepto de responsabilidad, proveniente del latín *respondere*². En efecto, si es deseable que las personas respondan únicamente «por» —esto es, «en virtud de»— sus propias acciones, ello se debe a que solo respecto de ellas están en condiciones de «responder», esto es, de ofrecer razones apropiadas acerca de por qué se han comportado o no de un determinado modo. Entendido bajo una estructura dialógica, el ejercicio de pedir explicaciones a alguien por algo —«¿por qué hiciste X?»— trae implícita la suposición de que esa persona efectivamente está vinculada con dicho evento y que, además, dispone de la capacidad de ofrecer respuestas apropiadas que racionalizan su comportamiento. Si faltan las aptitudes de las cuales depende esta última capacidad, «pierde sentido» la petición de razones, empero, si tales preguntas se dirigen a una persona que no ha ejecutado comportamiento alguno, o que ha ejecutado uno distinto de aquel que da origen a la indagación —porque este en realidad pertenece a otro u otros—, entonces, una petición de razones sería desde ya «impertinente»³. Luego, de las consecuencias derivadas de comportamientos ajenos —que, para estos efectos, son igual de inevitables que el acaso— una persona distinta a quien los ejecutó a lo sumo podrá «hacerse cargo», pero no estará en condiciones de ofrecer explicaciones por lo acaecido, en los términos arriba esbozados⁴. Este último dato suministra una clave para al menos proyectar la hipótesis de por qué la pena, a diferencia de otras especies de sanción jurídica, se caracteriza por ser personalísima —o a la inversa: por no ser susceptible de trascender a terceros—, a saber: porque carecería de toda legitimación (en tanto que pena) una sanción en la que desde un inicio se encuentra exclu-

de Naucke, Schumann, Walther, Diel y Renzikowski. Véase al respecto la completa exposición de SUTSCHET, M. *Die Erfolgszurechnung im Falle mittelbarer Rechtsgutsverletzung*, Berlín (Duncker & Humblot), 2010, pp. 228 ss. En la doctrina española, véase MARAVER GÓMEZ, M., *El Principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Madrid (Civitas), 2009, pp. 258 ss. Ahora bien, la principal dificultad con la que tropiezan tales propuestas es que, así entendido, el «principio de autorresponsabilidad» a lo sumo permitiría enfatizar la importancia de reconocer distintos ámbitos de responsabilidad entre intervinientes principales y accesorios, sin embargo, no señala *cómo* ha de efectuarse esa distinción de esferas de responsabilidad, que, dicho sea de paso, es más bien una *consecuencia* de la diferenciación entre modalidades de intervención delictiva. Críticamente sobre la capacidad de rendimiento de tales planteamientos, también VAN WEEZEL, A., «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS*, 8 (2009), pp. 434 s.

² Sobre el particular, véase, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, E., «Los enunciados de responsabilidad», en Cruz, M./Aramayo, R., (coords.), *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, Madrid (Trotta), 1999, p. 184; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP* (2000), pp. 177 s.

³ LUCAS, J. R., *Responsibility*, Oxford (Clarendon Press), 1993, pp. 5 ss.

⁴ FEINBERG, J., «Collective Responsibility», en EL MISMO, *Doing and Deserving*, Princeton (Princeton University Press), 1970, p. 231: «[s]olo la responsabilidad (*liability*) puede pasar de una parte a la otra. En particular, no puede haber tal cosa como una culpa vicarial (*vicarious guilt*)».

da la posibilidad de que quien la padece pueda dotarla de algún sentido para sí; y ciertamente nunca encontrará dicho sentido quien la sufre a raíz de comportamientos absolutamente ajenos.

Junto con contribuir a la identificación del trasfondo de los argumentos involucrados, lo anterior, con todo, también permite poner en duda la necesidad de ligar conceptualmente el principio en liza con la antinormatividad del comportamiento que habría de generar responsabilidad penal para una persona. Se trata de un vínculo teórico bastante extendido en la dogmática de la intervención delictiva, que queda fielmente expresado en la presentación, en absoluto inusual, de la responsabilidad por el hecho propio como un problema en torno a la responsabilidad por el «propio injusto»⁵. En contra de una relación de necesidad conceptual como la anterior, cabe notar –en línea con una acertada sugerencia de Zaczyk– que el PRHP no está interesado en poner a la persona en relación con una norma jurídica, sino directamente en relación consigo misma⁶. Si el fundamento del PRHP es el carácter inderogablemente personal de la responsabilidad penal, que solo puede realizarse cuando el sujeto pasivo de la pena está en condiciones de «reconocerse» en el agente que ejecutó el comportamiento que dio lugar a su imposición, las razones en que descansa la «propiedad» de un comportamiento han de ser analíticamente previas a las posibles descripciones que este pudiese llegar a tolerar –como antinormativo o no– bajo la lectura de una determinada norma de comportamiento.

En consecuencia, para resguardar el PRHP debe garantizarse la existencia de alguna estructura agencial que permita relacionar –sea directa o indirectamente– al potencial responsable con el hecho que constituirá el objeto de imputación, por lo que, en contraste con aquella extendida tesis antes referida, dicho principio no resulta «internamente» reforzado por la circunstancia de que posteriormente se atribuya además el carácter de antinormativo al hecho generador de responsabilidad. A la inversa, el PRHP resultará violentado cuando se imputan como propios comportamientos ajenos, independientemente de que estos últimos resulten ser o no antinormativos. Para corroborar dicha independencia basta con considerar comportamientos imputables a título de mérito: sería igualmente anómalo que, por ejemplo, a uno de los cointervinientes se exima (totalmente) de responsabilidad en virtud del desistimiento eficaz

⁵ Cfr., por ejemplo, SANCINETTI, M., *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires (Ad Hoc), 1997, p. 89; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons), 2003, pp. 130 ss., 161 ss.; MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Barcelona (Atelier), 2009, pp. 44 s., 164 ss.

⁶ ZACZYK, R., «Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado» (trad. Pastor Muñoz), en EL MISMO, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, 2010, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), pp. 257 ss.

llevado adelante exclusivamente por otro, lo mismo que se atenúe la responsabilidad penal de alguien cuando la reparación del daño ocasionado a la víctima ha sido efectuada exclusivamente por un tercero.

Como podrá apreciarse, estas consideraciones descansan en la dinámica bajo la cual se desenvuelven nuestras prácticas cotidianas: interacciones que se orientan a un entendimiento recíproco. Sería altamente contraintuitivo atribuir responsabilidad a alguien (tanto cuando se trata de enunciados condenatorios como laudatorios) por eventos que no representan acciones propias: agradecer a una médica cirujana por el éxito de una operación en la que no ha intervenido, felicitar a un músico por una pieza que él no ha compuesto, reprochar a un equipo de fútbol por las derrotas de otro, etc. La conocida falta de una relación agencial que vincule el hecho con el destinatario de tal juicio de responsabilidad desafiaría nuestras intuiciones más básicas y obstaría de modo sensible la posibilidad de comunicación.

Contemplado desde esta perspectiva, será fácil notar que el PRHP puede representar una indispensable herramienta de análisis al interior de la dogmática de la intervención delictiva. Desde ya, el PRHP puede desempeñarse en este ámbito como un mecanismo de control en la discusión en torno a la preferencia por un modelo unificador u otro diferenciador. A pesar de que en la disputa entre uno y otro sistema suele traerse a colación en primer lugar otros principios limitadores del *ius puniendi* –fundamentalmente el de legalidad, y seguidamente los de ofensividad, *ultima ratio* y de proporcionalidad–, el PRHP también permite realizar un importante contrapunto, como en seguida intentará mostrarse.

Si por modelo unificador de intervención delictiva cabe entender todo aquel que reduce a uno solo el título de imputación disponible ante escenarios de pluralidad de agentes en un mismo hecho delictivo, en realidad, no hace falta sostener que todo sistema unitario, por el solo hecho de ser tal, conduce a la afirmación de que cada interviniente respondería por su propio injusto. De hecho, la suposición de que cada interviniente responde por un injusto autónomo al de los demás tendría que conducir más bien a negar la correspondiente relación de «intervención» delictiva⁷; internamente considerado, un modelo unificador casa mejor con la idea de un injusto común. Dejando al margen lo anterior, lo importante aquí es notar que un modelo unificador no está en condiciones de satisfacer adecuadamente los requerimientos del PRHP. Cierta-

⁷ Ello, en contraste con una de las principales ventajas que, según los partidarios de un sistema unitario, se seguiría de escoger tal modelo: asegurar que cada interviniente responda por su propio injusto. Véase al respecto KIENAPFEL, D., «Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft», en Müller-Dietz, H., (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln (Heymann), 1971, pp. 26, 36, 53.

mente, es posible que el comportamiento de dos o más personas sea susceptible de interpretar (unificadamente) como una sola acción u omisión conjunta –lo que bajo un modelo diferenciador cabría ser descrito como un vínculo fundante de coautoría–, pero esto no siempre será así. Con ello, una comprensión monista de los títulos de intervención delictiva pasa por alto que las relaciones agenciales subyacentes a tales títulos pueden distar mucho entre sí; formulado de otro modo: al disponer de un solo título de imputación, un modelo unificador trata de manera homogénea comportamientos cuyo fundamento para dicha imputación puede ser heterogéneo. Dicha heterogeneidad viene dada por la distinta forma en que los comportamientos de dos o más personas pueden relacionarse entre sí, y que no se dejan reducir a la mera afirmación de una «obra colectiva». En ese específico sentido, un sistema diferenciador está en mejores condiciones de neutralizar la perplejidad que podría generar el hecho de dispensar el mismo tratamiento a la persona cuyo comportamiento, por sí mismo, no habría satisfecho la descripción de cierto tipo delictivo, de otra que, si hubiese actuado solitariamente, en cambio, sí podría haberlo hecho.

Pero para comprender en qué medida un modelo diferenciador de intervención delictiva –esto es, uno que dispone de dos o más títulos de imputación ante supuestos de pluralidad de agentes– está mejor posicionado de cara a los requerimientos impuestos por el PRHP es crucial tener en vista la diferencia analítica entre objeto y base de imputación⁸. Por el primero de ellos cabe entender el comportamiento que ejemplifica una clase de acción prohibida (en los delitos comisivos) o se corresponde con la falta de ejecución de una clase de acción requerida (en los delitos omisivos), y que responde a la pregunta acerca de «qué» es aquello que podría imputarse. En cambio, la base de imputación designa el comportamiento que individualmente vincula a una persona con el objeto de imputación. Es decir, se trata del fundamento que suministra cada interviniente, mediante su propio comportamiento, para que se establezca una conexión, según sea el caso, directa o indirecta con dicho objeto de imputación, y que responde la pregunta acerca de «por qué» ese hecho podría imputarse a ese interviniente. Como podrá apreciarse, el principal déficit de un modelo unificador es que parte de la problemática suposición de que, siendo el objeto de imputación común a todos los intervinientes, el fundamento en que

⁸ Sobre la diferencia entre objeto y base de imputación, fundamental, KUTZ, C., *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge (Cambridge University Press), 2000, pp. 4, 115 s., 122; MAÑALICH RAFFO, J. P., «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en Couso, J./Werle, G., *Intervención delictiva en contextos organizados*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 26 s., 34 s.

descansa esa imputación también tendría que serlo, en circunstancias de que las bases que la sustentan pueden variar en cada caso.

Sobre este trasfondo conceptual, en lo que sigue intentará ofrecerse algunas vías a través de las cuales cabría compatibilizar el PRHP con la responsabilidad penal que fundamentan las diversas modalidades de autoría y de participación bajo un modelo diferenciador de intervención delictiva.

II. MODALIDADES DE AUTORÍA Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

Como fuese ya señalado, si el PRHP está destinado básicamente a controlar que los hechos en que se sustenta la responsabilidad penal de una persona sean propios y no ajenos, entonces, su conexión con el concepto de autoría es apenas obvia. Lo que no es obvio, sin embargo, es el modo a través del cual puede alcanzarse dicho desiderátum en contextos de pluralidad de personas.

Para ello, un óptimo punto de partida lo ofrece la siguiente consideración, cuyo valor inicial es fundamentalmente analítico, a saber: que por autor (en sus diversas modalidades) cabe entender aquella persona a quien resulta imputable a título propio el quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente garantizada. Ahora bien, la «propiedad» de ese hecho no puede descansar en la condición de autor de la persona que lo realiza –ello constituiría una petición de principio–, sino más bien en las razones que justifican que esa persona pueda «contar como» autor de ese hecho. A su vez, para que dicha operación pueda tener lugar, es necesario que asista algún fundamento que permita vincular agencialmente ese hecho con el potencial autor. Por lo tanto, sostener que las modalidades de autoría representan criterios de imputación de un hecho a título propio equivale a sostener que dicha clase de imputación (como toda operación adscriptiva) se encuentra mediada por la aplicación de reglas⁹.

En lo que sigue se ofrecerá un esbozo de la estructura agencial subyacente a las tres modalidades tradicionales de autoría, resaltando en qué medida tales esquemas –en contraste con otros disponibles en la discusión actual– permiten tener por satisfechos los requerimientos que impone el PRHP.

⁹ Con más detalle al respecto, GONZÁLEZ LILLO, D., «Intervención delictiva e injusto imprudente», *RECPC*, núm. 24, 2022, pp. 17 ss.

1. Autoría directa

La autoría individual directa consiste en la estructura más básica y elemental a partir de la cual un hecho delictivo puede imputarse a título propio a una persona.

En cuanto a su fundamento, la imputación de un hecho a título propio bajo la forma de autoría directa reposa simple y autosuficientemente en la circunstancia de que la persona destinataria de dicha imputación lo ha realizado de manera directa e inmediata. Lo anterior significa que la relación agencial susceptible de establecer entre el comportamiento que contará como eventual objeto de imputación y el potencial autor directo no se complementa ni está mediada por la «acción» de alguna otra persona. Nótese que lo anterior no equivale a una reformulación algo heterodoxa de una teoría objetivo-formal, pues, de acuerdo con esta última (en cualquiera de sus variantes), la condición de autor directo de una persona no sería más que una «implicación» del carácter típico de su comportamiento. Por el contrario, según la tesis aquí proyectada, a quien realiza directa e inmediatamente el hecho puede imputarse este a título propio, porque esa forma de actuación ya es suficientemente «indiciaria» de una relación agencial cuyo establecimiento no requiere de fundamentos adicionales. Pero esa persona no contará como autor «porque» su comportamiento sea típico. Del mismo modo, tratándose de delitos resultativos, la tesis recién esbozada tampoco corresponde a una formulación en clave «causalista» de la condición de autor, pues no se trata de fundar agencia por la causación de un evento, sino de averiguar si acaso la causación de un evento es producto de un ejercicio previo de agencia. Y para que esto último sea así, es imprescindible que el (en tal medida) agente haya dispuesto de las capacidades físicas y epistémicas necesarias para evitar la realización de esa acción resultativa (típica).

Este esquema de autoría directa, cuya relación agencial subyacente puede identificarse, por defecto, a partir de la constatación de que ninguna otra persona, además de quien realiza directa e inmediatamente el hecho, viene en consideración como potencial candidata a su imputación, aparece íntimamente ligado al PRHP. Por de pronto, este esquema agencial impone la necesidad de asegurar que aquello que se imputa a una persona, antes que todo, pueda contar como un «hecho». Al interior de un Estado democrático de derecho, objeto de una eventual imputación jurídico-penal únicamente pueden ser la ejecución u omisión de una determinada clase de «acciones», y siempre en el contexto de interacciones «intersubjetivas», exigencia que se traduce no solo en la exclusión de eventos absolutamente inevitables, sino que también de menoscabos

cuyas consecuencias han de alojarse en la esfera de competencia preferente del titular bien jurídico en cuestión. En estos dos últimos escenarios, por lo tanto, técnicamente no cabe hablar de autor, sino que (a lo sumo) de meros causantes. Por su lado, en cuanto al carácter «propio» del hecho que habría de fundamentar una imputación a título de autoría, las proyecciones del PRHP revelan más bien un carácter «negativo», en el específico sentido de que su contenido esencial no se traduce en justificar por qué una persona tendría que responder por sus acciones propias –ello puede tenerse como algo no necesitado de mayor explicación–, sino en que se responde exclusivamente en virtud de esa clase de hechos, con lo cual, entonces, se busca generar un efecto aislante y excluyente respecto de lo realizado por otros¹⁰.

2. Autoría mediata

La autoría mediata se distingue por que la «persona de atrás» –a diferencia del autor directo y de los coautores, y, más bien, de manera similar a un partícipe– realiza un comportamiento que, desde el punto de vista de la descripción típica, representa una acción auxiliar; más concretamente, una acción auxiliar de instrumentalización¹¹. Una acción de esta última clase es la base de imputación en la autoría mediata, mientras que el comportamiento que contará

¹⁰ Un escenario de potencial vulneración del PRHP podría ofrecerlo la concurrencia de autorías paralelas directas a cargo de distintas personas. La objeción podría construirse a partir de la suposición de que, a través de tales autorías paralelas, se imputaría la totalidad del resultado a personas cuyos comportamientos discretos no pueden explicar autónomamente su producción. Sin embargo, una adecuada fundamentación individual de la calidad de autor, bajo contextos de pluralidad de autorías paralelas, no pasa por imputar el comportamiento de los demás –pues, en efecto, no existe una relación fundante de coautoría–, sino por considerar que cada agente, mediante su propio comportamiento, se habrá insertado en un proceso de causación en el que se ha previsto o era previsible que se incluyera también el de otras personas, pero como un factor causal paralelo que no desplazará ni se adosará al suyo. Por lo demás, no debe perderse de vista el hecho de que, en los delitos de resultado puro, el objeto de imputación no está constituido por la producción de un resultado (de manera que el comportamiento de cada autor tenga que explicarlo en su totalidad), sino por la ejecución de un comportamiento susceptible de describir como una acción productiva del mismo (o como la falta de ejecución de una acción impeditiva, en los delitos omisivos). Respecto de esto último, véase solo MAÑALICH RAFFO, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Madrid y otras (Marcial Pons), 2014, pp. 27 ss. En fin, dado que la explicación causal del acaecimiento de un evento involucra siempre un conjunto de condiciones (positivas y negativas), no es necesario que el comportamiento de cada agente explique la totalidad del resultado. En torno a la posibilidad de autorías paralelas directas por imprudencia, véase GONZÁLEZ LILLO, D., «Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente», en Gómez Martín, V. *et al* (dirs.), *LH-Corcoy Bidasolo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 630 ss.

¹¹ Se trata de una acción auxiliar no en el sentido de que favorezca la ejecución de otra, sino porque, al igual que una acción fundante de participación, también se encuentra necesitada de complemento. Véase MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 71 ss., 79 ss.

como eventual objeto de imputación es desplegado por la persona de delante, habitualmente denominada instrumento. De este modo, la estructura de la autoría mediata queda definida por la necesidad de articular un mecanismo agencial que permita «imputar» a alguien un hecho a título propio, pero bajo condiciones en las que no es autoevidente –como sí, generalmente, en la autoría directa– que ese hecho pertenezca a aquella persona.

Lo anterior impone la tarea de fundamentar por qué la responsabilidad penal del autor mediato no colisiona con el PRHP. Antes de presentar la tesis aquí favorecida, conviene registrar cuando menos dos estrategias que, sin embargo, no resultan convincentes para tales efectos.

La primera de aquellas estrategias es la de equiparar la autoría mediata con la autoría directa; o formulado de otro modo: entender que la primera no expresaría más que una variedad fenomenológica de la segunda¹². El punto de apoyo para dicha conclusión lo ofrecería el hecho de que, desde un punto de vista normativo, tanto al autor directo como al autor mediato se imputa la «realización» de un hecho a título propio; esa paridad, supuestamente, tendría que tornar irrelevante el dato de que, tratándose del primero de tales autores, la «ejecución» del hecho tiene lugar por mano propia, mientras que en el segundo, por mano ajena. En consecuencia, desde ese punto de vista, la autoría mediata no ofrecería problema alguno de cara al PRHP, porque tampoco lo suscita la autoría directa. En lo cardinal, esta línea de argumentación coincide con la de quienes asignan un valor puramente declarativo al reconocimiento legal de la autoría mediata¹³.

Pero en contra de dicha aproximación hablan las siguientes consideraciones. En primer lugar, no cabe perder de vista que la persona de delante en la autoría mediata no equivale a un puro accidente empírico, sino que, por el contrario, ella ha de contar como un instrumento «actuante»¹⁴. A diferencia de lo que acontece en la autoría directa, tratándose de una hipótesis de autoría mediata, necesariamente, han de identificarse dos acciones y han de efectuarse dos imputaciones. Pronto se volverá sobre lo anterior; por ahora, en cambio,

¹² Así, JAKOBS, G., *Teoría de la intervención* (trad. Pastor Muñoz), Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2016, pp. 67 ss. En esa dirección, ROBLES PLANAS, R., «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, Núm. 30, 2020, p. 1003, considera que la «denominada ‘autoría mediata’ es la hija predilecta del pensamiento fenomenológico». Asimismo, véase FALCONE, A., «Renacimiento de la accesoriedad estricta», en El Mismo (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*, Madrid y otras (Marcial Pons), 2021, p. 284.

¹³ En tal sentido, suele invocarse el argumento de que el autor mediato también realizaría «por sí mismo» el hecho punible. Al respecto, por ejemplo, FRISTER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Múnich (C. H. Beck), 2015, § 25, nm. 8.

¹⁴ La impropiedad de la autoría mediata en casos de *vis absoluta* es reconocida de manera prácticamente unánime.

interesa reparar en que es la imputación de una acción a la persona de delante lo único que permite explicar por qué, bajo ciertas condiciones, ella también podría llegar a ser penalmente responsable¹⁵. Esto último desde ya se opone a su equiparación con un suceso de la naturaleza. Por otro lado, si la persona de delante fuese reducida a la mera condición de objeto o de medio comisivo tampoco habría forma de justificar por qué no todas, sino que únicamente las actuaciones deficitarias del instrumento son susceptibles de imputar a la persona de atrás, *qua* autor mediato. En definitiva, la tesis arriba sintetizada pasa por alto un aspecto de orden material, que no se deja reducir a un aspecto puramente fenoménico: las razones por las que un hecho puede imputarse a título propio a una persona, vía autoría mediata, son distintas a las que fundamentan su autoría directa. Que el autor mediato tenga que «hacerse cargo» de la acción ejecutada u omitida por otra persona no puede explicarse satisfactoriamente por referencia al dato de que aquel habría «realizado el hecho» a través de otro, pues precisamente de lo que se trata es de ofrecer una respuesta (no redundante) a la pregunta acerca de por qué cabría entender que lo realizado por una persona es, sin embargo, interpretable como la acción de otra.

Una segunda estrategia de cara a compatibilizar la responsabilidad del autor mediato con el PRHP se construye desde una premisa radicalmente opuesta a aquella en la cual descansa la estrategia anterior, esto es, la profunda diferencia estructural que distancia a las autorías directa y mediata. En esa dirección avanza la propuesta teórica impulsada por Volker Haas. Según esta última, mientras la nota distintiva de la autoría directa es que un comportamiento *de facto* propio fundamenta una imputación ordinaria *de iure* de ese hecho (también como propio) al autor, tratándose de una autoría mediata, en cambio, a la «persona de atrás», cuya acción no satisface la correspondiente descripción típica, ha de imputarse extraordinariamente el comportamiento de la persona de delante, como si ella misma lo hubiese ejecutado. De este modo, sería una ficción jurídica la que posibilitaría que el comportamiento ajeno sea imputado extraordinariamente (como *de iure* propio) a quien no lo ha ejecutado directamente, pero «como si» lo hubiese realizado *in persona*¹⁶. Así enten-

¹⁵ Así, por ejemplo, cuando el error de tipo o de prohibición que ha padecido la persona de delante ha sido a su vez evitable para ella. Ciertamente, la posibilidad de que esa persona pueda ser responsable penalmente no es en absoluto pacífica desde el punto de vista del propio principio de responsabilidad. Sin embargo, si se tiene en vista que dicha responsabilidad recaería en un hecho distinto al que se imputa al autor mediato –de manera que la calidad de instrumento de la persona de delante quedaría intacta desde ese otro punto de vista–, deberían desaparecer al menos los reparos conceptuales frente a dicha posibilidad.

¹⁶ Cfr. HAAS, V., «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, Vol. 119, 2007, pp. 542 s.; EL MISMO, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Berlín (Duncker & Humblot), 2008, pp. 80 ss. Por cierto, según Haas, también la coautoría representaría una estructura de imputación extraordinaria, en la medida

dida, la autoría mediata vendría a representar una suerte de excepción legalmente reconocida al PRHP. Como se comprenderá, y en contraste con la expuesta en primer lugar, esta segunda tesis redundante en asignar un carácter constitutivo de la punibilidad a la cláusula legal que reconoce expresamente la autoría mediata como modalidad de autoría.

Sin perjuicio de que la segunda de las tesis sintetizadas asume compromisos teóricos muy distintos a los de la primera, nótese que, en última instancia, también acaba apuntando a una equiparación normativa entre autoría directa y autoría mediata, solo que en virtud de una ficción jurídica destinada a «compensar» el déficit que representaría la falta de realización del hecho por mano propia. Ahora bien, Haas ciertamente tiene razón al subrayar que la responsabilidad penal del autor mediato (como también la del coautor), a contrapelo de la del autor directo, hace necesario invocar un fundamento jurídico adicional. Con todo, la principal debilidad que afecta a su planteamiento es que, llegado un momento, pierde de vista la distinta estructura agencial en que descansan la autoría mediata y la autoría directa. Es precisamente dicha diferencia estructural –de la que Haas está plenamente consciente, como revela el punto de partida de su construcción– la que impide que, bajo sus propios términos, la postulación de una ficción jurídica –destinada a tratar al autor mediato «como si» fuese un autor directo– pueda exhibirse como una estrategia de fundamentación satisfactoria de la responsabilidad penal del primero. Por otro lado, como en seguida se verá, una vez que la acción ejecutada por la persona de delante es trasladada a la persona de atrás, el hecho ya admite ser redescrito como una genuina acción de esta última, cuya única particularidad es la mediación de otra persona. Con otras palabras, en la autoría mediata el hecho solo provisionalmente habría pertenecido a la persona instrumentalizada y, correlativamente, solo en principio habría sido ajeno para la persona de atrás, mas una vez que el hecho puede reconducirse a esta última, este le será propio –bajo la terminología de Haas– tanto *de iure* como *de facto*.

Precisado lo anterior, la tesis que aquí se defiende en torno a la compatibilidad de la autoría mediata con el PRHP reposa en la ya referida distinción entre objeto y base de imputación¹⁷. Como se sabe, desde un plano estructural, la autoría mediata está constituida por dos comportamientos: uno a cargo de la

en que, según su planteamiento, dicha forma de autoría se dejaría reducir a un mandato recíproco (*ibidem*, pp. 112 ss.). En consecuencia, lo que aquí se comentará críticamente en torno a la autoría mediata como estructura de imputación extraordinaria, se hace extensivo también a la tesis según la cual la responsabilidad penal de cada uno de los coautores descansaría en una ficción jurídica que permitiría imputarles extraordinariamente como propio el comportamiento de los demás.

¹⁷ MAÑALICH RAFFO, 2017, p. 34.

persona de atrás, potencial autor mediato, quien ha provocado o actuado sobre el déficit de competencia que padece otra persona, la de delante, potencial instrumento, quien, bajo tales condiciones deficitarias, realiza un comportamiento que en definitiva resultará imputable a la primera de ellas. El comportamiento desplegado por la persona de delante constituye el objeto de una eventual imputación, es decir, aquello que en definitiva se imputará a la persona de atrás, en tanto que autor mediato, mientras que la acción de instrumentalización representa la base de dicha imputación, esto es, la razón en virtud de la cual puede efectuarse un «traslado» en la relación agencial respecto de un comportamiento que provisionalmente pertenecía a la persona instrumentalizada. De aquel traslado en la relación agencial se obtiene una redescrición de lo realizado por ambas personas, lo que conduce a que, para una, no se genere responsabilidad alguna «por ese hecho», mientras que, para la otra, este sí resulte imputable a título propio. En ese sentido, el autor mediato ha de «responder» —en términos de hacerse cargo— de lo realizado por la persona de delante, porque a partir de su comportamiento se deja ofrecer una respuesta acerca de las condiciones (deficitarias) bajo las cuales ha actuado la persona de delante. Como podrá conjeturarse, la distinción nítida entre objeto y base de imputación torna innecesario recurrir a una ficción jurídica merced la cual el autor mediato ejecutaría el comportamiento antinormativo, del mismo modo que tampoco se precisa amplificar el contenido prescriptivo que se deja inferir del respectivo tipo para incluir en él los actos de instrumentalización.

Naturalmente, por razones de espacio no es posible aquí evaluar si acaso el PRHP es compatible con cada una de las hipótesis de autoría mediata que se manejan en el discurso especializado. Sin embargo, sí es pertinente registrar al menos su incompatibilidad con el así llamado dominio de la organización, herramienta que, como se sabe, suele emplearse para fundamentar la autoría mediata del superior jerárquico cuando el ejecutor, a su vez, no padece déficit de responsabilidad alguno. En efecto, dado que la razón en virtud de la cual el comportamiento que *prima facie* pertenece a una persona puede ser trasladado a la esfera agencial de otra reside precisamente en un defecto de responsabilidad que padece la primera, la posibilidad de que la persona de delante sea instrumento (fundando así la responsabilidad de la persona de atrás *qua* autor mediato) y a la vez autor directo en un «mismo hecho» se encuentra conceptualmente excluida¹⁸. Por lo demás, la maniobra consistente en atribuir la ca-

¹⁸ Por supuesto, a esta construcción suele igualmente objetarse que, así concebido, el dominio recaería sobre la organización, mas no sobre el hecho respecto del cual tendría que responder la persona de atrás en tanto que autor mediato, en circunstancias de que la única razón por la que podría llegar a interesar la organización en cuestión es porque a ella pertenece el ejecutor del hecho. Como señala VAN WEEZEL, A.,

lidad de autor mediato a quien ostenta un «dominio sobre la organización» a la que pertenece el ejecutor del hecho acaba invirtiendo los términos bajo los cuales se construye dicha forma de autoría, cuya indagación, sin embargo, no comienza por la constatación de qué es objeto de dominio por parte de una persona (de atrás), sino de qué es aquello de lo cual carece otra persona (de delante), siendo la responsabilidad por dicho déficit lo que podría convertir a la primera de ellas en autor mediato.

3. Coautoría

La coautoría es la tercera de las modalidades tradicionales de autoría. Puesto que en ella necesariamente intervienen dos o más personas, la legitimidad de la responsabilidad penal de cada coautor tampoco es autoevidente a la luz del PRHP. Ese potencial conflicto –que, desde luego, atraviesa a cada posible forma de coautoría– queda paradigmáticamente reflejado en los casos de coautoría con división de labores heterogéneas, donde a cada uno de los coautores resulta imputable a título propio la completa realización del hecho, a pesar de que, aisladamente considerados, sus comportamientos no ejemplifican el supuesto de hecho especificado en el correspondiente tipo de delito.

Para justificar por qué cada coautor puede responder del hecho en su totalidad, y no solamente por el fragmento realizado de manera individual, la herramienta de análisis más extendida la ofrece el principio de imputación recíproca. Dicho principio designa la posibilidad de atribuir a cada coautor las contribuciones prestadas por los demás, como si él mismo las hubiese realizado¹⁹. A la simplicidad operativa de este principio acompañaría la ventaja adicional de explicitar su diferencia estructural con la accesoriedad: mientras esta última opera en forma unidireccional, el principio de imputación recíproca operaría de manera bidireccional o multidireccional (según el número de coautores).

Ahora bien, no por gozar del respaldo de la doctrina mayoritaria el principio de imputación recíproca está exento de críticas. Por ejemplo, se ha obje-

«Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva», *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. 1, 2012, p. 151, el dominio organizacional recae (nada más que) sobre «una parte del contexto en el cual el hecho es realizado en forma completa por otro sujeto autorresponsable». De ahí que pueda decirse que, bajo sus propios términos, esta teoría no logra explicar cómo puede ser autor mediato quien, sin embargo, suelta las riendas del suceso en otro que ostenta un pleno dominio de la acción.

¹⁹ En general, sobre este principio en la dogmática española, véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pp. 82 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, 15/2. En la doctrina alemana, véase ya KÜPPER, W., *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, Heidelberg (Decker), 1978, pp. 17 ss.

tado que, dado que las personas solo responden jurídico-penalmente de sus propios actos, la idea de una imputación recíproca vulnera exigencias relacionadas tanto con el principio de culpabilidad como con el de responsabilidad por hechos propios²⁰. Objeciones de esta índole suelen replicarse con el argumento de que es la presencia de un acuerdo mutuo o de una resolución conjunta lo que legitimaría que a cada coautor se impute las prestaciones del resto. Con todo, frente a lo anterior todavía cabría reparar en que, aun cuando se asumiera como premisa la necesidad de un vínculo intersubjetivo entre los coautores –y hay buenas razones para considerar que dicha exigencia es pertinente–, por sí misma, aquella circunstancia no eliminaría una potencial afectación del PRHP, pues el mero acuerdo no tiene la virtud de convertir acciones ajenas en acciones propias²¹.

Así y todo, la crítica que aquí cabe formular contra el principio de imputación recíproca es más bien de índole estructural. En efecto, dicho principio guía a la suposición de que cada coautor respondería por tantos hechos como número de cointervinientes. Si, por ejemplo, *A* se apodera de la cartera de *C*, mientras este es intimidado por *B*, la aplicación del principio de imputación recíproca conduce a la conclusión de que *A* tendría que responder tanto por el apoderamiento, que realiza de propia mano, como por el acto coercitivo de *B*, que le sería imputado como propio. Sin embargo, en un caso prototípico como el ilustrado sería más bien extravagante sostener que *A* responde por dos hechos; por el contrario, más preciso pareciera afirmar que a cada coautor se imputa una acción conjunta; aquí, un (solo) robo. Pues bien, el ejemplo anterior permite identificar un problema de fondo que aqueja al principio de imputación recíproca: expresar una comprensión reduccionista de la coautoría, entendiendo por tal toda aquella que intenta extrapolar a esta la estructura de la autoría directa. Semejante tendencia puede observarse en varias teorías que, a pesar de utilizar distintos criterios a la hora de delimitar los actos de coautoría frente a los de participación, exhiben como rasgo común el hecho de razonar los presupuestos constructivos de la responsabilidad del coautor teniendo en vista los que se exigirían para un autor individual²².

²⁰ FREUND, G./ROSTALSKI, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 3.ª ed., Berlín-Heidelberg (Springer), § 10, nm. 154, 156; PUPPE, I., «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 2013, p. 521.

²¹ Extremo que, dicho sea de paso, es crucial tener en vista a la hora de abordar el argumento en torno al exceso de un (co)autor.

²² Así, paradigmáticamente, las teorías objetivo-formales, pero también, por ejemplo, aquella que entiende que la coautoría es el resultado de una combinación de los elementos de la autoría directa y de la autoría mediata. Una clara proyección de las consecuencias que se siguen de asumir una visión reduccionista, colectivista o unificadora en torno a los aportes constitutivos de coautoría lo representa el debate

La comprensión reduccionista recién descrita suele ser expresión de una sospecha en orden a que la responsabilidad por acciones conjuntas, en sí misma, descansaría en una anomalía, a saber: en la de que el coautor no estaría respondiendo por hechos totalmente propios. Como una alternativa frente a lo anterior, el principio de imputación recíproca acaba fijando como centro de imputación el comportamiento de cada coagente, al cual se agregan (como si fuesen propias) las contribuciones del resto; dicha maniobra, sin embargo, pasa por alto que el objeto de imputación en la coautoría está constituido por un comportamiento conjunto, no por una agregación de acciones individuales.

Para fundamentar el carácter compartido de la fuente de responsabilidad de los coautores, un grupo de aproximaciones totalmente opuestas, que cabría rotular aquí de colectivistas, recurren a la unidad del agente del delito. En ese sentido discurre la teoría del sujeto colectivo, que encuentra orígenes remotos en la teoría del complot, proveniente del derecho común²³. En la discusión contemporánea es posible apreciar una suerte de renacimiento de las teorías del sujeto colectivo. Así, por ejemplo, bajo la tesis patrocinada por Joerden, el complejo de coautores actuantes en división del trabajo puede ser comprendido como un colectivo que actúa como una y la misma persona²⁴. En una vena similar, Renzikowski presenta a la coautoría como una «comunidad de personas» (*Personengemeinschaft*) a quien resulta imputable la obra conjunta como un todo unitario²⁵. Si bien es verdad que el punto de partida de cada juicio de imputación es la voluntad libre –afirma Renzikowski–, ello no excluye la responsabilidad de un colectivo, si «varios individuos a través de una convergencia de voluntades pueden constituir una *persona moralis*»²⁶.

El rechazo a un sujeto plural constituye, salvando excepciones, un lugar común en la dogmática de la intervención delictiva. Ello no ha de sorprender: la sola imposibilidad de algo así como una responsabilidad solidaria en derecho penal tendría que despachar sin más trámite esta clase de planteamientos. Sin embargo, en procura de no incurrir en la falacia del «muñeco de paja», es necesario desprenderse de la caricatura mostrenca del sujeto global cual si se

acerca de la exigencia o no de intervención en fase ejecutiva, así como el relativo a la causalidad del aporte de cada uno de los coautores.

²³ Al respecto, véase HAAS, 2008, pp. 116 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires (B de F), 2015, pp. 168, 199.

²⁴ JOERDEN, J., «Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven», en Kaufmann, M./Renzikowski, J. (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M. (Peter Lang), 2004, p. 137.

²⁵ RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen (Mohr Siebeck), 1997, p. 101.

²⁶ RENZIKOWSKI, J., «Die fahrlässige Mittäterschaft», *ZIS*, Núm. 2, 2021, p. 95.

tratase de una entidad en sentido biológico. Más bien, se trata de una hipóstasis destinada a hacer operativo el principio de imputación recíproca, pero de una forma tal que justamente no resulte contrario al principio de responsabilidad por el propio hecho. Esto explica que Joerden insista en que el comportamiento de cada uno de los individuos se comunica con el de la «persona colectiva» y es a través de esta que, simultáneamente, quedan ligados con el comportamiento de los demás coautores²⁷.

Con todo, el principal problema que afecta a esta última comprensión de la estructura de la coautoría es que subsiste el interrogante de por qué «tener que» construir un sujeto global al cual referenciar la acción conjunta, pues este sujeto pasaría a ser parte del *explanandum* (fenómeno a explicar) y no del *explanans* (explicación del fenómeno) de la coautoría. En consecuencia, no se ofrece una razón por la cual –más allá de su composición orgánica– lo realizado por dicho colectivo habría de ser imputado a sus miembros. Por otro lado, la tesis del sujeto global tampoco tiene suficientemente en cuenta la diferencia entre una instancia de agencia compartida y otra de agencia colectiva. En la primera de ellas existe una acción conjunta cuya titularidad es compartida por dos o más personas; en la segunda, en cambio, el titular de la relación de agencia es una sola entidad, de manera que las partes que la integran vendrán en consideración de manera secundaria y derivativa. Por esto, cuando en el contexto de la coautoría se discurre en torno de un sujeto global que realizaría el respectivo comportamiento típico, de manera implícita, se está significando que originariamente el artífice del hecho sería la entidad colectiva, y que, sin embargo, habida cuenta de su carácter ficticio, o bien de que no está disponible la posibilidad de dirigir directamente a ella la responsabilidad resultante, no quedaría más remedio que reconducir dicha responsabilidad a sus miembros.

Por último, una tercera alternativa de compatibilizar la responsabilidad penal de los coautores con el PRHP consiste en subrayar el carácter conjunto no del agente, sino del comportamiento que será objeto de una eventual imputación a título de coautoría.

Como se comentó a propósito del principio de imputación recíproca, a los coautores no se les atribuye el comportamiento de sus compañeros como si fuesen propios. Ahora bien, dicha apreciación crítica no debe conducir a pretender que la articulación interna de la coautoría, en efecto, presupone tanto relacionar recíprocamente el comportamiento de los coagentes como también efectuar una operación de imputación. El punto es que ello no constituye, literalmente, una imputación recíproca, pues se trata de dos niveles de análisis

²⁷ JOERDEN, 2004, p. 139.

distintos. En efecto, en un primer nivel es necesario que los aportes prestados por los (todavía eventuales) coautores sean contemplados, por de pronto, como comportamientos discretos, para devenir unificados solo en la medida en que queden apropiadamente sometidos a un esquema común de convergencia (intencional y objetiva) que permita, en un segundo nivel, imputar el evento en cuestión como una acción conjunta.

Para esto último conviene tener en cuenta que las acciones individuales constitutivas de una acción conjunta son siempre susceptibles tanto de una lectura distributiva como de una lectura unificadora²⁸. Bajo la primera de ellas son contempladas como acciones estrictamente individuales (por ejemplo, golpear a un tercero o sustraer una cosa mueble ajena); bajo la segunda, en cambio, se presentan como «partes-componentes-de-una-acción-conjunta» (v. gr., ejercer violencia como parte de un robo). En lo que aquí interesa, dicha diferencia es crucial, pues la lectura unificadora permite identificar dos hechos relevantes: el objeto (común) de imputación, que es la acción u omisión conjunta constituida a partir de la unificación de las contribuciones prestadas por cada cointerviniente, y la base (individual) que fundamenta que dicho objeto, representado por el quebrantamiento conjunto de una norma jurídico-penalmente reforzada, pueda imputarse a cada coautor a título propio. Que a través de esta visión «unificadora» del objeto de imputación se resguarde dicho principio quizá constituya una paradoja, mas no una contradicción, ya que las acciones conjuntas también son acciones propias (con todo lo que esto implica).

Esta forma de articular la estructura interna de la coautoría, que aquí solo ha podido ser esbozada, permite conciliar dos extremos fundamentales: por un lado, el carácter irreductible y constitutivo de los presupuestos de la coautoría, que no han de ser razonados como una agregación de autorías directas, y, por otro, su compatibilidad con el PRHP, sobre la base de que la acción u omisión conjunta en que descansa la coautoría constituye una fuente compartida de responsabilidad individual.

III. INTERVENCIÓN ACCESORIA Y PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

Si la compatibilidad del PRHP con la responsabilidad penal de dos o más personas por un mismo hecho delictivo es potencialmente conflictiva cuando lo ejecutado u omitido por ellas es interpretable como una acción u omisión

²⁸ Fundamental, LUDWIG, K., *From Individual to Plural Agency*, Oxford (OUP), 2016, pp. 135 ss.

conjunta, mucho más lo será en contextos en que los comportamientos discretos de los intervinientes no admiten ser unificados en una sola acción u omisión, por encontrarse sometidos a una relación normativa menos vinculante, como es la accesoriedad. Pues bien, esa menor densidad normativa de la accesoriedad –dada por el carácter unidireccional de la imputación que tiene lugar a través suyo: el comportamiento del autor al partícipe, pero no a la inversa–, ciertamente, supone un desafío superior a la hora de conciliar la responsabilidad penal de los partícipes con el PRHP, lo que sin embargo no significa que aquella tenga que ser vista inexorablemente como una excepción del segundo. En lo que sigue se enunciarán solo algunas (de las varias) vías disponibles para efectos de compatibilizar ambos argumentos, previo a presentar la tesis que aquí se defiende al respecto.

Una primera alternativa se erige sobre la afirmación de un injusto autónomo a cargo del partícipe. Aunque desde lineamientos teóricos que pueden distar bastante entre sí, un primer grupo de planteamientos comparte el hecho de fundamentar la responsabilidad penal del partícipe en la infracción de una norma de comportamiento propia. De este modo, a diferencia del autor, el partícipe quebrantaría una norma cuyo contenido básicamente consistiría en la prohibición –por razones que pueden variar de acuerdo con cada propuesta– de realizar acciones de favorecimiento o de colaboración en hechos delictivos ajenos²⁹. Contra este grupo de teorías, que acaban representando variantes de la antigua doctrina del «delito de participación», cabría en primer lugar objetar su ineficacia en cuanto al objetivo perseguido. Pues, si se trata de resguardar el carácter propio de la responsabilidad penal que pesa sobre el partícipe, la postulación de un injusto autónomo, que aísla su comportamiento con respecto al del autor por la vía de negar la correspondiente relación de intervención delictiva, deja incompleta la explicación del castigo de dicha persona. Con otras palabras, hacer del comportamiento del partícipe un injusto autónomo no solo invierte los roles –y torna en potencial partícipe en ese «segundo hecho delictivo» al autor del hecho principal–, sino que pierde de vista el objeto de referencia de ese supuesto injusto propio. Por lo demás, en vez de asegurar la personalidad de la responsabilidad penal, el contenido de una norma semejante termina siendo deónticamente más exigente que el dirigido a los intervinientes principales, lo que puede representar una contradicción axiológica³⁰.

²⁹ Para una exposición y ponderación crítica, véase por todos ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General* (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/de Vicente Remesal), t. II, Madrid (Civitas), 2014, § 26, nm. 12.

³⁰ En ese sentido, críticamente también, ROBLES PLANAS, 2003, p. 136.

Ahora bien, la presentación del injusto del partícipe no como autónomo, sino como uno integrado en un hecho colectivo que pertenecería a cada uno de los intervinientes, tampoco representa una alternativa óptima³¹. Desde luego, la posibilidad de una coautoría entre dos o más personas muestra que es enteramente factible hablar de un «injusto común», pero ocurre que no toda relación de intervención delictiva asume dicha estructura, pues la sola intervención de una pluralidad de agentes carece de la virtualidad de convertir al conjunto de comportamientos en cuestión automáticamente en una «obra colectiva».

Un segundo grupo de teorías –probablemente todavía dominantes en la discusión actual– intenta fundamentar el castigo del partícipe identificando en él una lesión «indirecta», «mediata» o «accesoria» del respectivo bien jurídico, en comparación con el ataque «directo», «inmediato» o «principal» representado por el comportamiento del autor. De este modo, y en vista de su dependencia del injusto del autor, el del partícipe sería un «injusto en parte propio y en parte ajeno»³². Sin embargo, frente al eclecticismo que caracteriza a este híbrido grupo de teorías, como ya lo advirtiera Bloy, se impone una reconvencción metodológica: las tesis intermedias no pueden ser sintéticas, como pretenden, si emprenden la labor de reunir aditivamente dos elementos tan heterogéneos como son las ideas de un injusto autónomo y otro de carácter ajeno³³. Por lo demás, las referencias a un ataque indirecto, mediato o accesorio no pasan de ser reformulaciones de un dato con el cual ya se cuenta: que el comportamiento del partícipe ha de ser puesto en conexión con el del autor.

A partir de lo que cabría considerar una variante de aquel segundo grupo de teorías, un sector doctrinal invoca la realización de un «tipo dependiente, pero propio» a cargo del partícipe. Dicho tipo podría construirse mediante la combinación de los preceptos de la parte general, relativos a la participación, con los correspondientes tipos de la parte especial, referidos al autor³⁴. En este

³¹ Destacan en ese sentido los conocidos aportes de Jakobs, Lesch, van Weezel y Robles Planas. Para una exposición de tales planteamientos, véase VACCHELLI, E., *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoria*, Barcelona (Atelier), 2020, pp. 69 ss.

³² Sobre la teoría del ataque accesorio al bien jurídico y sus diversas variantes, véase, por ejemplo, ROXIN, 2014, § 26, nm. 11; FRISTER, 2015, § 25, nm. 28; SCHÜNEMANN, B./GRECO, L., «Vorbemerkungen zu den §§ 26, 27», en Murmann, U. *et al.* (coords.), *LK-StGB*, 13.ª ed., Berlín (De Gruyter), 2021, nm. 7 y 18. Para el estado de la cuestión en la discusión hispanoparlante, véase CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 220 ss.

³³ BLOY, R., *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín (Duncker & Humblot), 1985, pp. 253 s. Críticamente asimismo ROBLES PLANAS, 2003, pp. 132 s.

³⁴ MIR PUIG, 2016, 15/27; OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid (Edersa), 1999, p. 381.

caso, sin embargo, la dificultad reside en el contenido proposicional asignado a la norma que se dejaría inferir a partir de tales tipos, ya que, amén de dependientes o subordinados a un «tipo principal», esos «tipos de participación» serían tipos incompletos. Pues los destinatarios de tales normas inicialmente solo conocerían una parte de «lo prohibido» –v. gr.: «no cooperar a la realización de un hecho delictivo»; «no inducir a otro a realizar un hecho delictivo»–, estando a cargo de aquellos, por tanto, no solo la tarea de concretar a partir de esa norma un específico deber de acción o de abstención, sino ya la de complementar su contenido prescriptivo, de acuerdo con el específico hecho delictivo cuya realización, situacionalmente, podrían estar en condiciones de favorecer. Ahora bien, más allá de lo anterior, el principal defecto que adolece dicha tesis es que la postulación de un tipo (dependiente) cuya realización estaría a cargo del partícipe se vuelve innecesaria una vez que se advierte que la función de las modalidades de intervención delictiva no es establecer qué es aquello que se encuentra (o no) prohibido, sino los títulos con arreglo a los cuales puede imputarse un comportamiento prohibido³⁵.

De acuerdo con la tesis aquí acogida, y que en este contexto únicamente podrá quedar esbozada, la responsabilidad penal del partícipe descansa en la realización de una acción auxiliar y, más precisamente, de una acción preparatoria de un hecho delictivo ajeno. Este atributo no se erige sobre la base de una propiedad de orden temporal, sino más bien de índole práctica³⁶. Lo anterior se debe a que el comportamiento de un potencial partícipe representa para el autor la superación de un déficit de cara a la ejecución u omisión de una acción principal; dicho déficit, a su vez, puede estar representado por la carencia, de parte del potencial autor, de una razón para ejecutar u omitir la acción en cuestión, o bien por limitaciones en su capacidad para materializar la intención de ejecutar u omitir dicha acción. Permitiendo superar el primero de tales déficits, el inductor suministra al autor una razón motivacionalmente eficaz, mientras que el cómplice –incluyendo en dicha categoría al cooperador necesario– po-

³⁵ Críticamente, ya FINCKE, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín (Schweitzer Verlag), 1975, pp. 32, 61 ss., 90. Dada la «ceguera material» que caracteriza a las reglas de imputación previstas en la parte general, que no están referidas a bienes jurídicos en particular, como señalara Fincke, no es técnicamente apropiado el discurso en torno a «tipos de participación».

³⁶ Para el tratamiento de las formas de participación como acciones preparatorias, véase ya BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1906, pp. 344 ss., si bien poniendo el acento en el factor temporal. Desde una perspectiva de teoría de la acción, como la que aquí se favorece, véase VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín (Duncker & Humblot), 1993, pp. 74 ss.; MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 71 ss.

sibilita o mejora de manera no trivial las condiciones materiales o intelectuales para que el potencial autor despliegue dicha acción³⁷.

Desde un plano normológico, la tesis recién presentada apareja una consecuencia (solo) aparentemente incompatible con el PRHP: la de que el comportamiento del partícipe no sea antinormativo³⁸. Como notara ya Vogel, acaso podría parecer irritante terminológicamente que las formas de participación no constituyan comportamientos antinormativos, empero, exactamente es ese el sentido de la accesoriedad³⁹. Ahora bien, lo que impide que la responsabilidad penal del partícipe colisione con el PRHP es precisamente una nítida diferenciación entre objeto y base de imputación: mientras que el objeto de imputación –esto es, el comportamiento que cuenta como el quebrantamiento de una norma de comportamiento– únicamente puede imputarse como propio al autor (o a los coautores), la base que sustenta la imputación de ese hecho al partícipe es estrictamente individual, y descansa en el efecto de favorecimiento que su comportamiento produce en el de aquel (o aquellos).

Como fuese sugerido al inicio de este trabajo, la razón de ser del PRHP no reside en el carácter antinormativo que tendrían que exhibir los comportamientos que dan lugar a la responsabilidad penal de una persona, sino que, ya antes, en la «propiedad» de los hechos que la fundamentan. Por lo tanto, esto último no queda condicionado por la relación bajo la cual se encuentra el comportamiento de una persona frente a una determinada norma, sino por la relación bajo la cual podría llegar a encontrarse de cara al comportamiento de otra u otras. De ahí que la suposición de que el carácter propio de la responsabilidad penal del partícipe depende de la antinormatividad de su comportamiento termine representando un *non sequitur*. En aras de resguardar el PRHP, la estrategia de multiplicar injustos no es útil, pues de lo que se trata en último término es de impedir que alguna persona tenga que «hacerse cargo de» –en términos de «responder por»– hechos (ajenos) respecto de los cuales carece de una capacidad de ofrecer respuestas apropiadas –siendo el caso que tal capacidad, por regla general, la ostentan solo quienes han ejecutado u omitido dichos comportamientos–, al margen de si aquellos hechos representan en sí mismos el quebrantamiento autónomo de una norma de comportamiento. De este modo, el PRHP no se ve realizado si al partícipe se imputa como propio el quebrantamiento de una norma de comportamiento que ha tenido lugar a raíz de la acción de otro u otros, ni tampoco cuando se le imputa como propio el quebrantamien-

³⁷ Cfr. KINDHÄUSER, U., *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Baden Baden (Nomos), 2021, p. 1300.

³⁸ ASÍ, MAÑALICH RAFFO, 2014, p. 87; KINDHÄUSER, 2021, p. 1284.

³⁹ VOGEL, 1993, p. 85, nota 146.

to de una supuesta norma autónoma que acaba distanciándolo del hecho en el que interviene, sino solo si se satisfacen las condiciones para que este último hecho pueda imputarse como ajeno –porque no pertenece– al partícipe vía accesoriedad. Ahora bien, el carácter indirecto del vínculo del partícipe con la norma de comportamiento quebrantada por el autor no debe hacer perder de vista que, una vez satisfechas las condiciones impuestas por las dimensiones interna y externa de la accesoriedad, en cambio, el partícipe se encontrará ligado directamente a la «norma de sanción» que constituye su castigo.

De lo anterior se sigue que la polémica profunda relativa a la compatibilidad de la responsabilidad penal del partícipe con el PRHP no tiene que ver con las propiedades de su comportamiento de cara a una determinada norma de comportamiento, sino más bien con la siguiente pregunta: ¿lo realizado por el partícipe adquiere relevancia jurídico-penal «recién» y «solamente» a raíz del comportamiento de otra persona? O de manera más incisiva: ¿la responsabilidad penal del partícipe depende de un comportamiento ajeno del cual carece de control?

Para responder los interrogantes anteriores cabe partir de la siguiente consideración, que no por evidente deja de ser relevante. A pesar de desplegar una acción auxiliar que por sí misma no satisface el supuesto de hecho especificado en el correspondiente tipo de delito, el partícipe no es un autor mediato. La falta de control respecto del comportamiento de uno o más intervinientes principales es un presupuesto de la responsabilidad accesoria del partícipe, lo que ocasionalmente queda reflejado en una inferior penalidad, como, en todo caso, en las restricciones que impone el principio de accesoriedad. En ese sentido, que el partícipe ciertamente carezca de control con respecto al comportamiento de un autor individual o de dos o más coautores, en sí misma, no es una circunstancia anómala. Más bien, la anomalía consistiría en imputar al partícipe, en tanto que propio, un comportamiento ajeno que ha sido ejecutado de manera plenamente responsable por otro. Imagínese, por ejemplo, que *A* compra y acto seguido facilita a *B* un arma de fuego con la cual este efectúa un disparo en contra de *C*, estando al tanto de que por dicha vía podría condicionar la muerte de *C*, y habiendo dispuesto (*B*) de la capacidad física de abstenerse de hacerlo. Bajo un esquema diferenciador de intervención delictiva, difícilmente el comportamiento ejecutado por *B*, que satisface el tipo de homicidio, podrá imputarse a *A* a título propio. Lo importante, en un caso como el ilustrado, es no pasar por alto que *A*, pese a que ciertamente carece de control con respecto a la acción ejecutada por *B*, puede controlar el comportamiento que fungirá como base para el surgimiento de su responsabilidad (accesoria),

esto es, comprar y suministrar a *B* un medio comisivo idóneo del que, hasta ese momento, *B* carecía⁴⁰.

Pero el razonamiento anterior aún no permitiría dar por resuelto «todo» el problema. Pues, en efecto, todavía podría replicarse que, bajo circunstancias como las antes descritas, *A* quedaría, por así decirlo, «entregado a la voluntad de otro», *B*, en tanto en cuanto sería un comportamiento de este último el que, en definitiva, determinaría si surge o no responsabilidad penal para el primero de ellos. Una confirmación de tal conjetura pareciera ofrecerla el hecho de que *A* no cargaría con responsabilidad penal alguna, al menos no en tanto que partícipe de un homicidio, si es que *B*, de manera distinta a lo efectivamente ocurrido, no hubiese utilizado dicha arma para disparar con ella a *C*. Es precisamente esta poderosa intuición la que subyace a los distintos planteamientos tendencialmente proclives a la afirmación de un «delito de participación»: castigar a una persona exclusivamente por lo que depende de ella⁴¹.

Pues bien, para neutralizar la perplejidad que de cara al PRHP podría suscitar la posibilidad de que el comportamiento de una persona se vuelva jurídico-penalmente relevante «solo» en virtud de lo realizado por otra, es crucial tener en vista que nada de misterioso hay en que una acción, después de ejecutada, pueda llegar a ser redescrita de múltiples y distintas formas a partir del desarrollo de eventos ulteriores⁴². Y esto último se corresponde plenamente también con el hecho de que por acción auxiliar (de favorecimiento) cabe entender aquella que produce una situación en la que se hace posible o se mejora la posibilidad de ejecutar una acción principal; luego, la primera exhibirá la propiedad de ser auxiliar específicamente «para» esa segunda acción⁴³. Clarificado lo anterior, la significación jurídico-penal del comportamiento ejecutado en t_1 (por un potencial partícipe), en sentido estricto, no depende de que en t_2 se ejecute un comportamiento a cargo de otro (como potencial autor), sino de que, «como tal», tenga lugar dicha acción principal, de manera que ella

⁴⁰ Acertadamente, STIMESTER, A., *Fundamentals of Criminal Law*, Oxford (OUP), 2021, pp. 155 ss.

⁴¹ En el contexto de la filosofía moral y jurídica angloamericana, es aquella la senda que recorren ciertos trabajos donde se cuestiona frontalmente la legitimidad de las formas de responsabilidad accesoria en contextos de intervención múltiple (*Complicity*), hasta el punto de que algunos sugieren su abandono. Cfr. KAISERMAN, A., «Against Accomplice Liability», en Gardner, John *et al.* (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 4, Oxford (OUP), 2022, pp. 126 ss.; HUSAK, D., «Abetting a Crime», *Law and Philosophy*, Vol. 33, 2014, pp. 50 ss., 66 ss., aunque advirtiendo igualmente los problemas prácticos que desde el punto de vista del derecho positivo involucra la postulación de (en ese caso) múltiples delitos autónomos de inducción. En el debate hispanoparlante, una comprensión del fundamento del castigo del partícipe diseñada sobre la base de una aversión fuerte al azar puede revisarse ya en SANCINETTI, 1997, pp. 57 ss., especialmente, pp. 82 s.

⁴² ANSCOMBE, G. E. M., «Under a Description», *Noûs*, Vol. 13, 1979, p. 228.

⁴³ BRENNENSTUHL, W., «Ziele der Handlungslogik», en Lenk, H. (ed.), *Handlungstheorien interdisziplinär I*, Múnich (Wilhelm Fink), 1980, p. 60.

permita redescubrir el comportamiento ejecutado en t_1 como auxiliar respecto de otro que pudiera contar como el quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada. Dicho de otra manera, no es que el comportamiento ejecutado en t_1 adquiera relevancia solamente por lo acontecido en t_2 , sino que es a la luz de lo ocurrido en t_2 que acaba actualizándose una propiedad potencial del comportamiento ejecutado en t_1 .

Dado que del comportamiento ejecutado por A en t_1 también podría predicarse un carácter auxiliar si, en lugar de B , hubiese sido el mismo A quien acabara disparando con esa arma de fuego a C –constituyendo aquello un acto preparatorio de un hecho propio posterior–, podrá advertirse que la circunstancia de que sea un tercero quien ejecuta la acción principal en t_2 representa un elemento exógeno al juicio que conduce a la afirmación de aquella propiedad auxiliar⁴⁴. Por supuesto, no por exógeno dicho factor pasa a ser irrelevante. Los casos de participación punible añaden la particularidad de que, en virtud de la falta de identidad de los agentes involucrados –lo que, por cierto, los distingue estructuralmente de una instancia de *actio libera in causa*–, quien ejecuta la acción principal en t_2 podría dar un uso inesperado a la acción auxiliar ejecutada en t_1 por otra persona⁴⁵. Pero, de nuevo, dicha circunstancia, por sí misma, no descarta la capacidad de control de quien ejecuta esa acción po-

⁴⁴ Por esto, como advierte JOERDEN, J., *Logik im Recht*, 3.ª ed., Berlín (Springer), 2010, p. 242, junto con acciones fundantes de complicidad, es enteramente factible hablar de acciones de autoayuda (*Selbsthilfe*). Por referencia a actos de autofavorecimiento, véase también SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: la *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento», en Díaz y García Conlledo, M. *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, p. 1124.

⁴⁵ Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, 2020, pp. 1125 ss., ha defendido la tesis según la cual la *actio praecedens* es una cooperación al hecho propio posterior. Al respecto cabe notar que, en efecto, tanto las acciones fundantes de participación como la *actio praecedens*, en el contexto de la *actio libera in causa*, no constituyen el objeto de imputación, sino un fundamento para que un comportamiento que tiene lugar en t_2 sea imputable a una persona. Pero la diferencia crucial es que las respectivas bases de imputación no son idénticas; más bien, operan en una dirección opuesta. Pues mientras que el partícipe mejora las capacidades del autor para ejecutar (u omitir) una acción, eliminando o compensando posibles déficits, la *actio praecedens*, por el contrario, genera un déficit en las capacidades del agente que interviene en t_2 (agente que puede ser tanto un autor como un partícipe, dependiendo de qué es lo que realice en t_2). Es precisamente por lo anterior que –y a diferencia de un autor mediato– al partícipe (solo) puede imputarse lo realizado por el autor como un hecho ajeno, en circunstancias de que en los casos de *actio libera in causa* es la acción libre (ejecutada en t_1) la que suministra un fundamento para que el comportamiento ejecutado en t_2 , a pesar del déficit que actualmente padece quien lo realiza, sin embargo, siga siendo imputable como propio a dicha persona (de nuevo, con independencia del título de intervención delictiva que resulte aplicable, pues nada obsta a que lo ejecutado en t_2 represente un acto constitutivo de participación, en vez de un comportamiento fundante de autoría). Para verificar el distinto nivel en que inciden ambos argumentos imagínese el caso de una persona que se autointoxica para posteriormente, bajo dicho estado de incapacidad, favorecer un hecho delictivo ajeno: en un tal escenario, la acción auxiliar explicará por qué un hecho delictivo a cargo de otro podría imputarse a dicha persona a título de participación, mientras que la auto-intoxicación explicará por qué, a pesar de que ese agente carecía de las capacidades actuales para abstenerse de prestar dicha contribución auxiliar, esta se le podría imputar extraordinariamente.

tencialmente auxiliar en t_1 ; en el ejemplo anterior: A. Más bien, lo fundamental –como acertadamente ha advertido French– es subrayar que si se atribuirá responsabilidad penal a A en virtud de un cambio que ha experimentado su comportamiento en t_2 (una adscripción diacrónica de responsabilidad), dicha imputación necesariamente habrá de encontrar apoyo en lo realizado por A en t_1 (una adscripción sincrónica de responsabilidad), pues es en dicho instante en que A habría podido disponer de algún grado de control respecto de «su propio comportamiento»⁴⁶. En consecuencia, A tendría que haber sido capaz de advertir y evitar físicamente en t_1 las consecuencias ulteriores que su comportamiento podría llegar a producir en el de otro u otros en t_2 .

Así las cosas, que el potencial partícipe se haya representado la conexión funcional entre su comportamiento y el hecho delictivo perpetrado por otro, que dicha conexión no haya sido prevista, siendo sin embargo previsible para aquella persona, o bien que el favorecimiento prestado haya resultado absolutamente inevitable, son cuestiones de las que depende una eventual imputación subjetiva del hecho a título de participación. De lo anterior cabe concluir que no todo aquello que escapa del control inmediato de un agente, en tanto que potencial partícipe en el hecho delictivo a cargo de otro, se deja reducir al azar: quien se encontraba al tanto de que un comportamiento suyo podría llegar a favorecer a otro en la realización de una instancia de comportamiento típico, o al menos estuvo en condiciones de preverlo e impedirlo, no es alguien que pueda reclamar para sí la calidad de afectado por una «suerte resultativa». Pues aun cuando esa persona no puede controlar si aquel «resultado», designado por la acción principal ejecutada por un tercero, llegará o no a tener lugar, sí puede controlar que sea en virtud de una acción suya que resulte favorecida la ejecución de aquella otra acción⁴⁷. Por el contrario, en los supuestos en que tal efecto de favorecimiento deviene imprevisible o inevitable para el agente en cuestión, bajo esas singulares circunstancias, su eventual utilización por parte de otro sí admitirá ser entendida como una cuestión entregada al azar, excluyendo con ello la imputación de ese hecho (a título de participación) al primero.

⁴⁶ Cfr. FRENCH, P., «Complicity: That Moral Monster, Troubling Matters», *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 10, 2016, pp. 579 ss., quien, sin embargo, termina concluyendo (*ibidem*, p. 588) que la complicidad siempre sería un asunto de azar resultativo.

⁴⁷ En este contexto, registra también la (relativa) incidencia del azar, LUDWIG, K., *From Individual to Plural Agency*, vol. 1, Oxford (OUP), 2016, p. 179, a propósito de casos en que una persona no realiza una acción con la intención de «ayudar» a otra, lo que, sin embargo, termina haciendo por «mala suerte e incompetencia». De cara a la viabilidad de una potencial instancia de participación por imprudencia, lo fundamental es que, de haber adoptado alguna medida de cuidado al respecto, esa persona hubiese estado en condiciones de evitar –para el caso habérselo propuesto– contribuir con dicha prestación auxiliar. Cfr. GONZÁLEZ LILLO, 2022, pp. 37 s.

IV. COROLARIO

Las formas de autoría y de intervención accesoria no se diferencian desde el punto de vista del objeto de una posible imputación jurídico-penal –esto es, el quebrantamiento de una determinada norma de comportamiento–, sino en función de la base agencial que las fundamenta y de la diferente estructura de imputación que posibilitan: atribuir un hecho a título propio o bien a título de participación. Esta última aproximación presenta la ventaja de hacer explícito que tales categorías están referidas precisamente a la intervención de dos o más personas en «un mismo hecho» delictivo, pero de una manera tal que resulte compatible con el PRHP. Esto último se logra a partir de un análisis particular de las respectivas bases de imputación, las cuales fundamentan de manera individual la responsabilidad por un comportamiento que es objeto común de imputación. La singular clase de relación (directa o indirecta) susceptible de establecer entre el objeto y las respectivas bases de imputación permite que, a nivel estructural, pueda diferenciarse entre modalidades de autoría y modalidades de intervención accesoria. En el primer caso, la imputación de un hecho a título propio se fundará en la relación agencial directa, mediada o compartida que una o más personas guardan con el comportamiento que es objeto de imputación; en cambio, tratándose de la inducción y de la complicidad, es su efecto de favorecimiento el que permite que ese hecho (ajeno), de forma accesoria, resulte imputable a título de participación, precisamente en virtud de la base individual que suministran tales acciones auxiliares.

¿CUESTIONA LA AGRAVACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA POR RAZÓN DE GÉNERO EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO?

CAROLINA BOLEA BARDON*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto algunos de los problemas que se derivan de la actual regulación en materia de quebrantamiento de penas y medidas en el contexto de la violencia de género y doméstica. Para ello, en primer lugar, se expondrá la problemática derivada de la aplicación del artículo 57.2 CP. En segundo lugar, se analizará la modalidad típica agravada de quebrantamiento de condena prevista en el artículo 468.2. A continuación, se examinarán las distintas soluciones aportadas por la jurisprudencia. Finalmente, se hará una propuesta interpretativa con la pretensión de ofrecer una respuesta adecuada desde el punto de vista político-criminal, pero que a su vez sea dogmáticamente sostenible.

II. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 CP

Desde la reforma operada por la LO 15/2003, el artículo 57 CP, en su apartado segundo, impone al juez la obligación de acordar, como pena acceso-

* Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM, RTI 2018-097727-B-100).

ria privativa de derechos, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogida en el artículo 48.2 CP por un tiempo de hasta diez años, si el delito fuera grave o de hasta cinco si fuera menos grave, en todos aquellos casos en los que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que menciona ese mismo apartado y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del mismo artículo 57 CP¹. Resulta sorprendente el elevado número de sentencias condenatorias por delito de quebrantamiento de penas o medidas en el ámbito de la violencia de género². Es el segundo delito, por detrás del delito de violencia de género ocasional del artículo 153.1 CP, con el mayor número de condenas, seguido por el delito de amenazas leves³. También es el segundo delito que más veces se investiga (por detrás del 153.1 CP)⁴. Si el 48,4% de los delitos instruidos por violencia de género lo son por el artículo 153 CP, el 11,2% lo son por quebrantamiento de medida cautelar y un 7,6%, por quebrantamiento de penas⁵. Especialmente llamativa es la cifra de quebrantamientos consentidos por la víctima que muestran las estadísticas⁶. En este sentido, diversos estudios destacan el notable incremento de los casos de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), relacionados con la prohibición de aproximarse y/o comunicarse con la víctima, que tienen lugar por iniciativa de la persona protegida o con su consentimiento⁷. No cabe duda de que eleva-

¹ Como advierte, LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», *EPC*, núm. 35, 2015, p. 802, «detrás de esta medida se percibe la desconfianza hacia un estamento judicial poco implicado por entonces con el problema del maltrato; pero también la aceptación implícita de un estereotipo muy habitual en las políticas de género: la idea de que toda mujer que ha vivido algún episodio de violencia, cualquiera sea su entidad, sufre alienación emocional y está incapacitada para adoptar decisiones “correctas” por sí misma».

² Según el XIII Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2019, el porcentaje de internos penados con delitos por violencia de género que cumplen condena en centros de la AGE por delito de quebrantamiento de penas o medidas de alejamiento es del 43,1% (datos a 31 de diciembre de 2019).

³ *Vid.* Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales, CGPJ, marzo 2016, p. 16 (no se han encontrado estudios más recientes). En cuanto al elevado número de condenas que se imponen aplicando el 153.1, advierten de los problemas derivados de su utilización automática, GORJÓN BARRANCO, M. C., *La tipificación del género en el ámbito penal*, Madrid (Iustel), 2013, p. 350; FUENTES OSORIO, J. L., «Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica», *RECPC* 15-16, 2013, p. 16:47.

⁴ *Vid.* Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, FGE, 2020, p. 35.

⁵ *Vid.* Informe Anual sobre Violencia de Género, CGPJ, 2021 p. 10.

⁶ En un estudio realizado en Cataluña se examinaron 542 resoluciones judiciales dictadas en los años 2007 y 2008, mostrando que en un 43% de todas las condenas por quebrantamiento se daba el consentimiento de la víctima, *Vid.* CALVET BAROT, G./CORCOY BIDASOLO, M., *Avaluació i impacte de les respostes al fenomen de la violència de gènere a Catalunya (2007-2008)*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2010, p. 14.

⁷ *Vid.* PÉREZ RIVAS, N., «Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española», *Política criminal*, núm. 21, 2016, pp. 35 ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L./CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I/BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *La política criminal contra la violencia*

do número de condenas por quebrantamiento de penas y medidas por vulnerar la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima está estrechamente relacionado con la obligatoriedad de imponer la prohibición de aproximación a la víctima (art. 57.2 CP). En respuesta a la problemática que arrojan estas cifras, desde distintas posiciones se aboga por eliminar la obligatoriedad del artículo 57.2 CP, permitiendo la imposición facultativa de la pena en función de la constatación de una situación objetiva de riesgo⁸. También han surgido voces en la doctrina a favor de suprimir el alejamiento como medida autónoma para subsumirla en la medida de libertad vigilada⁹.

III. PENA AGRAVADA DE QUEBRANTAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

El delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468.2 CP se configura actualmente como un tipo específico, una modalidad agravada de quebrantamiento de condena que entra en juego cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se ha impuesto en un procedimiento por delito de violencia doméstica o de género¹⁰. En lo referente a las penas, el delito de quebrantamiento específico se refiere a todas las penas privativas de derechos incluidas en el artículo 48 CP: privación del derecho a residir en determinados

sobre la mujer pareja (2004-2014), Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 153 ss. Según estos últimos autores (pp. 155 y ss.), el volumen de sentencias condenatorias por quebrantamientos consentidos oscila entre los años 2004-2014 en torno al 50% de todos los casos (basándose en los datos aportados por el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

⁸ Cfr., en este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Penas acesorias, prohibiciones del artículo 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP», *EPC*, núm. 26, 2006, p. 336; FARALDO CABANA, P., «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento», en Puente Aba, L. M. (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada (Comares), 2010, pp. 202 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido», en Jiménez Díaz, M. J. (coord.), *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, Madrid (Dykinson), 2009, p. 418; OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», *EPC*, núm. 30, 2010, p. 309; LAURENZO COPELLO, P., *EPC*, núm. 35, 2015, pp. 804 ss.

⁹ Uno de los principales defensores de este posicionamiento es SANZ MORÁN, A., «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP», en Álvarez García, J., y González Cussac, J. L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 142, siguiendo en este punto la Propuesta de modificaciones al Proyecto de reforma del Código penal de la plataforma «Otro derecho penal es posible».

¹⁰ El artículo 468.2 CP establece que «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

lugares o acudir a ellos; prohibición de aproximación a la víctima o a otras personas, de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o frecuentado por ellas y suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos reconocido en sentencia civil; y prohibición de comunicación con la víctima o con otras personas. Junto al quebrantamiento de estas penas se incluye el de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Las medidas de seguridad que presentan la misma naturaleza que las penas privativas de derechos antes mencionadas son algunas de la incluidas en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 96.3 CP. Téngase en cuenta que, según establece el artículo 544 bis LECrim, el juez puede imponer como medidas cautelares la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas y la prohibición de aproximarse a determinadas personas o de comunicarse con ellas. Asimismo, desde la reforma operada por LO 1/2015, el quebrantamiento específico también es aplicable cuando el quebrantamiento tiene por objeto la medida de libertad vigilada regulada en el artículo 106 CP.

La actual regulación penal en materia de quebrantamiento en el contexto de violencia de género y/o doméstica merece algunas consideraciones. En primer lugar, no deja de sorprender y resulta difícil de explicar que la imposición de pena de prisión obligatoria en caso de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP) no establezca distinción alguna en función del objeto del quebrantamiento¹¹. Además de poco distintivo, prever una misma e idéntica pena, prisión, para el supuesto tanto de quebrantamiento de pena como de medida de seguridad o medida cautelar puede resultar desproporcionado¹². En segundo lugar, no se atiende al hecho de que el autor del quebrantamiento pueda con posterioridad resultar absuelto del delito de violencia de género por el que

¹¹ En cambio, sí se tiene en cuenta la distinción a efectos de exigir el pronunciamiento expreso del juez en la sentencia de primera instancia para el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de la causa por delito de violencia de género. Dicho mantenimiento no se puede presumir mientras se resuelven los recursos contra la sentencia (art. 69 LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). De ahí, que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia por parte del juez sobre el mantenimiento de dichas medidas implica que dejan de estar operativas desde la fecha de la sentencia y, en consecuencia, el incumplimiento de la prohibición de aproximación (medida cautelar) no podría subsumirse en el delito de quebrantamiento de medida cautelar (*Vid.*, al respecto, BELLLOCH PETIT, G., «Delitos contra la Administración de Justicia», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed, Barcelona (Atelier), 2019, p. 424 ss.

¹² En contra de la falta de distinción, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones...», pp. 418 ss.

había sido sometido a una medida de seguridad¹³. En tercer lugar, no se tiene en cuenta la gravedad del delito que se imputa o por el que ha sido condenado el autor del quebrantamiento, que puede ir desde unas vejaciones injustas de carácter leve hasta una tentativa de asesinato. En cuarto lugar, cabe destacar la incompatibilidad de esta modalidad típica con el subtipo agravado de quebrantamiento previsto en los delitos de violencia de género, para no incurrir en un *bis in idem*¹⁴. Por último, no queda claro el papel que juega el consentimiento de la mujer en relación con la vulneración de la prohibición de aproximación, cuestión de suma importancia que se analizará detalladamente en el siguiente apartado.

IV. QUEBRANTAMIENTO DE PENAS O MEDIDAS CONSENTIDO POR LA VÍCTIMA

1. Consecuencias para el autor del quebrantamiento

A la vista de la regulación actual del delito de quebrantamiento de condena establecida en el artículo 468.2 CP, interesa ahora dirigir la mirada a los casos en que la víctima de violencia de género consiente o incluso insta a su pareja o expareja a vulnerar la prohibición de aproximación. Con anterioridad al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de enero de 2008, las posiciones jurisprudenciales oscilaban entre las siguientes opciones: a) considerar la conducta atípica por desaparecer las circunstancias que motivaron la pena o medida¹⁵; b) condenar únicamente al obligado por la pena o medida, con indepen-

¹³ Vid. SAP Madrid 15.^a, 157/2013, 21-02, que condena a 6 meses de prisión al marido «sorprendido por agentes de la Policía Nacional, en la Terminal Cuatro del aeropuerto de Madrid-Barajas, viajando junto con su esposa Vicenta, pese a conocer la vigencia del auto de 22 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid, en DUD núm. 90/2009, que, estimando la solicitud de su esposa, dictó orden de protección a su favor, imponiéndole, como medidas cautelares, la prohibición aproximarse a menos de 500 metros de aquella y de comunicarse con ella hasta la terminación del procedimiento por resolución firme, que le había sido notificada al mismo 22 de marzo de 2009, incumpliendo el acusado, con ello, de forma consciente y voluntaria, las medidas impuesta por la resolución anteriormente mencionada». No obstante, «Casi dos meses después de su detención, con fecha 4 de mayo de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, por el que absolvía a la hora acusado de la infracción objeto de investigación en las DUD núm. 90/2009, antes mencionadas, declarándose la firmeza de la resolución por auto de 25 de febrero de 2011». Niega también relevancia al hecho de quedar el acusado absuelto del delito por el que se había dictado la medida de alejamiento, la SAP Madrid 27.^a, 164/2014, 17-02.

¹⁴ De este modo, el ámbito de aplicación del 468.2 se reduce a los supuestos en que se incumple la pena o medida de alejamiento, pero sin cometer un nuevo 153 o 173.2.

¹⁵ Vid. STS 1156/2005, 26-09.

dencia del consentimiento de la víctima¹⁶; y c) castigar tanto al obligado como a la víctima por el artículo 468.2¹⁷. A partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de enero de 2008, la jurisprudencia mayoritaria interpreta que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima tanto en los casos de quebrantamiento de pena como de medida cautelar¹⁸. No obstante, existe una línea jurisprudencial minoritaria partidaria seguir otorgando relevancia al consentimiento de la mujer¹⁹. Llegados a este punto, cabe preguntarse si el mencionado Acuerdo obliga a sostener la irrelevancia del consentimiento de la víctima. Textualmente, establece lo siguiente: «el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código penal». Pero adviértase que ello no significa que no pueda tener ninguna relevancia²⁰. Así parece entenderlo también la STS 803/2015, 09-12, que, tras pronunciarse a favor de considerar que el consentimiento de la mujer no excluye la aplicación del 468.2 CP, a modo de *obiter dicta* admite la posibilidad de que en algún caso se excluya la responsabilidad por quebrantamiento si el acercamiento deriva de una clara iniciativa de la persona protegida por la prohibición, no fácilmente eludible y el autor manifiesta una actitud pasiva.

La tesis que niega eficacia al consentimiento de la mujer apunta hacia la pérdida de autoestima de la mujer, como efecto psicológico derivado de la situación de violencia a la que se ha visto sometida, y la situación de riesgo a la que se vería de nuevo expuesta de alzarse las barreras de protección previstas por el ordenamiento jurídico²¹. Los partidarios de esta postura pretenden salir

¹⁶ Vid. SAP Barcelona, 20.^a, 29 de noviembre de 2006.

¹⁷ Vid. SAP Barcelona 20.^a, 21 de febrero de 2007.

¹⁸ Vid. STS 39/2009, 29-01; STS 1010/2012, 21-12; SAP Barcelona 20.^a, 45/2013, 03-01; SAP Tarragona 4.^a, 51/2013, 29-01; SAP Madrid 7.^a, 130/2013, 11-02 (irrelevancia del consentimiento, incluso vía error).

¹⁹ Vid. STS 803/2015, 09-12; STS 39/2009, 29-01, Voto Particular: lo que «se pone en duda es el carácter general la solución adoptada como interpretación del artículo 468 CP, es decir, la irrelevancia absoluta del consentimiento independientemente de las condiciones en las que el mismo fue emitido. Ello tiene importancia en el presente caso, en el que no se han constatado en el hecho probado circunstancias reveladoras de circunstancias personales de la víctima, ni en la situación en la que actuó, que hayan privado de relevancia a su consentimiento (incapacidad de juicio, engaño, amenaza, error). En realidad, en la sentencia de la Audiencia se ha presumido la incapacidad de consentir de la esposa. Si en el proceso se hubieran comprobado circunstancias que habrían reducido la capacidad de la víctima para consentir, se aplicarían, también en este caso, como es lógico, las reglas que invalidan el consentimiento. Es innecesario decir que negar valor a un consentimiento viciado no afecta el derecho a la autodeterminación, ni daría tampoco lugar a un trato incompatible con la dignidad de la persona».

²⁰ Vid. STS 61/2010, 28-01, en la que, después de analizar el Acuerdo en cuestión, se acaba admitiendo que «la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto».

²¹ Vid. SSTS 1065/2010 de 26-11; 61/2010, 28-01: «Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a esta su capacidad para disponer de una medida

al paso de la crítica acerca de la vulneración del principio de autodeterminación de la víctima, afirmando que «es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que solo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia»²².

La tesis anterior plantea un grave problema que seguramente el ávido lector ya habrá podido detectar: los efectos psicológicos que supuestamente aconsejan negar la relevancia al consentimiento de la mujer se deberían probar en el caso concreto y no presumir con carácter general. Lo contrario es una muestra de paternalismo jurídico que no repercute en beneficio de la mujer, aunque de entrada pudiera parecer otra cosa²³.

Por lo que se refiere a la «responsabilidad criminal del quebrantador», apuntan algunos autores que, hasta el momento y en tanto no se lleven a efecto las reformas legales sugeridas, solo cabe seguir solicitando el «indulto» y la correspondiente «suspensión» de la ejecución de la pena²⁴. Esa es una posible solución, pero, como más adelante se verá, no hay que descartar otras opciones dogmáticamente sostenibles y seguramente más adecuadas desde la perspectiva político-criminal.

2. Consecuencias para la mujer

Como se pone de manifiesto en la *praxis*, con relativa frecuencia es la propia víctima del delito de violencia de género la que propone o acepta rea-

cautar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento».

²² STS 61/2010, 28-01.

²³ En una línea próxima a la defendida en este trabajo, JIMÉNEZ-DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones...», p. 416, partiendo del ejemplo del marido que, puntualmente, propina a su mujer una bofetada, que determina un delito leve del artículo 153.1, que lleva aparejado de forma obligatoria la prohibición de aproximación sostiene que «es frecuente que la mujer denuncie a su agresor tan solo a modo de advertencia, sin intención ninguna de romper la relación. Incluso, puede que no sea ella quien haya interpuesto la denuncia, sino que haya sido un vecino o alguien que ha presenciado la agresión en la calle quien llamó a la Policía. No sorprende que en este tipo de supuestos la mujer, de forma plenamente libre y responsable, decida seguir adelante con su relación afectiva, propiciando con ello la ejecución de un delito de quebrantamiento de la pena de alejamiento de la que, finalmente, puede que respondan los dos. Pena de alejamiento cuya imposición obligatoria, al menos en hipótesis como las expuestas, resulta totalmente desproporcionada y perturbadora».

²⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones...», p. 419.

nudar la convivencia con su expareja con el consiguiente quebrantamiento de medidas o penas de alejamiento. La cuestión que se suscita a continuación es cómo proceder ante estos casos, pues castigarla como cooperadora necesaria o inductora puede resultar paradójico porque el alejamiento se impone precisamente para protegerla a ella. No obstante, parte de la doctrina se muestra favorable a hacer responder a la mujer víctima como partícipe del delito de quebrantamiento de condena. Así, por ejemplo, Montaner Fernández, se muestra a favor de castigar tanto a la mujer víctima como al hombre porque parte de que el artículo 468.2, a diferencia del artículo 468.1, es un delito especial de posición y no de deber, con lo que, según ella, rigen las reglas generales de participación y la mujer podría llegar incluso a ser autora²⁵. Sin embargo, el argumento gramatical que emplea para sostener dicha afirmación, basado en que el núm. 2 del artículo 468 no dice quebrantar su condena como hace en el núm. 1, resulta demasiado débil. De hecho, en ambos casos el delito de quebrantamiento de condena responde a un mismo fundamento, ya sea, la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, según la doctrina mayoritaria, ya sea garantizar que no se frustren las finalidades de la pena, como sostienen, con mejor criterio, algunos autores²⁶. Y, si bien es cierto que en el núm. 2 se añade la protección de la mujer víctima de malos tratos, pasando a constituir un delito pluriofensivo, sigue pudiéndose afirmar que el delito se configura en sus dos modalidades como un delito especial de deber²⁷. Dogmáticamente cabe rechazar el castigo de la mujer como partícipe, siempre que se parta de la tesis de la impunidad del *extraneus* en un auténtico delito especial de deber, solución que aparece también como político-criminalmente más adecuada²⁸.

²⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica», *InDret* 4/2007, pp. 13 y ss. A favor de la tesis de la participación, también JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Algunas reflexiones...», p. 419, si bien admitiendo la operatividad del error de prohibición y, en última instancia, la vía del indulto.

²⁶ Críticamente, sobre la inclusión del quebrantamiento de condena entre los delitos contra la Administración de Justicia por considerar que solo ofrece una fundamentación formal del castigo, CORCOY BIDASOLO, M., «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena», *ADP-CP*, t. 45, 1992, p. 119.

²⁷ Sobre la distinción entre delitos de posición y delitos especiales de deber, *Vid.* ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons), 2003, pp. 238 ss.

²⁸ En esta línea, la interpretación que hace la FGE, «Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género», 2020, p. 36, en relación con la participación de la mujer que colabora en el quebrantamiento de la medida cautelar o de la pena impuesta a su agresor, cuando afirma que «ha de llevarse al plano de la modulación de la responsabilidad del autor y no a una responsabilidad penal de mujer protegida». De otra opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I/BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *La política criminal...*, p. 284, para quienes la tesis de que no cabe participación punible «es bastante discutible en términos técnico-jurídicos, al menos por lo que se

En ocasiones la víctima no se limita a consentir el quebrantamiento de penas o medidas por parte del condenado o encausado, sino que es ella misma quien toma la iniciativa de ir al encuentro del autor. Cabe preguntarse, ¿qué debe hacer el juez en estos casos? Difícilmente podrá imputarse al hombre la comisión de un delito de quebrantamiento cuando es la víctima la que se dirige al lugar en el que este se encuentra para contactar y entablar conversación con él²⁹. La posición contraria se muestra poco respetuosa con el principio de culpabilidad, en concreto, no respeta el principio de personalidad de las penas, pues acaba haciendo responder por un hecho ajeno³⁰.

3. Vías de solución propuestas por la jurisprudencia

Tal como se ha visto en el apartado anterior, la jurisprudencia se acoge de forma mayoritaria al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de enero de 2008, para interpretar que hay que negar toda eficacia al consentimiento de la víctima³¹. Se parte de la premisa de que el quebrantamiento no tiene un sujeto pasivo particular y de que el bien jurídico lesionado es la falta de acatamiento a una resolución judicial³². No obstante, en algunas sentencias se pro-

refiere al delito de quebrantamiento de la pena. Es fácil intuir que estamos ante un medio de desactivar una consecuencia indeseada a la que conduce una interpretación estricta de lo que es la participación».

²⁹ Con buen criterio la SAP de Madrid, de 6 de mayo de 2014, señala que «la prohibición judicial de aproximación y comunicación con una persona impide al sometido a tal prohibición, según el artículo 48 del Código Penal, que se acerque a dicha persona y que establezca comunicación con ella, pero no le obliga a huir en caso de que la persona para cuya protección se dictó la prohibición de aproximación y comunicación decida por su propia iniciativa acercarse y comunicarse en tal acercamiento con el sometido a la prohibición». *Vid.*, también, STS 803/2015, 9-12: «El bien jurídico protegido no es ni en exclusiva ni siquiera de forma predominante la tutela de la víctima, sino la efectividad de las resoluciones judiciales, el respeto y vigencia de las decisiones jurisdiccionales. Su cumplimiento no queda a merced de la víctima; no pueden ser privatizadas o desoficializadas. Eso no significa que no podamos encontrar algún supuesto en que ante una clara iniciativa de la persona tutelada por la prohibición no fácilmente eludible por el condenado o encausado que se limita a una actitud pasiva, podamos entender que no surge responsabilidad penal por no existir acción u omisión atribuible a él directa y causalmente»; SAP Madrid 7.^a, 207/2013, 11-03, en la que no se aprecia el tipo de quebrantamiento porque la mujer acudió al domicilio de su marido por su propia voluntad y sin que mediara obligación ni manipulación alguna por parte del acusado. De otra opinión, FARALDO CABANA, P., «Las penas...», pp. 197 ss., para quien «con independencia de quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición».

³⁰ Sobre el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* del Estado, *Vid.* MIR PUIG, S., *De-recho penal, Parte General*, 10.^a ed., Barcelona (Reppertor), 2016, 4/64, pp. 134 ss.

³¹ *Vid.* SSTS 803/2015, 9-12; 110/2012, 21-12; STS 1348/2011, 14-12; SSAP Madrid 27.^a, 164/2014, 17-02; Madrid 7.^a, 130/2013, 11-02; Madrid 27.^a, 81/2020, 6-02.

³² Así, recientemente, STS 140/2020, 12-05. La STS del Pleno 567/2020, de 30 de octubre, añade que no constituye elemento del tipo penal del delito de quebrantamiento la exigencia de requerimiento

cede a rebajar (o incluso a excluir) la responsabilidad del agresor recurriendo a distintas figuras dogmáticas, intentando hallar una salida satisfactoria desde la perspectiva político-criminal. Las soluciones van desde la atenuación de la pena vía error de prohibición o vía circunstancias atenuantes genéricas (principalmente, la analógica), hasta la exclusión de la pena por vía error de tipo o por concurrencia de una causa de justificación³³. Llama la atención la diversidad de propuestas dirigidas en mayor o menor medida a modular la responsabilidad del agresor cuando cuenta con el consentimiento de la víctima. Todas ellas dan cuenta de la rigidez del sistema penal en este punto y, en particular, de la aplicación excesivamente formalista que del precepto realiza gran parte de la jurisprudencia. Sin embargo, la mayoría no atienden al fundamento de la agravación de la pena, sino que se orientan hacia las circunstancias personales que afectan a la responsabilidad individual del sujeto.

4. Crítica y reflexión final

La tesis de la irrelevancia del consentimiento de la mujer a favor de la que se dicta la prohibición de aproximación resulta, por diversos motivos, inaceptable³⁴. En primer lugar, la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia a la posibilidad de una reanudación de la convivencia (libre desarrollo de la personalidad). En segundo lugar, el juez debería valorar en el caso concreto si el consentimiento se ha prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. En tercer lugar, si el consentimiento es válido, no hay razón material para mantener la medida cautelar y, por ende, para condenar por quebrantamiento, al menos en cuanto a la medida cautelar. Es cierto que subsiste una desobediencia a una orden judicial, pero esta no debería pasar de ser cali-

previo ni apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, ni tampoco una comunicación que indique el comienzo de la efectividad de la medida.

³³ Vid. SAP Salamanca 6/2013, 25-01 (error de prohibición vencible); SAP de Islas Baleares 1.ª, 283/2017, 13-12 (error de prohibición vencible); STS 748/2018, 14-02 (error de tipo invencible); SAP Las Palmas 1.ª, 276/2015 (estado de necesidad putativo); SAP Madrid 17.ª, 228/2010, 01-03 (atenuante analógica de provocación o consentimiento del incumplimiento del alejamiento por parte de la víctima como muy cualificada); SAP Madrid 17.ª, 65/2012, 13-01 (atenuante analógica de provocación o consentimiento); SAP Sevilla 4.ª, 38/2015, 02-02 (atenuante analógica atenuante analógica de provocación o consentimiento); STS 661/2020, 3-12 (atenuante de reparación del daño); STS 667/2019, 14-01 (individualización de la pena).

³⁴ A favor de la modulación de la responsabilidad del autor y no a una responsabilidad penal de la mujer protegida, el Dictamen de la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer de 7 de febrero de 2020 sobre consecuencias jurídicas para la víctima en los supuestos de consentimiento al quebrantamiento.

ficada de leve, con lo que, desde la reforma de 2015, quedaría impune³⁵. Lo dicho en relación con la medida no sería extensible a los casos de quebrantamiento de pena, porque esta tiene una naturaleza distinta. Sin embargo, ahí se podría haber dejado abierta la puerta a una sanción menos aflictiva (en ningún caso de prisión). La razón que vendría a explicar esta solución es que el *plus* de pena que supone la prisión respecto al 468.1 CP responde a un injusto mayor representado por la puesta en peligro de la integridad e indemnidad de la mujer. En el caso en que ella consienta (válidamente) esa situación objetiva de riesgo se convierte en una autopuesta en peligro, con lo que el injusto se ve atenuado y decae la necesidad de aplicar la pena de prisión. Lo correcto sería entonces aplicar el n.1 del 468 CP. En cualquier caso, si se decide mantener la pena de prisión, esta debería ser suspendida a condición de que el autor participe en programas de igualdad de trato y no discriminación (art. 83.1.6.º CP).

El hecho de negar toda relevancia al consentimiento de la víctima supone admitir que la estigmatización que toda pena lleva consigo determina aquí el endurecimiento de la respuesta penal ante un injusto que puede no presentar un *plus* de desvalor en el caso concreto. De ahí que quepa pensar que el estigma de maltratador acompaña al sujeto con independencia (al menos en parte) de los concretos actos que realice. De hecho, se atiende más a los riesgos que presuntamente comporta su conducta futura (peligrosidad futura) que al daño social causado por el delito (principio de lesividad). No parece que el principio de responsabilidad por el hecho quede así suficientemente garantizado.

³⁵ Como es sabido, el artículo 556.1 CP únicamente recoge la desobediencia grave, dejando las conductas que anteriormente se subsumían en la falta de desobediencia del antiguo artículo 634 CP fuera del CP, pudiendo constituir una mera infracción administrativa.

CONCEPTO DE DOLO, ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES Y MODELO ANGLOAMERICANO DE ESTADOS MENTALES: ¿QUÉ DATOS APORTAN LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS?

MERCEDES PÉREZ MANZANO *

I. INTRODUCCIÓN

El dolo es sin duda el elemento de la estructura dogmática del delito que menor consenso ha alcanzado en la doctrina. El único acuerdo amplio respecto al mismo es el que se refiere a que la conducta dolosa debe ser sancionada con mayor pena que la conducta imprudente; consenso que, en el caso español, tiene un reflejo legal en que la tipicidad de las conductas imprudentes es absolutamente excepcional y su penalidad es muy inferior a la que corresponde a las paralelas modalidades delictivas dolosas. Dicha excepcionalidad de la punición de las modalidades delictivas imprudentes así como la existencia de una enorme diferencia de pena entre las modalidades dolosas e imprudentes ¹ con-

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo constituye un resumen y revisión del estudio «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?», *RECPC*, 23-15, 2021, que también vio la luz en el Homenaje a Luis Arroyo. Del texto inicial he suprimido el punto III, referido a las aportaciones de la Neurociencia y al mismo he añadido un nuevo epígrafe, el IV, dedicado a refutar la objeción que había recibido en algunas conferencias que he impartido sobre este tema, referida a que los datos de los estudios empíricos que se muestran en este trabajo, realizados sobre ciudadanos legos, no podían extrapolarse al sistema continental en el que predominan los jueces profesionales. Finalmente, al haberse añadido nuevos estudios, se han matizado y ampliado las conclusiones.

¹ Por ejemplo, el homicidio doloso se sanciona con una pena de 10 a 15 años de prisión mientras que la modalidad más grave de homicidio imprudente se sanciona con una pena de 1 a 4 años de prisión más las accesorias correspondientes de privación del permiso de conducir, de armas o la inhabilitación para el ejercicio de la profesión.

vierten en imperiosa la necesidad de distinguir entre las modalidades limítrofes de ambas, entre el dolo eventual y la imprudencia consciente grave. Pero, como sabemos, esta diferenciación ni es fácil de efectuar en el plano conceptual ni es sencilla de trasladar a la práctica de la justicia penal. Por ello algún autor ha propuesto la configuración de marcos penales contiguos entre las modalidades dolosas e imprudentes y la graduación de las consecuencias jurídicas². Y desde el otro lado del Atlántico, se ha sostenido que el modelo angloamericano tripartito de imputación subjetiva contenido en el Código penal tipo³ que incorpora una modalidad intermedia, la *recklessness*, permite una graduación más adecuada de la responsabilidad penal que el modelo continental que solo contempla dos modalidades de imputación subjetiva porque las «distinciones bipartitas como esta entre el dolo y la culpa fracasan en capturar las muchas formas en las que el reproche mismo se manifiesta en nuestro imaginario moralmente rico»⁴.

Intuitivamente siempre he pensado que la creación de una nueva categoría, a caballo del dolo y la imprudencia, no resolvería el problema sino que lo multiplicaría; de un lado, porque sustituiríamos los problemas de delimitación de las dos figuras fronterizas continentales (dolo eventual e imprudencia consciente) por los problemas de diferenciación de las categorías ubicadas a ambos lados de dos nuevas fronteras, dolo eventual y *recklessness*, y *recklessness* e imprudencia consciente; y, de otro, porque, además, las diferencias entre los casos existentes en las zonas limítrofes de estas nuevas fronteras, por definición, deberían ser menores. Esta intuición me condujo a indagar en los estudios empíricos realizados en EEUU sobre la capacidad del ciudadano medio para asignar correctamente los distintos estados mentales que constituyen los títulos de atribución subjetiva en el MPC. La exposición de los resultados de dichos estudios y de otros realizados por los filósofos experimentales en torno a la atribución de estados mentales, así como su valoración de cara a definir el dolo es el objetivo principal de este trabajo. Asimismo, en este estudio se exponen las razones por las que, a mi entender, el modelo angloamericano de títulos de atribución subjetiva no consigue resolver los problemas del modelo continental bipartito.

² MOLINA, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho Penal», en Miguel Bajo *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Thomson-Civitas), 2005, pp. 691 ss., 731 ss.

³ En adelante MPC, por sus siglas en inglés.

⁴ Cfr. CHIESA, L., «*Mens Rea* in comparative Perspective», *Marquette Law Review* 102 (2), 2018, pp. 575 ss., 578, 585 ss.

II. LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS SOBRE LAS DIFICULTADES DE IDENTIFICACIÓN DE LAS CLASES DE *MENS REA* DEL *MODEL PENAL CODE*

1. Los cuatro estados mentales *del Model Penal Code* y sus definiciones

Como es sabido, el MPC distingue cuatro estados mentales⁵: actuar *purposely*, *knowingly*, *recklessly* y *negligently*; es decir, actuar intencionadamente, con conocimiento, con manifiesto desprecio hacia el riesgo o imprudentemente. Conforme a las definiciones del MCP⁶, actúa intencionadamente en relación con un resultado quien tiene el deseo consciente de producir el resultado; actúa con conocimiento quien es consciente de que a consecuencia de su conducta la producción del resultado es prácticamente segura; actúa *recklessly* quien desatiende de manera consciente un riesgo sustancial e injustificable de producir el resultado, de modo que el riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que su desprecio hacia él implica una desviación manifiesta del estándar de conducta que una persona «respetuosa» con el Derecho hubiera observado en la situación del autor; y, finalmente, actúa imprudentemente quien crea inconscientemente un riesgo sustancial e injustificable del que debería haber sido consciente, de modo que el riesgo creado es de tal naturaleza y grado que no haberlo percibido supone una desviación manifiesta del estándar de cuidado que hubiera observado una persona «razonable» en la situación del autor. Para entender este sistema de imputación subjetiva ha de tenerse en cuenta que la imprudencia se sanciona excepcionalmente y que cuando la disposición penal no menciona como requisito del delito ningún estado mental, se establece como culpabilidad por defecto, el actuar *recklessly*. Si trasladamos este modelo al ámbito continental y partimos de que la actuación *recklessly* se encuentra a caballo del dolo eventual y la imprudencia consciente, este modelo supone que el límite mínimo de tipicidad subjetiva estaría no en el dolo eventual sino en algunos casos de imprudencia consciente grave; esto supone que el ámbito típico es, desde la perspectiva subjetiva, más amplio en el modelo angloamericano que en el español y en general el continental.

⁵ Sección 2.02 MPC, 1985.

⁶ Cfr. Pár. 2 a), b), c) y d) de la sección 2.02 del MPC.

2. Los estudios realizados

Desde los años noventa del pasado siglo se han venido realizando en EEUU distintos estudios que concluyen que el ciudadano medio no es capaz de diferenciar entre las categorías intermedias de los estados mentales, esto es, entre actuar con conocimiento y con manifiesto desprecio del riesgo e, incluso, con imprudencia, a pesar de que la ciudadanía comparte, en general, la jerarquizada asignación de responsabilidad y pena del MPC⁷. En efecto, los primeros estudios⁸ concluyeron que los encuestados solo distinguían de forma clara las categorías extremas, es decir, el comportamiento intencionado de la actuación negligente, pero que no conseguían diferenciar con claridad entre los estados intermedios, ni entre los estados mentales colindantes: no se distinguía el comportamiento intencionado del realizado con conocimiento, ni la actuación con conocimiento de la realizada con *recklessness*, ni el actuar imprudente del realizado con *recklessness*; los estudios también evidenciaron la imposibilidad de la ciudadanía de distinguir la actuación intencionada de la actuación con *recklessness* y ello a pesar de no ser categorías contiguas. Las conclusiones de estos estudios se han avalado por otros que se han ido repitiendo a lo largo del tiempo⁹. De los estudios que confirman el inicial, me voy a referir solo a tres de ellos debido a su singular interés.

El primero de estos estudios es el realizado por Shen y su equipo en 2011 que fue replicado con alguna variación en 2014¹⁰. En ambas investigaciones

⁷ Sobre esto último, LEVISON, J., «Mentally Misguided: How State of Mind Inquiries Ignore Psychological Reality and Overlook Cultural Differences», *Howard Law Journal*, vol. 49-1, 2005, pp. 19 ss.

⁸ SEVERANCE, J./GODMAN, J./LOFTUS, E. F., «Inferring the Criminal Mind: Toward a Bridge Between Legal Doctrine and Psychological Understanding», *Journal of Criminal Justice*, vol. 20, 1992, pp. 107 ss.

⁹ Por ejemplo, entre los más recientes, cfr. BEATTY, R. A./FONDACARO, M. R., «The misjudgment of criminal responsibility» *Behav. Sci. L.*, núm. 36, 2018, pp. 457 ss. A veces se cita el estudio de P. ROBINSON, P. H. y DARLEY, J. M., *Justice, Liability and Blame*, Wetview Press, 1995, p. 87, como uno que llega a resultados diferentes, pues los encuestados asignaban responsabilidad y pena de manera similar a la gradación del MPC. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la mecánica de dicho estudio es distinta pues no se da un caso que tienen que calificar desde la perspectiva subjetiva los encuestados, sino que en los casos se afirma la concurrencia de uno de los cuatro estados mentales del MPC, de manera que solo se les pregunta por la pena que merecen (op. cit. p. 86).

¹⁰ SHEN, F. X./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./GREENE, J. D./MAROIS, R., «Sorting Guilty Minds», en *New York University Law Review*, núm. 86, 2011, pp. 1306 ss.; GINTHER, M. R./SHEN, F. X./BONNIE, R. J./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./MAROIS, R./SIMONS, K. W., «The language of Mens Rea», *Vanderbilt Law Review* núm. 67, 2014, pp. 1327 ss. El mismo grupo realizó un tercer estudio en 2018 (GINTHER, M. R./SHEN, F. X./BONNIE, R. J./HOFFMAN, M. B./JONES, O. D./SIMONS, K. W., «Decoding guilty minds: How jurors attribute knowledge and guilt», *Vanderbilt Law Review*, núm. 71, 2018, pp. 241-283), que se refiere a los estados mentales en relación con circunstancias o elementos concretos exigidos por los delitos. En este estudio si bien se concluye que los ciudadanos tenemos capacidad para diferenciar de la forma jerarquizada que exige el MPC los estados mentales, en particular, entre conocimiento y manifiesto des-

se llega a conclusiones similares: el ciudadano medio es capaz de diferenciar estados mentales, pero no es capaz de llegar a las precisas distinciones que incorpora el MPC; el ciudadano medio tiene especialmente enormes dificultades para distinguir entre el conocimiento y el manifiesto desprecio hacia el riesgo. El primer estudio realizado por estos autores concluye que frente al 78% de los encuestados que identificaba correctamente los escenarios del actuar intencional o de propósito, solo el 50% identificaba correctamente la conducta realizada con conocimiento, un 40% la actuación *recklessly* y un 48% la actuación imprudente. En el estudio se afirma que, aunque las razones de esta incorrecta atribución de pena pueden ser varias, una de ellas reside en la imposibilidad de diferenciar los estados mentales, sobre todo las categorías intermedias y las contiguas, siendo especialmente difícil la diferenciación entre el actuar con conocimiento y el actuar con manifiesto desprecio del riesgo¹¹. En las conclusiones del estudio se dejó abierta la posibilidad de que modificando la formulación de las preguntas de la encuesta en relación con los casos escenario se pudiera llegar a una atribución más correcta de estos estados mentales intermedios, siendo este el objeto del segundo estudio. Para identificar el conocimiento, la *recklessness* y la imprudencia en el estudio original se utilizaron los términos y definiciones del MPC (práctica seguridad; riesgo substancial e injustificado; no percibir un riesgo ...) y, además, se mencionaron tanto los estados mentales en relación con el resultado como respecto de las circunstancias existentes¹². En la nueva versión del experimento, sin embargo, se eliminaron las referencias al carácter injustificado del riesgo en la *recklessness* y en la imprudencia y la mención a las circunstancias existentes, de modo que la investigación se centró así solo en el estado mental que se conecta con el resultado partiéndose de una diferenciación puramente cuantitativa del riesgo¹³. La conclusión obtenida en este estudio residió en que la identificación de las tres categorías intermedias de estados mentales mejoraba, pues aumentaba el porcentaje de personas que asignaban correctamente la pena conforme al modelo jerarquizado del MPC. Sin embargo, como

precio hacia el riesgo de que se dé el concreto elemento o circunstancia, sin embargo, hay una amplia tendencia a admitir como suficiente la actuación con manifiesto desprecio del riesgo en casos en los que la ley requiere conocimiento. Se dejan abiertas las razones de esta conclusión, aunque probablemente se debe a que los ciudadanos consideran que el tipo de estado mental suficiente para la intervención penal en estos casos debería ser la *recklessness* y no el conocimiento.

¹¹ SHEN, F. X. y otros, *New York University Law Review*, 86, 2011, pp. 1042 ss. Aunque los estudios muestran la incorrecta asignación de pena a los estados mentales intermedios, también evidencian que se asigna la misma pena al conocimiento y la *recklessness* habiéndolos identificado correctamente (p. 1348).

¹² SHEN, F. X. y otros, *New York University Law Review*, 86, pp. 1345 ss., 1353.

¹³ GINTHER, M. R. y otros, *Vanderbilt Law Review* núm. 67, 2014, pp. 1339-1342.

se expone gráficamente en el cuadro, no se observó una mejora significativa global en la asignación de responsabilidad y pena, pues los datos seguían arrojando resultados muy preocupantes: las tasas de acierto en las tres categorías intermedias seguían siendo bajas, o lo eran en una medida a todas luces inferior a la requerida por el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio; y las *ratios* de incorrecta asignación de pena ubicando los casos en las categorías colindantes eran todavía muy significativas¹⁴. En la diagonal del cuadro aparecen los casos de correcta asignación, esto es, de porcentajes de encuestados que, en los casos de intención, atribuyeron intención, en los casos de conocimiento, atribuyeron conocimiento, etc. A la izquierda aparecen los datos del segundo estudio, en a la derecha los del primer estudio. Como se muestra en el cuadro, solo las categorías extremas, intención e imprudencia, tienen porcentajes de asignación correcta que superan sin dudas los requerimientos del derecho a la presunción de inocencia: un 81% y un 63%. Sin embargo, respecto del conocimiento y manifiesto desprecio hacia el riesgo, los porcentajes están muy cerca del 50% (53% en el caso del conocimiento y 47% en el del *recklessness*), existiendo un porcentaje de error elocuente de las dificultades de diferenciación de estas categorías: un 36% de los encuestados asignaron conocimiento aunque el caso era de *recklessness*, un 27% de los encuestados asignaron *recklessness* cuando lo correcto era asignar conocimiento y un 18% calificó de imprudencia siendo correcto asignar *recklessness*.

	Intención	Conocimiento	<i>Recklessness</i>	Imprudencia
El sujeto elige intención.	81% 78%	7%	6%	2%
El sujeto elige conocimiento.	10%	53% 50%	36%	7%
El sujeto elige <i>Recklessness</i> .	5%	27%	47% 40%	18%
El sujeto elige Imprudencia.	4%	9%	10%	63% 48%

El segundo estudio que quiero exponer es el realizado en 2012 por Muller, Solan y Darley¹⁵; estudio que, a pesar de tener por objeto la responsabilidad civil y no la penal, resulta enormemente ilustrativo. En el estudio se parte de un caso escenario en el que un trabajador se electrocuta cuando realizaba unos trabajos de reparación produciéndosele unas lesiones. La pregunta dirigida a los encuestados versaba sobre el estado mental del empleador al asignar

¹⁴ GINTHER, M. R. y otros, *Vanderblit Law Review* núm. 67, 2014, pp. 1352 ss., 1360.

¹⁵ MULLER, P./SOLAN, L. M./DARLEY, J. M., «When Does Knowledge Become Intent?: Perceiving the Minds of Wrongdoers», *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9-4, 2012, pp. 859 ss., 871, 875 ss.

la tarea al trabajador. El estudio evidenció la incapacidad para asignar correctamente los estados mentales conocimiento, *recklessness* e imprudencia y que la electrocución del empleado se atribuía a título de intención en la mayoría de los casos a pesar de que técnicamente solo podría atribuirse a título de *recklessness*. Es más, al efectuarse variaciones del caso escenario introduciendo datos precisos sobre las probabilidades existentes *ex ante* de electrocución del operario medidas en porcentajes (3, 20, 50, 80, 97, 100%), los resultados evidenciaron que, incluso con probabilidades escasas de que el resultado se produjera, de un 3%, un elevado porcentaje de los encuestados, el 35%, sostenían que el empleador había actuado intencionalmente¹⁶. Es decir, que, para la atribución de intencionalidad, del mayor grado de responsabilidad subjetiva, el ciudadano medio no considera relevante el grado de riesgo o probabilidad de producción del resultado. Probablemente la razón reside en que el resultado –la propia electrocución del operario– se valora como un factor especialmente relevante. O, dicho de otro modo, el ciudadano medio no cree que deba sancionarse con menor pena la causación de un evento por el hecho de que la representación del riesgo de producción del resultado sea menor, incluso tan baja como la que refleja la percepción de un riesgo de un tres por ciento. Seguramente ello se debe, como concluyen los estudios de Knobe que a continuación veremos¹⁷, a que los encuestados valoraron muy negativamente el resultado producido, la electrocución de una persona durante el desempeño de su trabajo, de manera que en la atribución de responsabilidad le asignaron un peso mayor a esta circunstancia que al estado mental mismo. Y es que los estudios de este filósofo experimental demuestran que, en la atribución de responsabilidad penal, la valoración moral del evento cuenta, de modo que, en el caso de la electrocución del operario, la valoración moral negativa del resultado tuvo el efecto, al menos, de anclar al alza la atribución de responsabilidad penal. Esta es la conclusión general a la que llegan los autores del estudio: la atribución de intenciones depende más de un juicio global de culpabilidad que de frías y explícitas categorizaciones del estado mental del autor; en concreto, concluyen que la distinción entre grados de riesgo y conocimiento tiene poca incidencia en la asignación de responsabilidad¹⁸.

Por último, me referiré a los resultados del estudio de Beatty y Fondacaro¹⁹, quienes confirmaron otros estudios previos que concluían que uno de los errores o sesgos más habitual en la asignación de estados mentales es la atribu-

¹⁶ Ob. cit. p. 881.

¹⁷ *Infra*.

¹⁸ Ob. cit. p. 889.

¹⁹ BEATTY, R. A./FONDACARO, M. R., *Behav. Sci. L.*, 2018, pp. 457 ss.

ción de un estado mental más grave que el real. En este estudio se parte de los estudios de Shen y su grupo, pero a los encuestados se les pide que respondan a la cuestión de si la acusación habría probado que el sujeto actuó con intención, cuando en los escenarios se describían casos de conocimiento, *recklessness* e imprudencia, habiéndoseles presentado a los encuestados las definiciones del MPC y las instrucciones habituales a los jurados. Pues bien, los resultados fueron que en el 66.4% de los casos se atribuyó intención erróneamente, apareciendo porcentajes de error menores cuanto más se alejaba el caso de la intención y cuanto menos grave era el resultado que se producía. Es decir, se daban mayores errores cuando la discrepancia entre la gravedad del estado mental y la gravedad del resultado era mayor y menores errores si coincidía que el estado mental y el resultado eran equiparables en levedad. Así, el porcentaje más bajo de asignación errónea de intención se dio en un caso de negligencia y causación de daños leves (23% de errores) y el porcentaje más elevado de asignación errónea de intención se dio en un caso de *recklessness* con un resultado muy grave (90,4% de errores). De media (sin tomar en consideración el grado de riesgo) se atribuyó erróneamente intención en un 35% de las respuestas de los casos que representaban imprudencia y en un 75% de los casos que representaban *recklessness*. La conclusión que extrajeron los autores del estudio es la escasa fiabilidad y validez de los requisitos relativos a los estados mentales del MCP, pues siempre se atribuye mayor responsabilidad de la que técnicamente es correcta y la atribución de un estado mental más grave aumenta gradualmente al aumentar la gravedad del resultado del caso escenario²⁰.

III. LOS ESTUDIOS DE LOS FILÓSOFOS EXPERIMENTALES SOBRE LA ATRIBUCIÓN INTUITIVA DE INTENCIONES, RESPONSABILIDAD Y PENA

Desde hace años Knobe y su grupo de investigación vienen realizando experimentos para indagar sobre los temas tradicionales de la Filosofía moral. Un bloque significativo de estos estudios se ha dedicado a analizar cuáles son los parámetros conforme a los cuales la ciudadanía atribuye intencionalidad y la consiguiente responsabilidad y pena. Los primeros estudios partieron de un caso escenario respecto del que se pregunta sobre la intencionalidad, caso que ha servido para innumerables investigaciones posteriores. El caso es el siguiente: el vicepresidente de una empresa hace una propuesta al presidente de

²⁰ BEATTY, R. A./FONDACARO, M. R., *Behav. Sci., L.*, 2018, p. 466.

la misma para realizar un plan de actividad que maximizará los beneficios de la empresa, pero que, paralelamente, causará daños en el medio ambiente. El presidente se manifiesta a favor de ejecutar el plan afirmando expresamente que le da igual si se producen los efectos dañinos colaterales en el medio ambiente. El caso escenario se presenta con una variación, de modo que en el segundo escenario el vicepresidente de la compañía realiza la misma propuesta al presidente, el plan para maximizar beneficios de la empresa, pero afirma que, junto a los beneficios económicos, esta vez, el plan tendrá un impacto positivo en el medio ambiente. La respuesta del presidente es la misma a favor del plan propuesto, expresando su indiferencia respecto de los efectos colaterales en el medio ambiente. Las encuestas presentan solo uno de los dos escenarios a cada sujeto encuestado. Pues bien, los resultados de las encuestas fueron los siguientes: en el primer escenario, el 82% de los encuestados sostuvieron que los daños medioambientales se habían causado intencionalmente, mientras que, en el segundo, cuando se preguntó si las mejoras o beneficios medioambientales eran intencionales para el presidente, solo en torno al 23% de los preguntados consideró este resultado producido de manera intencional, negándolo el 77%. Knobe defendió, a partir de ahí, que la atribución de intención depende de la valoración moral intuitiva que tenemos los seres humanos sobre el efecto colateral, sobre el evento mismo²¹, o expresado de forma más general, que el concepto de intencionalidad es un concepto dependiente de la valencia moral del evento.

A los mismos resultados llegaron otros grupos de investigación que introdujeron alguna variante en el caso escenario²² y en otros estudios realizados por el propio Knobe y su equipo analizando otros estados mentales como los deseos o la decisión misma²³ u otros equipos investigando sobre el conocimiento y creencias²⁴ o deseos y motivos: así, se ha evidenciado que se atribuye más responsabilidad por el evento si se valora negativamente el deseo o el

²¹ KNOBE, J., «Intentional action and side effects in ordinary language», *Analysis* 63, 2003, pp. 190-194; KNOBE, J., «Intention, intentional action, and moral considerations», *Analysis* 64, 2004, pp. 181-187.

²² MCCANN, H. J., «Intentional Action and Intending: Recent empirical Studies», *Psychology*, 18-6, 2006, pp. 737-748.

²³ PETIT, D./KNOBE, J., «The Pervasive Impact of Moral Judgment», *Mind & Language*, vol. 24-5, 2009, pp. 586 ss.; KNOBE, J./BUCKWALTER, W. y otros, «Experimental Philosophy», *The Annual Review of Philosophy*, vol. 63, 2012, pp. 81 ss., 83.

²⁴ Sobre deseos, cfr. TANNENBAUM, D., DITTO, P. H., y PIZARRO, D. A., «Different moral values produce different judgments of intentional action». Unpublished manuscript. 2007, University of California-Irvine, disponible en Academia.edu; sobre conocimiento, BEEBE, J. R., & BUCKWALTER, W., «The epistemic side-effect effect», *Mind & Language*, 25(4), 2010, 474-498; BEEBE, J. R., & JENSEN, M., «Surprising connections between knowledge and action: The robustness of the epistemic side-effect effect», *Philosophical Psychology*, 25(5), 2012, 689-715; sobre creencias, BEEBE, J. R., «A Knobe effect for belief ascriptions», *Review of Philosophy and Psychology*, 4(2), 2013, 235-258.

motivo para llevar a cabo la acción²⁵; o que se atribuye conocimiento en un porcentaje mayor cuando se pregunta por un efecto colateral valorado negativamente. Knobe concluyó en sus investigaciones que la asignación de un estado mental referido a un determinado resultado depende de la valoración moral que asignemos intuitivamente al evento. Y esta conclusión se ha convertido en una tesis ampliamente aceptada y respaldada por otros estudios similares²⁶ hasta el punto de que esta asimetría en la atribución de intencionalidad respecto del efecto colateral dependiendo de la valencia positiva o negativa del mismo se denomina «efecto Knobe».

IV. LA INCONSISTENCIA DE LA OBJECCIÓN DE INVALIDEZ DE LOS DATOS PARA UN SISTEMA PENAL CON JUECES PROFESIONALES

Una eventual objeción que podría realizarse a la traslación de los resultados de los estudios mencionados al modelo español reside en que estos analizan las posibilidades de identificar los estados mentales por ciudadanos que, en su caso, formarán parte de los jurados mientras que en nuestro sistema son jueces profesionales quienes deciden sobre la concurrencia del dolo, siendo así que a los jueces profesionales se les presupone una mayor capacidad para la realización de los juicios sobre la concurrencia del dolo de acuerdo con los criterios técnicos elaborados debido a su mayor preparación técnica y a su mayor experiencia profesional. De hecho, una de las posibles explicaciones que se ha dado al «efecto Knobe» es la existencia de un sesgo en el enjuiciamiento, al que, parecería que están menos expuestos los jueces profesionales.

²⁵ WOOLFOLK, R. L./DORIS, J. M./DARLEY, J. M., «Identification, situational constraint, and social cognition: Studies in the attribution of moral responsibility», en *Cognition*, vol. 100, 2006, n. 2, pp. 283 ss., 299; ALICKE, M. D., «Culpable causation», *Journal of Personality and Social Psychology*, núm. 63, 1992, pp. 367 ss., 369.

²⁶ Se ha llegado a resultados similares a los de Knobe en muchos estudios; por todos, MELE, A. R., «Folk Conceptions of Intentional Action», *Philosophical Issues*, vol. 22, 2012, p. 293. CUSHMAN, F./MELE, A., «Intentional Action: two-and-a-half folk concepts?», en Knobe, J./Nichols, S., *Experimental Philosophy*, Oxford University Press, 2008, pp. 171 ss.; NADELHOFFER, T., «Skill, luck, control and folk ascriptions of intentional action», *Philosophical Psychology*, núm. 18 2005, pp. 343 ss.; NICHOLS, S./ULATOWSKI, J., «Intuitions and individual differences: The Knobe effect revisited», *Mind and Language*, núm. 22 2007, pp. 346 ss. El resultado de los estudios es el mismo cambiando los escenarios (CUSHMAN, F./MELE, A., ob. ult. cit.; NADELHOFFER, T., ob. cit.), e incluso en diferentes culturas (KNOBE, J./BURRA, A., «Intention and intentional action: a cross-cultural study», *Journal of Culture and Cognition*, núm. 6, 2006, pp. 113 ss.). Aunque sobre este último punto parece haber discrepancia, cfr. LEVISON, J., «Mentally Misguided: How State of Mind Inquiries Ignore Psychological Reality and Overlook Cultural Differences», *Howard Law Journal*, vol. 49-1, 2005, p. 24.

Existirían, se dice, dos aproximaciones conceptuales a los estados mentales, una técnica y otra de «psicología popular», sosteniéndose la preferencia por el concepto técnico dado que ha sido creado por los expertos en una elaboración rigurosa y reflexiva. Por tanto, las discrepancias entre la atribución intuitiva de estados mentales y el concepto técnico de estos deberían saldarse en favor de este segundo; y esto debería conducir, paralelamente, a la desaparición de los jurados, es decir, a dejar en manos de profesionales la determinación procesal de los estados mentales²⁷. En todo caso, sean cuales sean las implicaciones y conclusiones que quepa extraer de esta diferencia entre el modo de atribución de los estados mentales por los ciudadanos legos y por los profesionales, la diferencia en sí, si se confirmara, constituye un déficit de calado para poder trasladar los resultados de estos estudios al modelo de imputación subjetiva español. Sin embargo, como vamos a ver, esta objeción, lejos de sustentarse, puede ser rebatida con solvencia.

En primer lugar, porque no puede olvidarse que en España rige desde 1995 un modelo de jurado mixto siendo competencia de dichos tribunales el enjuiciamiento de los delitos de homicidio²⁸, delito este que constituye, sin duda, el ámbito en el que se plantea en toda su dificultad la distinción entre los distintos estados mentales cuya prueba forma parte de la atribución a título de dolo o imprudencia. Así que, aunque no hubiera otras razones, deberíamos prestar atención a los resultados de este tipo de investigaciones pues hay al menos un ámbito significativo en el que pueden ser directamente de aplicación. Pero, es que, en segundo lugar, el diferente comportamiento de ciudadanos legos y expertos y, por tanto, la inadecuación de la generalización de los resultados obtenidos sobre muestras de encuestados compuestas por legos, suele ser una objeción habitual respecto de los estudios experimentales, por ejemplo, en los estudios sobre sesgos en el razonamiento, y es una objeción que ha sido rechazada con contundencia. En efecto, los estudios empíricos han demostrado que no hay tal diferencia²⁹ sino que legos y expertos estamos aquejados de los mismos sesgos, o lo estamos en porcentajes similares, no observándose varia-

²⁷ BOURGEOIS GIRONDE, S./KNEER, M., «Intention, cause et responsabilité: mens rea et effet Knobe», en Frey/G'Sell, *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, Bruylant, 2018, pp. 119 ss., 141.

²⁸ Art. 1.2.a) Ley del Jurado.

²⁹ Sobre el debate acerca del argumento de la «técnica» o la «profesionalidad», cfr. SCHULZ, E., COKELY, E. T./FELTZ, A., «Persistent bias in expert judgments about free will and moral responsibility: A test of the expertise defense». *Consciousness and Cognition*, 20(4), 2011, 1722-1731; MACHERY, E., «Expertise and intuitions about reference», *THEORIA, Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 27/1, 2012, pp. 37-54; SCHWITZGEBEL, E./CUSHMAN, F., «Expertise in moral reasoning? Order effects on moral judgment in professional philosophers and non-philosophers», *Mind & Language* 27(2), 2012, pp. 135-153. Los mismos, «Philosopher's biased judgements persist despite training, expertise and reflection», *Cognition* 141, 2015, pp. 127-137.

ciones significativas. En particular, también se ha llegado a esta conclusión cuando se ha analizado la eventual existencia de menores sesgos cognitivos en la toma de decisiones jurídicas cuando estas se adoptan por expertos jurídicos en lugar de por ciudadanos legos³⁰. Así que no parece que, ni en general, ni en particular referido al ámbito jurídico, la idea de que los profesionales son menos susceptibles de decisiones sesgadas tenga fundamento.

Aunque los anteriores argumentos no fueran suficientes, para que no quede ninguna duda, he de resaltar que el experimento de Knobe se ha replicado en investigaciones sobre expertos en Derecho alcanzándose resultados análogos a los obtenidos en las realizadas sobre ciudadanos legos; es decir, se constató el «efecto Knobe»: que la atribución de intencionalidad depende de la valencia moral positiva o negativa del resultado. Dos son las investigaciones a las que me voy a referir realizadas por el mismo grupo de investigación. En la primera de ellas la muestra estaba integrada por jueces profesionales y en la segunda los encuestados eran profesores de Derecho y doctorandos.

En la primera investigación Kneer y Bourgeois³¹ realizaron dos experimentos con una muestra de encuestados integrada por jueces franceses. Ambos estudios fueron realizados sobre jueces que no conocían el «efecto Knobe» y muy excepcionalmente sabían de los trabajos de la Filosofía experimental. Se trataba de jueces en su mayoría de primera instancia, con dilatada experiencia profesional en la jurisdicción penal, aunque también tenían experiencia en otros órdenes jurisdiccionales. El primer experimento tuvo por objeto analizar el impacto de la existencia de un resultado positivo o negativo en la adscripción de intencionalidad, mientras que el segundo analizó si la gravedad del resultado negativo producido tenía impacto en la atribución de intencionalidad. La necesidad de este segundo experimento se planteó ante la posible objeción a la que podría someterse el primer estudio relativa a la falta de incidencia práctica del efecto Knobe en la práctica penal. En efecto, en la medida en que la jurisdicción penal los jueces siempre estarían atribuyendo intencionalidad respecto de resultados negativos, el efecto Knobe, aunque se constatará, carecería de incidencia práctica. Como los propios autores señalan, esta objeción es infundada en la medida en que también en la jurisdicción penal hay que valorar hechos con valencia positiva, por ejemplo, para la aplica-

³⁰ Por todos ALONSO, J., «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal», en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, pp. 31 ss., 41 ss.; ALONSO, J., «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal», *Indret*, núm. 4, 2011, pp. 21 ss.; DROR, I. E., «Cognitive and Human Factors in Expert Decision Making: Six Fallacies and the Eight Sources of Bias», *Anal. Chem.*, núm. 92, 2020, pp. 7998 ss.

³¹ «Mens rea ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed», *Cognition* 169, 2017, pp. 139-146.

ción de atenuantes³², o eximentes, por lo que se da la situación en la que la diferente valencia de los eventos puede tener incidencia. No obstante, para descartar con mayor precisión esta eventual objeción y examinar el escenario habitual en la jurisdicción penal se configuró el segundo experimento cuyo objeto era analizar si el mayor grado de desvalor negativo del evento tenía incidencia en la atribución de intencionalidad.

El primer experimento presentaba el caso-escenario de los estudios de Knobe realizándose tres preguntas. En la primera los encuestados debían contestar si o no, si el presidente había dañado/mejorado el medio ambiente intencionalmente. En la segunda se les pedía que en una escala de 1 a 7 manifestaran el grado de acuerdo o desacuerdo sobre si el presidente de la empresa había dañado/mejorado el medio ambiente intencionalmente, reflejando el 1 un fuerte desacuerdo y el 7 un acuerdo total. En la tercera se preguntaba si el presidente merecía elogio o reprobación. Pues bien, en la primera pregunta el 86% de los encuestados adscribieron intencionalidad de los daños medioambientales, mientras que solo atribuyeron intencionalidad el 11% de los encuestados en relación con los beneficios para el medio ambiente. En la misma línea, en la escala de acuerdo o desacuerdo, resultó que el grado de acuerdo con la idea de que el presidente había dañado el medio ambiente fue del 5.67 frente al 2.56 que reflejaba el grado de acuerdo con la idea de que el presidente había mejorado el medio ambiente de manera intencional. Y en la tercera pregunta los resultados fueron coherentes con las anteriores, de modo que un 83% reprochaba al presidente cuando el resultado era negativo y solo el 20% le atribuía mérito cuando el resultado era positivo³³. Es decir, que los resultados no dejaron ninguna duda de que el «efecto Knobe» se produce también en jueces profesionales; o, dicho de otro modo, demostraron que la asignación de intencionalidad también está lastrada en los jueces profesionales por la valoración moral del evento. Por ello los autores del estudio concluyen que las intuiciones de los jueces profesionales se encuentran afectadas por o son dependientes de los mismos factores que las de los jueces legos.

En el segundo experimento Kneer y Bourgeois analizaron si el diferente grado de negatividad del efecto colateral podía tener incidencia en la asignación de intencionalidad. Para ello se utilizó el siguiente caso escenario: un asesor propone al alcalde de una ciudad costera la realización de una autopista

³² BOURGEOIS, S./KNEER, M., «Intention, cause et responsabilité: mens rea et effet Knobe», en Frey/G'Sell, *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, Bruylant, 2018, pp. 119 ss., 140.

³³ KNEER, M./BOURGEOIS, S., *Cognition* 169, 2017, p. 142. Se analizó también si responder en primer lugar sobre un escenario u otro (resultados positivos o negativos en el medio ambiente) producía variaciones en las respuestas y no se encontraron variaciones.

que mejorará el tráfico pero que puede producir pequeños/importantes daños medioambientales. Así, se advierte de que durante la construcción algunos animales de la zona pueden verse afectados o morir y de que el efecto puede ser temporal recuperándose al finalizar la construcción o no. Con ello se componen dos escenarios de resultados negativos para el medio ambiente de distinta gravedad: malo y muy malo. En este caso solo se utilizaron dos preguntas para que se contestara el grado de acuerdo/desacuerdo en la escala de 1 a 7: en la primera pregunta había que responder el grado de acuerdo o desacuerdo sobre la existencia de intencionalidad respecto de los resultados malos o muy malos; en la segunda debía responderse sobre el grado en que el alcalde merecía reprobación por el resultado. Los resultados a la primera pregunta implicaban que la asignación de intencionalidad fue mayor cuando el daño medioambiental era más grave (5.18 en los resultados muy malos frente a 3.33 cuando no eran tan malos) y los resultados a la segunda también evidenciaron que las asignaciones de reproche eran mayores (5.59 en los casos más graves frente a 3.53 en los más leves). Por tanto, los resultados mostraron que el concepto de intencionalidad de los jueces profesionales también es dependiente del grado de desvalor del resultado negativo, de modo que hay mayor tendencia a atribuir intencionalidad cuanto más negativos son los efectos producidos.

En la segunda investigación³⁴, sobre una muestra de profesores y doctores en Derecho, se les presentaba, igual que en la primera investigación, de forma aleatoria el escenario de Knobe con resultados positivos o negativos, teniendo que responder las mismas tres preguntas. Pero, en un segundo momento, una vez contestado el primer bloque, se presentaba a los encuestados el escenario inverso intentando analizar así la coherencia entre las respuestas, es decir, si utilizaban los mismos criterios de asignación de intencionalidad en ambos escenarios, el de resultados positivos y el de resultados negativos en el medio ambiente. Los resultados arrojaron el dato de que el 59% de los participantes atribuían intencionalidad en el escenario negativo, frente al 21% que la atribuían en el escenario de mejoras en el medio ambiente; el grado de acuerdo en la escala de 1 a 7 fue del 4.78 respecto de la intencionalidad del resultado negativo frente al 2.72 de acuerdo con la intencionalidad del resultado positivo³⁵; se constató también que un 59% de los participantes no daban la misma respuesta en los dos casos. Por consiguiente, también en esta segunda investi-

³⁴ BOURGEOIS, S./KNEER, M., 2018, pp. 136 ss.

³⁵ Estos resultados se refieren a los que solo han respondido aleatoriamente sobre un escenario; cuando se incorporan los resultados globales una vez que todos han respondido sobre los dos escenarios, los resultados bajan un poco: 4.64 para el acuerdo en caso de resultado negativo y 3.17 para el acuerdo en caso de resultado positivo.

gación los resultados son claros en el sentido de evidenciarse que también entre los profesionales del Derecho la atribución de intencionalidad depende de la valencia moral del evento.

La conclusión que puede extraerse entonces es que no hay diferencias significativas entre jueces legos y profesionales, de modo que, aunque los estudios sobre el Código penal tipo se han realizado sobre ciudadanos legos, esto no invalida la posibilidad de extraer conclusiones generales también para los sistemas en los que el enjuiciamiento penal está preponderantemente en manos de jueces profesionales.

V. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA

1. **Discordancia entre los conceptos técnico y vulgar de los estados mentales y vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva**

Las investigaciones presentadas confluyen en sus resultados: en la falta de vigencia del principio de responsabilidad subjetiva, pues la adscripción de estados mentales es dependiente de factores objetivos ajenos al propio estado mental.

De un lado, los estudios sobre los estados mentales del MPC evidencian las dificultades del ciudadano medio a la hora de asignar una pena mayor o menor en atención a las concretas distinciones entre estados mentales del sujeto juzgado de acuerdo con los estándares técnicos del MPC. Estas dificultades se relacionan con los problemas que encuentran para captar los escenarios que representan las precisas diferenciaciones que el MPC establece entre los distintos estados mentales. Los estudios señalan que la forma en que se definan los estados mentales y se presenten estos a los ciudadanos influye en la correcta identificación de los estados mentales; por eso afirman la necesidad de revisar las instrucciones dadas a los jurados en esta materia.

No me cabe ninguna duda de que una mejora en las instrucciones a los jurados puede mejorar la atribución de los estados mentales; pero de estos estudios quizás se pueden extraer otras enseñanzas si ponemos en conexión estos con los de los filósofos experimentales ya que estos últimos pueden aportar alguna explicación sobre las razones de dichas dificultades de diferenciación de los estados mentales. Como he expuesto, las investigaciones de los filósofos experimentales ponen de relieve que la atribución de intencionalidad depende de la valoración moral del evento, de modo que tal atribución no solo varía dependiendo de si el evento es valorado de forma positiva o negativa, sino que

también se modifica en función del grado de negatividad moral con el que se valora el evento: cuanto peor se valora el resultado, mayor es el grado de atribución de intencionalidad. Pues bien, si trasladamos estos resultados al marco continental de los elementos dogmáticos del delito, resulta que la diferenciación entre conceptos técnicos y vulgares incide no solo en la atribución de los elementos subjetivos; de acuerdo con lo expuesto, no solo habría más probabilidad de asignar dolo cuanto más grave es el resultado producido o peor valoración tiene el delito realizado, sino que sería más probable siempre la atribución de dolo que la admisión de error o desconocimiento; igualmente, sería más probable la admisión de la concurrencia de una agravante que la de una atenuante, de un tipo agravado que de uno básico o de uno atenuado, o habría mayores probabilidades de considerar típica una conducta que de considerarla justificada o a su autor exento de responsabilidad.

En relación con los estados mentales se pueden extraer también otras conclusiones y no solo la general de la falta de coincidencia entre los conceptos técnicos y los populares de los estados mentales. Así, la primera consecuencia que parece extraerse de estos estudios es la interdependencia de los elementos objetivos del delito y los subjetivos. Si los estudios evidencian una tendencia a atribuir intencionalidad en función de la gravedad y valoración del resultado producido, al menos este elemento objetivo y su propia valoración moral objetiva influyen en la atribución del estado mental. Esta interdependencia no resulta problemática si lo que refleja es el grado de sanción que merece el delito, pues es claro que en la configuración del marco legal de pena adecuado a una modalidad delictiva se han de tener en cuenta tanto la gravedad del injusto objetivo como la entidad del injusto subjetivo y de la propia culpabilidad. Por tanto, que exista una tendencia a atribuir mayor pena en atención a la mayor gravedad del resultado producido no plantearía ningún problema, al menos para quien, como yo, defiende una concepción predominantemente objetiva del injusto, puesto que el resultado es un elemento que evidencia un mayor injusto objetivo siempre que sea objetivamente imputable a la conducta peligrosa³⁶. Solo en este sentido se podría admitir la solución propuesta por el propio Knobe de acercar el concepto técnico al concepto de «psicología popular» de intencionalidad, entendiendo que la toma en consideración de la valoración moral del evento en la asignación de intencionalidad evidenciaría un mecanismo psicológico estructural que no sería negativo.

³⁶ Como sabemos esta es una cuestión altamente controvertida, cfr. por todos, HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el concepto de antijuridicidad*, Madrid (Techos), 1983; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona (Bosch), 2001.

Pero sí resulta problemática esta dependencia si lo que refleja es que la atribución de los estados mentales, del dolo y la imprudencia, carece de autonomía y resulta aneja a la de los elementos objetivos del delito³⁷, pues esto supondría un claro lastre para la vigencia del principio de responsabilidad subjetiva ya que evidenciaría que para la ciudadanía no es tan relevante el estado mental o el título de atribución subjetiva siendo más partidaria de establecer una suerte de «responsabilidad objetiva» «por el resultado» que un modelo de responsabilidad anclado en el principio de responsabilidad subjetiva. Algunos de los resultados de los estudios del MCP apuntarían también en esta dirección; así, la tendencia a considerar suficiente para la intervención penal estados mentales menos graves que los requeridos por las concretas figuras delictivas y las menores discrepancias entre la asignación correcta de un estado mental y el atribuido cuando coinciden en gravedad el estado mental y el resultado producido.

La primera explicación de las dificultades de atribución de los estados mentales podría estar en los propios sesgos cognitivos que conducen a vincular la atribución de los estados mentales a ciertos elementos objetivos y a su valoración moral. Si las investigaciones son correctas y tampoco los profesionales del Derecho somos ajenos a este efecto, entonces, uno de los pilares sobre el que descansa el Derecho penal ilustrado, la diferencia entre la calificación de un hecho como antijurídico y su atribución subjetiva, se tambalea. Los sesgos cognitivos están produciendo la falta de vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva. Frente a quien sostiene que habría que acercar el concepto técnico de intencionalidad al popular, creo que la relevancia del principio de responsabilidad subjetiva como principio garantista insustituible vinculado al Estado de Derecho³⁸ conduce a intentar otras estrategias³⁹ con el fin de conseguir enjuiciamientos más acordes con el respeto a la autonomía del principio de responsabilidad subjetiva.

³⁷ Cfr. en este sentido NADELHOFER, T., «Bad Acts, Blameworthy Agents, and Intentional Actions: Some Problems for Juror Impartiality», *Philos. Explor.* 2006/9 pp. 203 ss., p. 204; BOURGEOIS, S./KNEER, M., 2018, pp. 134, 142.

³⁸ Cfr. PÉREZ MANZANO, M., «El fundamento de la pena del delito doloso», en Pérez Manzano y otros (dir.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid (UCM), 2020, pp. 533 ss.

³⁹ Sobre las distintas interpretaciones del «efecto Knobe», cfr. BOURGEOIS, S./KNEER, M., 2018, pp. 124-133. Alguna estrategia para evitar el sesgo retrospectivo que parece tener alguna incidencia en el «efecto Knobe», es propuesta por KNEER, M./SCOZEN, I., «Outcome effects, moral luck and the insights bias», en *Cognition* (232), 2023, 105, 258.

2. Los déficits de la representación del riesgo como criterio para la asignación del estado mental

En este contexto de reforzamiento de la vigencia social del principio de responsabilidad subjetiva se debería examinar no solo si es necesario revisar las instrucciones de los jurados para alcanzar mejores resultados, sino si el criterio que subyace a las distinciones entre los estados mentales del MPC es idóneo: la representación del riesgo de producción del resultado. Si este fuera el caso, sería necesaria una revisión a fondo de los conceptos relativos a las distintas modalidades de estado mental y no solo una reformulación de la forma en que se expresa la definición del estado mental.

Hace ya tiempo que, en España, Molina Fernández puso de relieve las dificultades para distinguir el dolo y la imprudencia debido a su carácter gradual⁴⁰, proponiendo un sistema de marcos de penas graduales solapados, es decir, un campo de sanción que pudiera ser aplicable tanto a casos límites de dolo como a casos límite de imprudencia consciente. Siempre pensé que si bien la propuesta podía contribuir en cierta medida a mejorar la aplicación práctica, no funcionaría bien en un sistema de *numerus clausus* de tipificación de la imprudencia, pues en este modelo, para establecer un marco solapado de pena, hay que tomar primero la decisión de sancionar penalmente la modalidad imprudente del delito y, dado que es muy excepcional la tipificación de modalidades delictivas imprudentes, el modelo solo funcionaría si aumentáramos el número de delitos tipificados en su modalidad imprudente. Es decir, que, para ser operativa, la propuesta de solapamiento de los marcos penales acaba ocasionando una inflación de infracciones imprudentes en el Código penal, cuando la tendencia político-criminal es y debe ser la contraria. Y si no la produjera, sería inoperante, pues no se pueden solapar marcos inexistentes.

En todo caso, este sistema de marcos solapados podría funcionar en los delitos contra la vida y la integridad física, respecto de los cuales sí se sancionan ambas modalidades delictivas. Pero no parece que el legislador español tenga una concepción cercana a la de Molina Fernández, pues nuestro código penal ni siquiera tiene marcos contiguos de pena para las modalidades dolosas e imprudentes del mismo delito. Tanto en los delitos contra la vida como en los delitos contra la integridad física, la diferencia de los marcos de pena entre las modalidades dolosas e imprudentes implica un salto penológico relevante: en el caso del homicidio, por ejemplo, desde los 4 años de prisión, que es la pena máxima para un homicidio con imprudencia grave con un único resultado, a

⁴⁰ MOLINA, F., 2005, p. 738.

los 10 años que es la pena mínima del homicidio doloso. Este modelo evidencia que la comprensión del legislador español está muy lejos de la idea de la gradualidad de Molina Fernández⁴¹; más bien, al contrario, el código penal español parte de la existencia de un salto cualitativo importante entre la comisión dolosa e imprudente del mismo delito. Y probablemente ello se debe a que la tesis de este autor se vincula a la teoría de la representación, mientras que desde las teorías del consentimiento, la presencia o ausencia de un cierto elemento volitivo puede fundamentar una diferencia cualitativa mayor entre el dolo y la imprudencia.

Mas allá de esta cuestión, relevante es también que los estudios expuestos vienen a avalar mi intuición: la única diferenciación que la ciudadanía es capaz de identificar con claridad es la que existe entre actuar con intención y actuar con o sin consciencia del riesgo de producir el resultado. De acuerdo con los estudios, los ciudadanos distinguen con bastante claridad las dos modalidades de estados mentales situadas en los extremos y los errores en la calificación del actuar con conocimiento no redundan en una mala identificación de la actuación intencional⁴², sino en una incorrecta identificación de la actuación con manifiesto desprecio del riesgo. Es decir, que en cuanto se intenta efectuar la distinción entre estados mentales en atención a los niveles de representación que el autor tenía del riesgo de producción del evento, las distinciones devienen inaccesibles, pues no otra cosa evidencia que las tasas de acierto de las dos categorías intermedias –conocimiento y *recklessness*– rondan el cincuenta por ciento en el segundo estudio del equipo de Shen y estuvieran entre el cuarenta y el cincuenta por ciento en el primero. Como se ha expuesto, los mayores problemas de identificación se producen entre estas dos categorías, esto es, entre grados de representación del riesgo de producción del resultado.

Trasladando los resultados a las categorías continentales podríamos concluir que parece que se identifica con una precisión aceptable la diferencia

⁴¹ Si el bien jurídico lesionado es el mismo y, si tanto en la modalidad dolosa como en la imprudente exigimos una acción que eleve el riesgo por encima de lo permitido que se conecte con el resultado, no parece que haya ninguna diferencia en la gravedad del injusto objetivo entre la modalidad dolosa y la imprudente. Las diferencias de pena solo pueden fundamentarse entonces en la distinta entidad del injusto subjetivo o de la culpabilidad que representa la concurrencia de dolo o imprudencia o en la distinta necesidad de pena que se considera existente para ambas modalidades delictivas. Sin profundizar en el tema, creo que estos saltos de pena reflejan una concepción sobre el fundamento de la pena del dolo que toma en cuenta las mayores necesidades preventivas de pena, partiendo de que la conducta dolosa cuestiona la vigencia de la regla de conducta inherente a la prohibición penal y esta forma de fundamentar la mayor pena del delito doloso no respeta, en mi opinión, el principio de responsabilidad subjetiva. Cfr. PÉREZ MANZANO, M., 2020, pp. 533 y ss.

⁴² Cfr. GINTHER, M. R. y otros, *Vanderblit Law Review* núm. 67, 2014 p. 1352. Los errores se mueven en este caso entre el siete y el diez por ciento.

entre dolo directo de primer grado y el dolo de consecuencias necesarias, pero que no se distingue con claridad entre el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, ni entre este y la imprudencia consciente⁴³. Lo que nos muestran los estudios es que la representación del grado de riesgo de producción del resultado no es un criterio certero para la asignación de responsabilidad, probablemente porque como el sistema emocional cumple una función relevante en el desempeño de las funciones cognitivas⁴⁴, pretender que un criterio que responde a fríos parámetros racionales –el grado de riesgo con el que se representó un sujeto el resultado– sirva para establecer las diferencias entre los estados mentales y la correspondiente asignación de responsabilidad y pena, constituye una tarea condenada de antemano al fracaso⁴⁵.

De otra parte, esto puede deberse también a las propias dificultades de prueba de la representación de una determinada probabilidad. A pesar de que una de las ventajas que esgrimen los defensores de las teorías de la probabilidad frente a los defensores de las teorías del consentimiento es su mejor capacidad de prueba, se trata de un argumento inconsistente. Esta ventaja solo se constataría si la representación de la probabilidad se pudiera derivar de manera automática de los mismos elementos objetivos en base a los cuales se determina el porcentaje de probabilidad. Pero el principio de responsabilidad subjetiva, su propio carácter autónomo, impide dicha inferencia. Si infiriéramos la representación de la probabilidad de un resultado de los mismos indicios con los que se determina la tasa de probabilidad de un evento, estaríamos identificando la tasa de probabilidad de producción de un evento con la representación que de dicha tasa tiene quien actúa, negando autonomía al elemento subjetivo, esto es, a la representación misma. Pero, aunque no fuera una exigencia derivada de la propia autonomía del elemento subjetivo, hay un segundo argumento para negar la inferencia: no se puede esgrimir una máxima de experiencia del tipo «todo sujeto adulto, en normalidad de capacidad y circunstancias, habría percibido el riesgo real, sobre todo si este es elevado», porque los estudios indican lo contrario⁴⁶. De un lado, al actuar, tendemos a minusvalorar las

⁴³ Parto de que la *recklessness* puede abarcar tanto casos de dolo eventual como de imprudencia consciente.

⁴⁴ He desarrollado esta cuestión en «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?», en *RECPC* 23-15, 2021, pp. 8 y ss.

⁴⁵ Sobre los sesgos en la asignación y representación de probabilidades, KAHNEMAN, D./TVERSKY, A., «The psychology of prediction», *Psychological Review*, vol. 80 1973, núm. 4, pp. 237-251.

⁴⁶ En la doctrina española sostienen la existencia de una máxima de experiencia de este tipo por ej. LAURENZO, P., (*Dolo y conocimiento*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999, p. 149) quien entiende que si una conducta es altamente peligrosa, las circunstancias que fundamentan ese peligro son perceptibles por cualquiera, o RA-

probabilidades de que con nuestra conducta produzcamos eventos negativos, comportándonos como optimistas patológicos (sesgo de autopercepción); de otro, cuando evaluamos la conducta de un tercero y preguntamos si un sujeto concreto se representó un resultado sabiendo que este finalmente se ocasionó, la atribución de «conocimiento» se eleva⁴⁷, porque operamos como acusadores intuitivos e influye el sesgo retrospectivo. Así que no existe una máxima de experiencia que nos permita inferir representación del riesgo concreto creado a partir de las probabilidades reales de producción del resultado, o del riesgo generado. En realidad, la máxima de experiencia existente juega en contra de declarar probada la representación del riesgo a partir exclusivamente de la probabilidad objetiva de producción del evento: aplicando la máxima de experiencia habría que concluir que lo más probable es que cuando un sujeto normal actúe se habrá representado el riesgo como insuficientemente peligroso, habrá descartado para sí mismo estar creando un peligro típico. Por tanto, conforme a este criterio y esta máxima de experiencia, la regla debiera ser la absolución.

Sin embargo, no parece que esto vaya a conducir a una situación de masivas absoluciones, a tenor de otra de las ideas manejadas en este trabajo: aunque los ciudadanos minusvaloramos el riesgo real de producción de eventos negativos cuando somos nosotros quienes estamos implicados en la generación del riesgo, sin embargo, cuando atribuimos a terceros responsabilidad por el evento sabiendo que este se ha producido (situación habitual en un proceso penal en el que se valora la atribución subjetiva de un evento ya acaecido) hay tendencia a afirmar que se representó la probabilidad de producción del resultado, primero porque juega el sesgo retrospectivo, y segundo porque el propio carácter negativo del evento ancla al alza la atribución de responsabilidad. Así que, en la práctica, quizás, unos sesgos acaben compensando otros. Pero este saldo no puede ocultar que el criterio de diferenciación tiene déficits significativos.

3. A la búsqueda del elemento volitivo

Quizás por todo lo acabado de apuntar, en el sistema angloamericano, la doctrina y la jurisprudencia dejan claro que la diferencia entre actuar con conocimiento y con *recklessness* no reside solo en el «grado» de riesgo que la

GUÉS I VALLÈS, R., (*El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (Bosch), 1999, pp. 468 ss., 482 ss.) para quien sería perceptible por cualquier adulto normal que tiene sus capacidades intactas.

⁴⁷ KAHNEMAN, D./TVERSKY, A., *Psychological Review*, 1973, pp. 237-251.

conducta genera, pues si bien en todo caso el sujeto ha de representarse precisamente esa «cantidad» de riesgo, es necesario, además, ponderar otros criterios «cualitativos» sobre la «clase» de riesgo creado y percibido, esto es, su carácter injustificado. Este último criterio, de carácter normativo, permite calificar de actuación *recklessly* en los casos de baja probabilidad de producción del resultado, como el de la ruleta rusa –en el que la probabilidad de disparar la bala es tan solo de un 17%–⁴⁸. Solución esta que suele ser también la mayoritaria en el marco de la doctrina continental del dolo eventual, pero por razones diversas. De hecho, anclar la distinción en el carácter injustificado del riesgo no mejora la situación para el principio de responsabilidad subjetiva, pues el carácter injustificado del riesgo sigue siendo un elemento de carácter objetivo que, en nuestro sistema, es determinante del carácter típico de la conducta: que el riesgo generado se considere injustificado es un requisito del primer elemento de la imputación objetiva. Si admitimos la presencia de dolo ha de ser porque aparece un elemento subjetivo que permite realizar la imputación subjetiva; así, en el caso Thyren, similar al de la ruleta rusa, en el que se duda de si tan baja probabilidad de producción del resultado puede dar lugar a conducta dolosa solo porque el sujeto actuó con intención, se responde positivamente la concurrencia de dolo atribuyéndose al autor delito consumado si el resultado llega a producirse y tentativa si no se produce⁴⁹.

Si hay cierto consenso en resolver estos casos admitiendo que en la atribución del estado mental no es determinante el grado de probabilidad de producción de un evento, sino que juega como factor determinante la intención, entonces, debería operarse con el mismo criterio en los casos de elevada probabilidad de producción del resultado y exigir algún momento volitivo relevante. Frente a los problemas que generan las teorías de la representación deberían explorarse las posibilidades de las teorías volitivas, pues no podemos perder de vista que, de acuerdo con los estudios expuestos, la distinción más clara en la atribución de estados mentales es la que toma en cuenta el elemento volitivo, la intención. Alguna tímida propuesta hacen Shen y su equipo en este sentido al sostener que si en la definición del estado mental «conocimiento» se enfatizara sobre el elemento volitivo y su conexión con el efecto colateral –por ejemplo, señalando, que si bien el sujeto «no desea» el daño, sin em-

⁴⁸ Por todos CHIESA, L., 2018, p. 580.

⁴⁹ Por todos, ROXIN, C., «Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia. Especialmente en los delitos de homicidio», en Jiménez Díaz y otros (coord.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje al prof. Dr. Mult. H. C. Lorenzo Morillas*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 1579 ss., 1596. Naturalmente en estos casos el primer filtro es el carácter no permitido del riesgo generado lo que permitirá la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta, la imputación objetiva del comportamiento. Esto se produce, sin duda, en los casos de utilización de armas; pero puede no darse en otros.

bargo, «está dispuesto a» causarlo en orden a alcanzar «otro propósito»—, los resultados mejorarían, de modo que se facilitaría a los ciudadanos la distinción entre los estados mentales mencionados en el MPC; en particular, mejoraría la distinción entre actuar con conocimiento y actuar con manifiesto desprecio del riesgo⁵⁰. Sin perjuicio de que probablemente haya que afinar algo más para establecer la distinción entre los estados mentales, estos estudios aportan un argumento relevante a la hora de trazar el camino a seguir: si queremos seguir diferenciando entre distintos estados mentales de cara a establecer consecuencias para la atribución de responsabilidad penal y pena, el conocimiento que el sujeto tenga al actuar de la probabilidad de producción del resultado no es criterio suficiente para lograrlo.

⁵⁰ SHEN F. X. y otros, *New York University Law Review*, 86, 2011, p. 1352.

EL ROL DE LA IDEA DE INDIFERENCIA EN LOS CASOS DE CEGUERA ANTE LOS HECHOS

JOSÉ MILTON PERALTA*

I. INTRODUCCIÓN

Según la tesis ortodoxa de la imputación subjetiva, el conocimiento permite el reproche completo por el ilícito objetivamente realizado, el desconocimiento, a lo sumo (cuando es evitable), solo un reproche parcial. La tesis menos conservadora sostiene que no es justo que el desconocimiento evitable siempre deba descargar de responsabilidad, sino que hay que analizar «a qué se debe», pues si el desconocimiento tiene su origen en la «indiferencia» del autor no tiene que operar a su favor¹. Los casos en los que el desconocimiento tiene esta causa se conocen también como «ceguera ante los hechos».

Aquí se partirá de la base de que hay casos de desconocimiento que no deben descargar de responsabilidad (es decir, que merecen la pena dolosa). También se concederá que la idea de indiferencia es un buen indicador de cuáles son esos casos. Sin embargo, se argumentará que por tal cosa no debe ni puede entenderse una mera actitud interna del agente. Que, por el contrario, hablar de indiferencia es solo una «manera» de dar cuenta de cuestiones que son, en primer término, objetivas: en concreto, que se encuentran vinculadas al grado de dificultad del agente para acceder al conocimiento relevante.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ JAKOBS, G., «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW* 114, 2002, pp. 584 ss., PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2012, pp. 367 ss.

Aquí se defenderá que solo puede hablarse de indiferencia cuando el desconocimiento del autor es completamente inexcusable y, que, por el contrario, cuando el desconocimiento, aunque reprochable, aun es parcialmente excusable, ya no cabe hablar de indiferencia sino solo de imprudencia. Que aquí existe una «gradación» de la excusabilidad del error y que los términos indiferencia o imprudencia son una manera de referirnos a esa excusabilidad según sus grados.

II. EL CONCEPTO DE CEGUERA ANTE LOS HECHOS Y LA RELEVANCIA DE LA IDEA DE INDIFERENCIA

La idea de que los casos de ceguera ante los hechos deben ser tratados como dolos y que ello se fundamenta en que el autor no se representa las consecuencias de sus acciones debido a su indiferencia es sostenida por Jakobs y por su discípulo Pawlik.

El argumento central de Jakobs es que tratar como imprudencia los casos de ceguera ante los hechos es axiológicamente incoherente. Sostiene que «no puede ser» que a la persona que tiene algún grado de interés por los demás y que, por eso, se representa un posible daño se la trate peor que a aquella que, por absoluto desinterés, ni siquiera piensa en ello. En consecuencia, afirma que para saber si hay dolo lo que se debe probar no es el conocimiento del autor, sino su indiferencia ante el derecho². Esta indiferencia se manifiesta tanto cuando el autor conoce y sin embargo actúa, como cuando no conoce, si ese desconocimiento se debe a su desinterés por conocer. Un ejemplo para discutir el problema podría ser el siguiente:

Un agricultor tiene cultivos en grandes extensiones de terrenos. Con el objetivo de permitir que la avioneta fumigadora detecte rápidamente el lugar por donde debe distribuir los pesticidas, coloca a hijos de los peones de campo en determinados lugares para señalar. Gracias a esto, la avioneta fumiga en el lugar indicado.

En el supuesto A, el agricultor se representa el peligro de daño a la salud de los niños y, sin embargo, actúa. Aquí existe acuerdo en que debe afirmarse el dolo. En el supuesto B, otro agricultor, ante las mismas circunstancias, en ningún momento se representa que eso puede ser dañino y actúa. Según la postura ortodoxa se debe afirmar imprudencia. Pero esto a Jakobs le parece insos-

² JAKOBS, *ZStW 114*, 2002, p. 586.

tenible. La razón: que en este último caso la persona no se representa el resultado por indiferencia ante el bien jurídico y que eso no puede beneficiarlo³.

Jakobs dice que en estos casos el autor se basa en un defecto de valoración, que es lo que explica que no haya actualizado sus conocimientos generales en el caso concreto. En el ejemplo, no actualizó que la exposición directa de las personas a fungicidas es dañina para la salud⁴. Y continúa: «distinta es la situación en el comportamiento imprudente, que es erróneo (*irrtümlich*). Aquí, la falta de actualización de los conocimientos no son una consecuencia de un defecto de valoración, es decir, del desinterés por las consecuencias del propio comportamiento, sino de una pérdida de orientación». Agrega que esta pérdida de orientación «puede deberse no solo a la influencia de una enfermedad, sino también a la falta de sueño, sueño extremo, una sobrecarga anímica, al miedo o también a una sorpresa amistosa inesperada o a otras circunstancias (...) incluso a un sentido equivocado del tiempo y hasta un simple olvido»⁵. Todo esto puede fundamentar imprudencia, concluye, si se debe a la falta de cuidado de la persona⁶. Entonces, pareciera que en estos casos ya no puede hablarse de indiferencia «porque» existe una explicación alternativa para su desconocimiento, la existencia de ciertas circunstancias que lo tornan comprensible.

Pawlik sostiene ideas muy similares⁷. Al explicar la relevancia de la idea de indiferencia, sostiene que la confianza de las personas en los demás solo puede existir si es que se puede partir de que estos, de manera regular, se «esfuerzan» por evitar comportamientos contrarios a su competencia (*zuständigkeitswidrig*), es decir, comportamientos ilícitos. Y si bien esa falta de esfuerzo no puede castigarse por sí misma (lo que entiendo que significa que no puede castigarse sin un acto que la acompañe), entiende que tampoco puede obviarse del todo⁸ (es decir, que sí podría considerarse al castigar cuando está acompañada por un acto de aquellas características)⁹.

³ En Argentina, al menos PÉREZ BARBERÁ, G., «¿Dolo como indiferencia?», *En Letra Año VI, número 11*, 2021, pp. 2 ss. y PERALTA, J., «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en De Vicente Remesal, J. et al. (dirs), *Libro homenaje a Luzón Peña*, Madrid (Reus), 2020, pp. 905 ss., sostienen ideas emparentadas.

⁴ JAKOBS, G., *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2020, p. 35.

⁵ JAKOBS, G., 2020, p. 36.

⁶ JAKOBS, G., 2020, p. 36.

⁷ PAWLIK, M., 2012, p. 304.

⁸ PAWLIK, M., 2012, p. 371.

⁹ Cuando se trata de evaluar los elementos de ánimo, SCHMIDHÄUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen (ed. no especificada), 1958, pp. 168 ss. y KELKER, B., *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Frankfurt am Main (Klostermann), 2007, pp. 451 ss. sostienen ideas muy similares. Una crítica al respecto en PERALTA, J., *Motivos reprochables*, Barcelona, entre otras (Marcial Pons), 2012, pp. 176 ss.

Agrega que las conductas que aún son compatibles con la máxima de la evitación de la lesión a la ley o que fueron influenciadas por circunstancias que descargan al autor merecen un juicio más débil que aquellas en las que no han existido estas dificultades y que, por ende, ya no son compatibles con aquella máxima¹⁰. En este último caso el autor desconoce algo que es casi imposible no conocer o, como dice Pawlik, «que ninguna persona razonable podría haber desconocido». Y concluye que cuando esto ocurre, esa persona «merece el tratamiento de un enemigo del derecho»¹¹, es decir, que su desconocimiento no merece ninguna consideración (*i. e.* la pena del dolo).

Sin embargo, poco después agrega algo importante. Afirma que un hecho basado en el desconocimiento solo puede ser tratado como doloso bajo el «doble presupuesto de que el autor desconozca algo que para cualquier persona razonable es obvio» y que ese defecto se deba a su «indiferencia o desinterés» por obedecer el derecho¹². Antes parecía que el mero desconocimiento irrazonable era suficiente para hablar de dolo. Ahora parece que, «además», debe haber una actitud interna específica, la falta de preocupación por obedecer al derecho, para que la pena del dolo sea la adecuada, como si fueran dos aspectos de la misma conducta que pueden independizarse.

Así, tanto Jakobs como Pawlik sostienen que la indiferencia es un factor decisivo para determinar si los casos de desconocimiento craso deben ser considerados dolosos. En principio, esto puede entenderse como algo genuinamente subjetivo, algo como la evaluación de la actitud interna, «con independencia de lo que efectivamente ocurre». De modo tal que ante dos circunstancias objetivamente idénticas, si el autor tiene cierta actitud interna merecerá la pena del dolo, mientras que si tiene otra, la de la imprudencia (esto es lo que se sigue de decir que hay que atender «también» a la actitud interna).

Esta lectura es la que, por ejemplo, hace Ragués al decir que en estos casos «el déficit de representación se ve compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo»¹³. Y agrega que «es dudoso, en cambio, que en aquellos casos en los que la razón del desconocimiento (de la “ceguera”) no sea la falta de interés por conocer o una grave indiferencia, sino un descuido gravísimo ante un riesgo muy eleva-

¹⁰ PAWLIK, M., 2012, p. 375.

¹¹ PAWLIK, M., 2012, p. 394.

¹² PAWLIK, M., 2012, pp. 396 s.

¹³ RAGUÉS I VALLÈS, R., «De nuevo el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico», *Indret* 3, 2012 p. 9.

do, el hecho sea expresión de aquello que legitima la imposición de la pena propia del dolo»¹⁴.

Para que esta distinción tenga sentido, uno debe poder encontrar casos en los que haya desconocimiento craso y no haya indiferencia. Jakobs dice que esto ocurre si la conducta emprendida también implica al autor. Su ejemplo es el siguiente: «Un inquilino quiere abrir una ventana en la casa que alquila, para lo cual hace volar una pared; la casa se derrumba» con el inquilino dentro¹⁵. Jakobs sostiene que aquí se configura un caso de imprudencia (grave) frente a quienes cohabitan con él, pero que no hay ceguera ante los hechos, porque esa falta de representación no se fundamenta en la indiferencia. La premisa subyacente, que no explicitada del todo, es que uno no puede ser indiferente frente a sus propios intereses.

III. EL ROL DE LA IDEA DE INDIFERENCIA Y LA CRÍTICA AL DERECHO PENAL DE ÁNIMO

Frente a la descripción anterior de las posturas de Jakobs y Pawlik, y la lectura que de ellas realiza, por ejemplo, Ragués, se alza la siguiente crítica, formulada por Pérez Barberá: como el reproche se basa en la «indiferencia» (y no solo en la irracionalidad del desconocimiento), quienes defienden esta concepción de la ceguera ante los hechos ya no están castigando solo el hecho cometido, sino también la actitud interna del autor. Y esto, sostiene, resulta difícilmente compatible con el derecho penal liberal¹⁶.

A esta crítica valorativa, Greco agrega una crítica conceptual. Greco afirma que las definiciones de dolo e imprudencia son independientes de la actitud interna del autor. Gráficamente, dice que puede haber «dolo altruista e imprudencia egoísta». Y ejemplifica esta afirmación del siguiente modo: «El hecho de que alguien, a pedido de una víctima que no aguanta más las agonías de un cáncer que todavía puede acarrearle años, le administre una inyección letal, no excluirá el dolo de matar, de la misma forma que el hecho de que un médico desatento, en verdad, odiare al paciente no tendrá el poder de, por sí solo, justificar ese dolo»¹⁷.

De este modo, el concepto de ceguera ante los hechos plasmado por Jakobs y Pawlik sería, por un lado, valorativamente incorrecto y, por el otro, con-

¹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., *Indret* 3, 2012, p. 9.

¹⁵ JAKOBS, G., *ZStW* 114, 2002, p. 595.

¹⁶ PÉREZ BARBERÁ, G., *En Letra Año VI, número 11*, 2021, pp. 25 ss.

¹⁷ GRECO, L., «Comentario al artículo de Ramon Ragués», *Doxa*, 13, 2/2013, p. 73.

ceptualmente falso. Es incorrecto basar el reproche del dolo en la actitud interna y, además, el concepto de dolo o la distinción entre dolo e imprudencia son completamente independientes de este factor.

IV. LA INDIFERENCIA COMO UNA FORMA DE DESCRIBIR EL DESCONOCIMIENTO INEXCUSABLE

1. La tesis central

En este apartado trataré de aplicar, a este problema, una idea que desarrollé, ya hace varios años, en mi tesis doctoral llamada «Motivos reprochables»¹⁸. La tesis que defendí allí en relación a los elementos de ánimo que suelen tener cuenta los ordenamientos penales fue la siguiente: las actitudes internas de las personas no son algo que se pueda definir de modo exclusivamente subjetivo. Ellas son, antes bien, «un modo de hablar» para dar cuenta de situaciones que objetivamente justifican un reproche más intenso.

Voy a ofrecer un ejemplo. El CP argentino castiga en el artículo 276 2do. supuesto al juez que «retardare maliciosamente la administración de justicia». La pregunta aquí es qué significa (o puede significar) la expresión «maliciosamente». Si uno presta atención puede darse cuenta que un retardo de justicia solo puede ser calificado de ese modo cuando el juez no tiene ninguna razón atendible para no resolver a tiempo. Una razón atendible es aquella que justifica, disculpa o al menos hace comprensible dicho retardo¹⁹. Tales razones son establecidas por el derecho (es decir, deben ser intersubjetivamente defendibles) y se basan en factores objetivos: dificultades fundadas en una enfermedad, la sobrecarga de trabajo, la falta de personal, etc. Solo cuando no existe ninguna circunstancia de este tipo que pueda tornar comprensible la inacción del juez, es que puede decirse que esta fue maliciosa. Es decir, la malicia se define «por oposición» a la presencia de alguna circunstancia que pueda tornar comprensible la inacción. Las razones que «efectivamente» podrían haber motivado al juez a omitir son, en sí, irrelevantes, pues lo que importa es que no hay ninguna justificación. Por eso, en ese caso, da igual si la omisión se debió a motivos como el racismo, la misoginia, la codicia, la enemistad con una de las partes, etc. En todo caso, el retardo será malicioso por no contar con ninguna razón atendible.

¹⁸ PERALTA, J., 2012, pp. 199 ss.

¹⁹ PERALTA, J., 2012, p. 286.

Pasando este análisis al problema de la ceguera ante los hechos, creo que puede llegarse a la misma conclusión, es decir, que la diferencia entre ceguera, imprudencia e impunidad se debe a cuestiones objetivas y que la utilización de la expresión «indiferencia» en el primer caso no tiene ningún valor para fundamentar el dolo, sino que solo se trata de una manera, simplificada, de describir esa misma situación. Si ello fuera así, no habría ningún problema de incompatibilidad entre la idea de indiferencia y el derecho penal de acto, al menos no una mayor de la que hay en «cualquier delito doloso». Después de todo, la comisión de cualquier delito (especialmente si es doloso) refleja un ánimo contrario al ordenamiento jurídico.

También trataré defender, que, bien visto, tampoco hay aquí un problema conceptual como el que marca Greco. Para ver esto, en primer lugar, se debe distinguir entre distintos sentidos en los que se utiliza la palabra dolo en esta discusión. En alguno de sus sentidos será posible hablar de dolo altruista; en otros casos, sin embargo, implicará una contradicción.

2. Indiferencia y falta de justificación del desconocimiento

En un primer momento, me centraré en los casos en que el autor pone en peligro o daña «a terceros». Dejaré para más adelante los casos de «autoimplicación en el riesgo». Evidentemente, no todo caso de puesta en peligro de terceros sin conocimiento puede ser entendido como ceguera ante los hechos. Por el contrario, habrá casos de imprudencia y habrá casos de ceguera. La pregunta aquí es cómo se distinguen estos dos supuestos. Ya el uso del término «ceguera» para los casos en los que cabe preguntarse por la indiferencia indica algo. Hablamos de ceguera cuando alguien no ve lo obvio. Esto está claro en la terminología del propio Pawlik, quien habla de que, en estos casos, el autor desconoce lo que ninguna persona razonable podría desconocer. Así, el concepto de indiferencia no puede entenderse si previamente no se configura objetivamente, en el mundo, un escenario tal que permita que el hecho pueda ser definido como tal. Esta es, al menos, una «condición necesaria».

Jakobs, como vimos, también dice cosas similares. Pues para dar cuenta de casos de imprudencia como oposición a los casos de ceguera, describe situaciones que tornan comprensible que una persona haya podido no conocer (aun cuando haya debido hacerlo). Estas son, otra vez, cuestiones objetivas que harían que una persona razonable pueda confundirse: olvido, sueño, sobrecarga mental, etc. En otras palabras, según Jakobs, para negar la ceguera

deben configurarse en el mundo cuestiones objetivas que tornen razonable el desconocimiento del agente, aun cuando no lo excusen del todo.

Esas cuestiones objetivas son definidas por el derecho (en el sentido de que deben ser intersubjetivamente aceptables). Por esa razón, no podría funcionar como cuestión objetiva para desconocer lo evidente el hecho de que, en el ejemplo dado arriba, las personas colocadas en la fila para fumigar sean de cierta nacionalidad, género, raza o condición social. Si un sujeto las esgrimiera como la razón por las que no se representó la posibilidad del resultado, no encontraría eco alguno. Si bien esas circunstancias son objetivas, son circunstancias que el derecho justamente «desconoce» por completo como justificantes²⁰ y, por ello, no solo son compatibles con la idea de indiferencia, sino que «son la indiferencia misma» o, con más precisión, son casos de injustificación absoluta para el desconocimiento según el derecho. Debe quedar claro, entonces, que no se trata de que el sujeto no tenga «sus» razones para desconocer, sino de que esas razones no tienen ningún valor jurídico.

Entonces, ¿agrega algo, en estos casos, al concepto de ceguera la idea de indiferencia? ¿O no es más que otra manera de decir lo mismo? Por otro lado, ¿indiferencia e imprudencia se autoexcluyen? En el fondo, ambas son la misma pregunta, pues si imprudencia significa tener una razón «comprensible» para equivocarse (aun cuando no excluyente de la responsabilidad), entonces los casos de indiferencia no son ni pueden ser casos de imprudencia justamente porque allá no hay razones comprensibles para equivocarse.

De hecho, este es el mismo patrón de razonamiento que utilizamos para distinguir imprudencia de impunidad, por lo menos para quienes sostienen una idea individualizadora de la imprudencia. Para evaluar la evitabilidad del error (o la ignorancia) de tipo se analizan cuestiones como: «capacidades físicas e intelectuales» del autor, sus «conocimientos empírico generales», su «situación» en el caso concreto, su «disponibilidad de tiempo», entre otros factores²¹. La distinción entre impunidad, imprudencia y dolo como ceguera es, entonces, solo una cuestión de grado en la evaluación de estos factores. En la impunidad estos factores justifican completamente el desconocimiento, en la imprudencia, parcialmente (y, así, lo tornan comprensible), y en la ceguera no lo pueden justificar en absoluto.

²⁰ La palabra justificación y sus derivados se utiliza aquí en un sentido amplio, no circunscripto a las causas de justificación. Así, una razón (parcial o totalmente) justificante del desconocimiento podría ser tanto la premura para actuar (que justificaría, en sentido estricto, no conocer), como la falta de capacidad intelectual del sujeto (que se vincula a las causas de exclusión de la culpabilidad).

²¹ CÓRDOBA, F., *Elementos de la teoría del delito I*, Buenos Aires (Hammurabi), 2021, pp. 140 ss.

En la medida en que esto sea verdad, la indiferencia no es más que otra forma de decir que no se puede esgrimir ninguna razón para desconocer que no sea la falta de interés del autor en hacerlo. Aquí, podrían incluirse lo que se suelen llamar motivos abyectos o reprochables, lo que de hecho tornaría bastante plausible la falta de representación. El sujeto fue indiferente, porque la víctima tiene rasgos que él menosprecia, como la raza, el género, la nacionalidad, etc. Que el desconocimiento se funde en esos motivos no es más que otra forma de decir que no hay otra explicación para su comportamiento, pues los hechos eran evidentes y cualquier persona con otra voluntad los hubiera «visto». Pero claro que en estos casos no se castiga el ser de cierto modo, sino que el ser así no puede de ningún modo justificar el desconocimiento. Si esta argumentación fuera correcta, no habría acá ningún problema con el derecho penal de autor, en la medida en que aquí solo se está valorando el grado de evitabilidad del error, tal y como se hace, también, para distinguir entre imprudencia e impunidad.

3. La relevancia de la «autoimplicación en el riesgo» en el concepto de indiferencia

Sin embargo, como vimos, Jakobs entiende que esto no es cierto, que no siempre que haya un desconocimiento craso podrá hablarse de indiferencia. Según él, esto depende de si la conducta llevada adelante por el autor también implica un riesgo para él mismo. Este es un factor que, *ceteris paribus*, debería excluir la imputación por dolo. La pregunta a responder aquí es, entonces, si tiene sentido hablar de indiferencia para con los demás, si uno mismo, o los suyos, están implicados en el riesgo.

Para analizar esto voy a volver al ejemplo del fumigador dado al comienzo. Allí, según Jakobs, no podrá decirse que haya ceguera ante los hechos si, en las mismas circunstancias, hubieran sido colocados también los propios hijos del autor y aun así este no se hubiera representado el daño. Allí el autor sería imprudente frente a sus hijos e incluso frente a los «otros niños». Si la distinción se trazara así, la crítica de que esto implica un derecho penal de ánimo sería acertada, pues no sería puramente nominal, sino que habría una diferencia de pena basada solo en la actitud interna. No sería el riesgo ni su evidencia lo decisivo, sino algo interno.

Como dije más arriba, la premisa presupuesta aquí es que uno no puede ser indiferente para con sus propios intereses importantes. Para que esto funcione, en primer lugar, debe tener un fundamento fáctico. Es decir, a la persona que

actué realmente debe importarle que no ocurran esos resultados. Con palabras más llanas, y refiriéndonos al ejemplo mencionado, el autor tiene que querer a sus hijos. Si se tratara de un padre completamente desaprensivo, que no piensa en ellos o para quien estos son solo una carga, o algo por el estilo, no sería inconcebible pensar en que haya indiferencia ante los hechos aun en estos casos.

Las cosas no cambian demasiado si el sujeto se implica a sí mismo en el riesgo, supongamos, colocándose en la fila que señala por dónde debe pasar el avión fumigador. Algo así podría ocurrir si, en el afán de obtener un ingreso suntuoso (es decir, de ningún modo necesario: codicia), se decide a fumigar de esa manera, supongamos, para que su cosecha sea la primera que salga al mercado y, en la urgencia, no se representa ni su propio daño ni el de los demás. Esto ciertamente implica una escala de valores errada, pero solo así podría concebirse una falta de representación en una situación como esta. Concedo, igual, que el ejemplo es ciertamente artificial, pero es que de no ser por codicia, no logra verse cómo alguien podría no representarse el riesgo al que se expone en un caso de este tipo.

Por otra parte, que alguien no piense en sí mismo al generar un daño no es algo que puede discutirse solo en los supuestos de ceguera. Esto también puede ocurrir en los casos de dolo clásico, en la medida en que el sujeto considere tan importante (según sus valores) obtener cierto objetivo, que está dispuesto incluso a perder su vida para ello, como ocurre en muchos atentados terroristas. Y también podría incluso implicar a otras personas de su entorno con pleno conocimiento de la situación. El caso de la madre de Ramón Mercader en el homicidio a Troski parece indicar que a veces puede ser tan importante obtener ciertos objetivos que uno puede estar dispuesto a sacrificar a los suyos²². Claro que esto implica cierto desinterés por ellos (otra vez, una escala de valores especialmente errónea), pero es que, otra vez, de otro modo difícilmente se pueda pensar en una acción de este tipo.

Así, si no es inconcebible que alguien sacrifique «intencionalmente» a sus «seres queridos» en su afán de lograr objetivos que considera más importantes, tampoco lo es que esto mismo pueda fundamentar una falta de representación. Ahora, ¿es posible que a una persona que se aprecia correctamente a sí misma y a sus seres queridos no se represente un riesgo extremo sobre sus propios bienes? Esto parece ciertamente implausible, salvo que haya algún defecto constitutivo en la persona, alguna especie de imputabilidad disminuida o algo por el estilo, lo que, ciertamente, impediría hablar de indiferencia.

²² Para un relato apasionante de esta historia, ver PADURA, L., *El hombre que amaba a los perros*, Barcelona (Tusquets), 2011.

La otra opción, la de que alguien no se represente un riesgo extremo sobre sí mismo o sobre sus seres «realmente» queridos y que esto no se deba a un defecto constitutivo es prácticamente inimaginable. Sería análogo a afirmar que es posible que alguien bien socializado en la cultura occidental no sepa que matar a otro está prohibido. Eso, simplemente, no ocurre. Pero si aún hubiera un resquicio para ello, pareciera que aquí habría que hablar de estupidez. Pawlik, con cita a Exner, sostiene que la estupidez «no tiene color»²³, es decir, que, a diferencia de la indiferencia, la estupidez no es ni buena ni mala. Pero esto podría ser discutido. Para Gardner, por ejemplo, cuando un desconocimiento es absolutamente inexcusable, «carece de importancia si el error tiene su origen en malicia, crueldad, egoísmo, misoginia, insensibilidad o simple estupidez»²⁴ y luego agrega, «los penalistas (...) tienen una extraña tendencia a considerar que la estupidez es algo exculpatorio antes que inculpatario. Pero la estupidez es un vicio, no una causa de exculpación»²⁵.

Gardner no profundiza en esta idea, pero ciertamente la afirmación no es contraintuitiva. Fíjese que la metáfora de la «estupidez» es hablar en términos de cierta discapacidad (la RAE habla de «falta de inteligencia») para describir la conducta de alguien completamente capaz, pues su acción se transforma en algo prácticamente incomprensible si la persona no tiene ningún defecto constitutivo. En todo caso, en un supuesto así, creo que todavía cabe el reproche como el de indiferencia ante los intereses ajenos en la medida en que otros estén implicados. No hay ninguna reducción en la gravedad del delito. Esto, sin perjuicio de que la intuición de un trato más favorable a veces pueda explicarse por un factor que nada tiene que ver con el reproche: la pena natural. Que alguien haya recibido una pena natural de ningún modo lo exime de reproche, solo se le impone una pena menor, o ninguna pena, porque, en algún sentido, ya ha sufrido parte de esta (lo que, otra vez, supone que le importan los bienes que finalmente resultan afectados).

Hasta aquí, entonces, se ha tratado de mostrar que es posible vincular el concepto de ceguera ante los hechos con la idea de indiferencia y que esto no implica un derecho penal de acto. En efecto, al menos en los casos más rele-

²³ PAWLIK, M., 2012, p. 396.

²⁴ Lo que esta enumeración deja en claro, entonces, es que, en rigor, cualquiera de estas explicaciones solo son una manera distinta de decir lo mismo, que no hay razones para errar. Pero perfectamente podría decirse simplemente que el error solo excusa –total o parcialmente, según sea el caso– cuando haya razones para errar. En este sentido, hay un claro paralelismo entre lo aquí sostenido y lo que dije al explicar la relevancia de los motivos para la responsabilidad. Los motivos son solo una forma de detectar supuestos de ausencia de justificación total (de la conducta), pero no son el objeto de reproche. Solo muestran, señalan, que la conducta está completamente injustificada. Cfr. PERALTA, J., 2012, pp. 199 ss.

²⁵ GARDNER, J., *Ofensas y defensas*, Barcelona, entre otras (Marcial Pons), 2012, p. 48.

vantes, decir que alguien obró con indiferencia no es más que otra forma de volver a decir que obró con ceguera ante los hechos, es decir, con un desconocimiento absolutamente inexcusable.

V. INDEPENDENCIA CONCEPTUAL ENTRE DOLO Y ACTITUD INTERNA: ¿DOLO ALTRUISTA E IMPRUDENCIA EGOÍSTA?

1. Dolo altruista

Sin embargo, Greco, muy brevemente, ha tratado de demostrar que indiferencia y dolo son dos conceptos independientes. Al decir que puede haber «dolo altruista e imprudencia egoísta», da a entender que se puede obrar con dolo y no ser indiferente; y que también se puede obrar sin dolo y no obstante sí ser indiferente. Esta crítica de carácter conceptual es compartida por Ragués, como se mencionó arriba, y ha sido profundizada últimamente por Pérez Barberá²⁶.

Esta objeción se basa, empero, en un malentendido. Para aclarar las cosas, en primer lugar, se deben distinguir los conceptos de dolo e imprudencia como elementos de la teoría del delito, de su fundamento moral, de qué es lo que hace al dolo más grave que la imprudencia (y la imprudencia, en todo caso, también merecedora de castigo). A esto último lo podríamos llamar dolo e imprudencia como elementos morales.

Greco ofrece como ejemplo de dolo altruista el caso de homicidio a pedido mencionado más arriba. En una concepción plenamente liberal del derecho penal, el pedido podría, incluso, excluir la ilicitud de la conducta; en una menos liberal, implica, al menos, una atenuación. Vemos favorablemente este tipo de conductas porque el sujeto obra por razones comprensibles recogidas por el derecho como tal. Y si bien es verdad que esto no niega el concepto de dolo como elemento de la teoría del delito, sí niega el disvalor del dolo, es decir, el dolo como elemento moral. Si el fundamento del castigo más gravoso del dolo –en relación a la imprudencia– radica en «que el sujeto desdeña, de manera intolerable, los intereses de otros o de la comunidad» aquí, en ese sentido, no puede decirse que haya habido dolo²⁷. Pues aquí el sujeto no ha desdeñado los intereses de los demás, sino que ha hecho incluso todo lo contrario: los ha tenido especialmente en cuenta (de ahí la dificultad para justificar incluso algún

²⁶ PÉREZ BARBERÁ, G., *En Letra Año VI, número 11*, 2021, pp. 22 ss.

²⁷ ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 5ta. ed., 2020, § 21, nm. 8. Aun cuando con esto se haga referencia solo al dolo natural.

monto de pena de este delito)²⁸. Y está claro que la discusión sobre el dolo no es meramente conceptual, sino, antes bien, normativa, es decir, una que pretende justificar «por qué» los casos dolosos merecen, *ceteris paribus*, una pena mayor que los imprudentes. Por ello, como dice Jakobs, más allá de la didáctica de la dogmática, cuando se discute sobre el dolo siempre se tiene en mente un hecho injustificado y culpable, pues de otro modo no podría efectuarse ese juicio de disvalor que subyace a su conceptualización. En sus palabras, los «hechos justificados o sin culpabilidad no son hechos llevados adelante con dolo delictivo»²⁹, pues no indican «falta de fidelidad al derecho»³⁰.

Es conclusión, en el ejemplo de Greco, la razón por la que el dolo como conocimiento implica una pena mayor que la imprudencia es negada, justamente, por la razón (cuasi) justificante del pedido de la víctima. Y, de hecho, puede haber dolo desde el punto de vista conceptual y que la conducta no merezca reproche alguno, por haber obrado el sujeto al amparo de una causa de justificación y, por ende, que no pueda predicarse que con ella se hayan desdeñado los intereses de terceros (es decir, que haya dolo sin que se satisfagan los fundamentos de por qué el dolo es más grave que la imprudencia). Y ello también se desvirtúa, por cierto, si el sujeto obró de un modo no culpable o con una culpabilidad atenuada. En este sentido, en el sentido moral del dolo, no existe dolo altruista, pues el fundamento de la pena más gravosa del dolo decae en estos casos. El dolo egoísta es justamente «el» dolo, sin más, que se basa en la indiferencia, donde no hay ninguna razón atendible para no omitir la conducta que no sea el desinterés del autor por el bien jurídico.

En el mismo sentido, la indiferencia (que significa que nada justifica el desconocimiento del autor que no sea su falta de voluntad) solo puede constatarse si se realiza una evaluación global de aquello que justifica la pena más grave que caracteriza al dolo. La diferencia con el concepto usual de dolo (*i. e.*, el que exige conocimiento) y el concepto de dolo como ceguera no radica en una cuestión moral. En ambos casos se reprocha lo mismo: desatender de manera absolutamente intolerable los intereses de terceros; sino conceptual, porque esta segunda clase de dolo exige, para su definición, una valoración global de los elementos del delito. Dicho de otro modo, aquí no se puede separar ni tan siquiera «didácticamente» lo que allá, en el dolo convencional, sí. En efecto, no se puede hablar de ceguera ante los hechos y, por ende, de indiferencia, si el sujeto tuvo ciertas dificultades (su error fue «comprensible») para

²⁸ JAKOBS, G., *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, València (Tirant lo Blanch), 1999, *passim*.

²⁹ JAKOBS, G., *ZStW 114*, 2002, p. 586.

³⁰ JAKOBS, G., *ZStW 114*, 2002, p. 587.

conocer, aunque estas no lleguen a ser tales que conduzcan el hecho a la impunidad. Y para saber si las tuvo o no, uno tiene que hacer una evaluación que implique también evaluar posibles justificaciones del error, pues todas ellas hacen caer no solo el juicio de reproche que implica la atribución dolosa, sino también el concepto mismo de ceguera. Si hay dificultades, lo que se desconoce no es obvio.

2. **Imprudencia egoísta**

Ahora resta evaluar si puede existir imprudencia egoísta, es decir, algo así como imprudencia con indiferencia, y qué es lo que esto puede significar, pues, si esto fuera posible sería falsa la propuesta aquí planteada de que indiferencia y desconocimiento inexcusable son dos maneras de decir lo mismo (pues habría indiferencia –«egoísmo»– y un desconocimiento parcialmente excusable propio de la imprudencia). Greco ofrece el ejemplo del médico descuidado (lo que quiere decir que obra en circunstancias en las que su desconocimiento es parcialmente excusable) que odia a su paciente (lo que vendría a significar que le es indiferente lo que a este le ocurra).

Como primer paso para resolver este acertijo, quisiera preguntarme cuál es el caso de imprudencia no egoísta, o, para usar el par propuesto por el propio ejemplo de Greco, ¿cómo sería un caso de imprudencia altruista? Parece, aquí, otra vez, que esto tiene que ver con tener buenas razones para ser imprudente o para emprender la conducta a pesar del riesgo. Y, cuando uno piensa en buenas razones, automáticamente surge la idea de justificación: esas son las buenas razones reconocidas por el derecho. ¿Es concebible hablar de imprudencia justificada? Roxin/Greco ofrecen, entre otros, el siguiente ejemplo que indicaría que sí: alguien «lleva al hospital a un accidentado cuya vida de lo contrario se perdería, conduciendo pese a haber consumido una cantidad considerable de alcohol y a consecuencia de su estado lesiona a otro interviniente en el tráfico»³¹. Esta sería una conducta imprudente, pero justificada.

Parece, entonces, que puede haber imprudencia altruista, alguien que emprende una conducta imprudente por buenas razones. De todos modos, resulta ciertamente forzado decir que quien obra en alguna de esas circunstancias ha sido imprudente. ¿Utilizaríamos realmente esa voz para describir el accionar

³¹ ROXIN, C./GRECO, L., 2020, §24, nm. 104.

de ese médico?³² ¿Diríamos «qué persona imprudente esta que se ha decidido actuar en estas condiciones»? En algún sentido, parece que el concepto de imprudencia requiere también de una evaluación global de las circunstancias en las que se actúa (como ocurre en la indiferencia), aun cuando el riesgo, «sin tener en cuenta las condiciones concretas en las que ha sido generado», sea un riesgo indeseable.

Por supuesto, nosotros tenemos, «a efectos didácticos», un concepto técnico de imprudencia que puede, hasta cierto punto, apartarse del uso vulgar de la palabra. Así, si se define a la imprudencia como la creación de un riesgo no permitido en general, más allá de las condiciones en particular, entonces claro que puede hablarse de imprudencia justificada (más allá de que, como destaca el propio Jakobs, pueda sonar tan forzado como decir indiferencia justificada)³³. Pero aun aquí, al igual que lo que ocurría con el dolo, ciertamente no hay imprudencia en el sentido moral, porque lo que el sujeto hace no es penalmente reprochable. Pawlik define al dolo moral como «enemistad frente al derecho» y a la imprudencia como «falta de amistad»³⁴. En el caso del médico no puede hablarse de una falta de amistad hacia el derecho, pues el médico emprende la conducción, a pesar de saber su estado, por una razón reconocida por el derecho.

Por esa misma razón es redundante, al menos desde el punto de vista moral, hablar de imprudencia egoísta. La imprudencia, en el sentido moral, también es no haber atendido a los intereses de terceros, aunque no con la misma intensidad que en los delitos dolosos. Por ende, el egoísmo es, *ceteris paribus*, justamente lo que caracteriza al reproche por imprudencia, aun cuando no sea un egoísmo tal que conduzca a la pena dolosa. Es difícil encontrar las palabras para distinguir, desde el punto de vista moral, el grado de egoísmo que requiere la imprudencia del que requiere el dolo. Por se trata siempre de formas de desinterés, solo que en distintos grados. Cuando hay un interés correcto y el sujeto yerra, entonces es porque ese desconocimiento es inevitable. Por eso las expresiones de Pawlik de «enemistad» o «falta de amistad», para definir moralmente al dolo y a la imprudencia, aun así y difusas como son, iluminan un poco lo que se quiere señalar.

³² De hecho, es bastante inconcebible hablar de riesgo no permitido cuando todo el mundo lo permitiría porque es el mal menor. Esto es al menos lingüísticamente forzado. Jakobs mismo habla de lo inapropiado de hablar de descuido en estos casos, cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, De Gruyter, 2da. ed., 1991, § 11 nm. 30.

³³ JAKOBS, G., 1991, 11/30.

³⁴ PAWLIK, M., 2012, p. 373.

Pero quizás se quiera dar a entender otra cosa con la idea de que existe imprudencia egoísta; algo así como que quien está comprometido con la idea de indiferencia debería estar dispuesto a castigar como dolosos casos que objetivamente son imprudentes (por el grado de dificultad de acceso a la información), si es que el sujeto fue «especialmente egoísta» (en su actitud interna). Esto es lo que sugiere el ejemplo del médico desatento que odia al paciente ofrecido por Greco. Pero nadie defiende una idea como esa, pues nadie defiende el castigo de las actitudes internas como tal, sino solo las que se han manifestado en el hecho, lo que no significa otra cosa que aquellas que surgen «del hecho».

Quien dijera lo contrario, no solo debería castigar como dolosos casos objetivamente imprudentes por la defectuosa actitud interna del autor, sino también casos objetivamente correctos llevados adelante con una actitud interna errada, como el de quien solo decide ejercer legítima defensa ante la constatación de que su agresor es de cierta raza, cuando de otro modo hubiera tolerado las agresiones. Allí el sujeto tiene una actitud interna reprochable, pero esta no se castiga porque no existe un hecho objetivamente incorrecto³⁵. Jakobs y Pawlik se precaven expresamente ante esta posibilidad, al decir que la indiferencia es un factor «adicional» a la incorrección objetiva del hecho (aunque aquí se sostenga que lo de «adicional» es redundante) y que no puede ser evaluado por sí mismo.

VI. CONCLUSIONES

Aquí se han defendido las siguientes tesis:

a) «Ceguera ante los hechos» e «indiferencia» no son, o no deben ser entendidos, como dos elementos independientes para justificar la pena del dolo. Al contrario, se trata de dos formas de decir lo mismo, dado que solo puede decirse de alguien que ha sido indiferente ante los hechos cuando desconoce lo obvio, esto es, cuando es «ciego» ante los hechos.

b) Los supuestos casos de autoimplicación en el riesgo que permitirían decir que alguien obró con ceguera ante los hechos, pero no con indiferencia, y que parecen negar la conclusión anterior, son o bien inconcebibles o bien no deben conducir una pena atenuada. Esto último se debe a que la «estupidez» en el trato con los demás no merece reconocimiento legal y, por ende, ninguna

³⁵ Cfr. PERALTA, J., 2012, pp. 262 ss.

atenuación en la determinación de la gravedad del delito, con independencia de que la intuición de que corresponde una pena menor pueda explicarse por otro factor como la pena natural.

c) Desde el punto de vista moral, es decir, desde el punto de vista que justifica una pena más intensa para el delito doloso comparación con el imprudente, no puede haber dolo altruista. El dolo se caracteriza por desdeñar intolerablemente los intereses de los demás. Por ende, desde el punto de vista moral el dolo es siempre egoísta. Asimismo, también la imprudencia es, (al menos) desde el punto de vista moral, siempre egoísta, solo que en una intensidad menor que la que caracteriza al dolo.

INDICADORES DEL DOLO EN EL BLANQUEO DE CAPITALS *

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA **

I. INTRODUCCIÓN

En la delincuencia económica no es posible afirmar que los autores de delitos actúen con la intención de lesionar los bienes jurídicos socioeconómicos (sistema financiero, recaudación tributaria, ambiente, correcta administración pública, confianza en los negocios, etc.), sino que lo que hacen es orientar sus conductas a crear estructuras que les permitan obtener beneficios económicos (ilícitos). Al respecto, Corcoy sostiene que en la mayoría de delitos económicos y empresariales, la supuesta intención del sujeto «no persigue la producción del resultado previsto en el tipo sino beneficiarse de una u otra forma»¹. Unido a ello, al valorar la delincuencia económica es necesario tener en cuenta la relación entre la teoría del delito y el proceso penal. Al respecto, Corcoy reafirma que no tiene sentido exigir un elemento en el dolo que no pueda ser apreciado², a lo que suma que, del análisis de la doctrina jurisprudencial, se advierte la interrelación ineludible entre el Derecho Penal material y el Derecho Procesal Penal³.

* Una primera versión de este artículo fue publicada en «Sociedad del riesgo y expansión del Derecho Penal. Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo», Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2023.

** Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ CORCOY BIDASOLO, M., «Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica», *Ius et Veritas*, núm. 58, 2019, p. 71.

² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2008, p. 264.

³ CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 76.

En ese sentido, cobra vigencia el postulado de que el dolo en los delitos económicos debe centrarse en el conocimiento del riesgo típico que crea la conducta del agente económico y no en el supuesto móvil que guía su actuar. Para Corcoy, el dolo y la imprudencia deberán probarse a través de datos objetivos (hechos), a partir del entendimiento de la norma penal como norma de determinación, la finalidad preventiva de la pena y las garantías procesales aplicables al proceso penal⁴. Se trata, en consecuencia, de un juicio normativo de imputación y no de un proceso de indagación en la mente del sujeto. Acerca de la imputación del dolo en el delito económico y específicamente en el delito de blanqueo de capitales trata el presente artículo.

II. ASESORÍA, AUDITORÍA, ANTECEDENTES

Al formular una propuesta acerca de la imputación subjetiva en el delito de blanqueo de capitales (también denominado lavado de activos), es necesario tener en cuenta que la prevención y sanción de este delito ha introducido «cambios sustanciales en la organización de las actividades financieras y empresariales y nuevas lógicas de prevención administrativa del delito» que involucran cada vez más la participación del sector privado⁵. El denominado fenómeno de descentralización del control de riesgos penales en la empresa sin duda tiene impacto en la valoración de la problemática del dolo y específicamente en el caso del delito de blanqueo de capitales, contexto en el que cabe discutir la atribución de deberes de conocimiento a los agentes económicos⁶. La utilización de estructuras empresariales complejas⁷ para la configuración del blanqueo de capitales hace necesario tener en cuenta al menos tres variables al analizar el delito y, especialmente, su tipicidad subjetiva.

La primera variable consiste en que las estructuras empresariales complejas suelen contar con asesoría experta en las diversas materias sobre las que versan sus transacciones. La asesoría puede provenir de los órganos técnicos propios de estructuras empresariales funcionales en las que la división del trabajo se determina en función a la experiencia y especialidad de cada órgano

⁴ CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 83.

⁵ CARLOS DE OLIVEIRA, A. C., «Blanqueo de capitales», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 640.

⁶ Cfr. SILVA-SÁNCHEZ, J. M., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Introducción al Derecho Penal Económico-Empresarial», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, pp. 27 ss.

⁷ Acerca de la perspectiva de análisis del delito económico, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2.^a ed., Lima (Grijley), 2007, pp. 273 ss.

que las conforma. Asimismo, puede tratarse de asesoría externa, que es también técnica o especializada, suele estar circunscrita a aspectos previamente determinados y es siempre ajena a la administración o gestión de la empresa. En el ámbito de la imputación subjetiva, la asesoría tiene un directo impacto en la valoración de la vencibilidad del error y, en algunos casos (por ejemplo, supuestos de advertencia de situaciones de riesgo), podrá ser valorada como un indicador del conocimiento del riesgo típico.

La segunda variable consiste en que las estructuras empresariales complejas suelen contar con procesos sofisticados de auditoría interna y auditoría externa. Se trata de procesos periódicos de revisión de las situaciones de riesgo, que permiten establecer y articular mecanismos de revisión, mejora y reingeniería de los procesos de identificación, evaluación y prevención de riesgos en la empresa. En el ámbito de la imputación subjetiva, la auditoría tiene también impacto en la valoración de la vencibilidad del error y sobre todo al determinar si los modelos de prevención de delitos han sido adecuados y podrán ser utilizados o no como mecanismos de defensa de la empresa y su alta dirección.

La tercera variable consiste en que las estructuras empresariales complejas suelen contar con registros de antecedentes acerca de situaciones de riesgo previas similares a las que puedan ser objeto de análisis. Por ejemplo, la existencia de registros sobre sanciones administrativas previas, intervenciones o actos de fiscalización de la administración estatal, entre otras. En el ámbito de la imputación subjetiva, el registro de antecedentes puede ser utilizado en algunos casos como un indicador del conocimiento del riesgo típico al haber existido una transmisión previa de conocimientos o una exteriorización de determinados órganos de la empresa de su conocimiento de la situación de peligro.

Estas tres variables (Asesoría – Auditoría – Antecedentes) son instrumentos valiosos para el análisis del caso concreto y, como se ha visto, además de repercutir en la valoración que se haga del modelo de prevención de delitos de la empresa (y específicamente de prevención del blanqueo de capitales), tienen una incidencia particular en el proceso de determinación del dolo de los órganos que la conforman (directores, gerente general, gerentes técnicos, supervisores, entre otros). Es necesario tener en cuenta que la comisión del delito de blanqueo de capitales en estructuras empresariales complejas no responderá siempre a una planificación organizada desde la propia persona jurídica con la intervención activa de sus directivos, sino que puede responder a la actividad de terceras personas que utilicen estructuras ajenas para concretar su plan criminal. En este caso, si bien la prohibición de regreso frente a conductas neutras puede cumplir un rol importante para descartar en algunos casos la imputación objetiva, parece necesario también atender a aspectos vinculados a la

imputación subjetiva que no quedan absolutamente resueltos, al menos no en todos los casos, a partir de dicha formulación de la teoría del delito.

III. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL TIPO SUBJETIVO DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Como señala Corcoy, en el ámbito del delito de blanqueo de capitales, el dolo debe ser comprendido como conocimiento del riesgo típico. Al respecto, ratifica que la intención, así como otros elementos subjetivos distintos del dolo, debieran ser irrelevantes y explica que «el conocimiento que fundamenta el dolo en el delito de blanqueo no requiere conocer de forma pormenorizada el origen del objeto o del dinero, no siendo necesario que se conozca con exactitud, sino únicamente saber con certeza la procedencia ilícita de lo recibido, descartándose los casos de mera sospecha y siendo irrelevante que se conozca el *nomen iuris* o detalles del delito previo»⁸. A ello añade que se trata de un ámbito en el que la ignorancia deliberada cobra especial importancia⁹, debido a la profesionalidad de los autores en la delincuencia socioeconómica, a la posibilidad de contar con asesores y a los deberes de garante inherentes a su ámbito de dominio. En ese sentido, señala que «se limita la relevancia del error, tanto de tipo como de prohibición, en base a que tienen tanto un deber legal de conocer como facilidad para acceder a la información, aun cuando ese conocimiento lo sea en la esfera del profano»¹⁰.

A pesar de los sólidos argumentos que expone Corcoy, la ley penal y la práctica judicial en diversos casos parece tomar partido por una interpretación del blanqueo de capitales como un delito de intención. Por una parte, la ley penal peruana¹¹ sanciona el blanqueo de capitales a partir de la tipificación de tres grupos de conductas. En primer lugar, al sujeto activo que convierte o transfiere activos cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. En segundo lugar, sanciona al que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder activos cuyo origen ilícito conoce o de-

⁸ CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 82.

⁹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., «Imputación del delito económico a personas físicas», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, pp. 176 ss., quien sostiene que el empleo de la figura de la ignorancia deliberada resulta a menudo innecesario y se explica muchas veces por la discutible pretensión de aligerar las dificultades de probar el conocimiento eventual de los acusados.

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, M., 2019, p. 84.

¹¹ Decreto Legislativo núm. 1106.

bía presumir. Finalmente, sanciona al que transporta o traslada o hace ingresar o salida del país activos cuyo origen ilícito conoce o debía presumir. En el primer y tercer caso la ley penal peruana exige la concurrencia de un elemento distinto del dolo consistente en la finalidad de disimulación. Son ambas expresiones de un delito de intención. En el segundo caso, no se exige dicho elemento, sino únicamente el conocimiento del origen ilícito del bien (dolo). Por su parte, el Código Penal español sanciona un primer grupo de conductas consistentes en adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por el propio sujeto activo o por cualquiera tercera persona, y un segundo grupo de conductas que se realicen con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en el delito precedente a eludir las consecuencias legales de sus actos. Al respecto, algunos proponen que el artículo 301.1 solo abarca una conducta, esto es, la realización de cualquier acto con una finalidad específica de ocultar el origen ilícito del capital o de ayudar al autor del delito precedente a eludir la sanción penal. Se trata de una interpretación que restringiría el ámbito de aplicación del tipo penal, ya de por sí muy extenso. Ello puede ser visto como positivo, pero, a nivel de imputación subjetiva, puede ser problemático.

Esta interpretación implica adoptar un enfoque volitivo del tipo penal, esto es, entender el delito de blanqueo de capitales como un delito de intención. Ello podría ir en la línea de la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo, que tiene como objetivo «criminalizar el blanqueo de capitales cuando se comete de forma intencional y con el conocimiento de que el bien procede de una actividad delictiva». El Tribunal Supremo español, en la misma línea, ha señalado en diversas ocasiones que «la finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye (...) un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el (tipo)» (STS 515/2015). En el caso de una organización dominicana de narcotráfico, ha indicado que «esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar (...) bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido». Cita como ejemplo el caso del joven que utiliza la piscina de un amigo y conoce que sus padres la han construido con ganancias delictivas, lo que es insuficiente para imputarle blanqueo porque, según esgrime la sentencia, «este tipo de conductas no incluyen intención o finalidad alguna de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a eludir las consecuencias legales de los delitos cometidos y, en consecuencia, no están abarcadas por la funcionalidad del tipo delictivo de

blanqueo de capitales al que no puede otorgarse un ámbito de aplicación desmedido» (STS 265/2015).

En fecha reciente, el Tribunal Supremo Español ha señalado que la esencia del tipo penal del blanqueo de capitales es la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo». Los jueces supremos señalan como ejemplo de ello que «la mera tenencia de fondos que pueden derivar del tráfico de drogas o la simple utilización de esos fondos en gastos ordinarios de consumo (por ejemplo el pago del alquiler de la vivienda), o en gastos destinados a la continuidad de la propia actividad del tráfico, no constituyen un acto de autoblanqueo pues no se trata de conductas realizadas con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, para integrarlos en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita» (STS 40/2021). En otro caso reciente de una organización criminal de origen ruso involucrada en el sector inmobiliario, insiste en que «es claro que la finalidad ha de estar presente en todo acto de blanqueo» (STS 483/2020). Esta interpretación no ha sido ajena a la sentencia del caso Gürtel del Partido Popular, en la que se analiza el tipo penal de blanqueo de capitales y se indica que «la finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 CP., (el blanqueo) requiere una intención de ocultar el origen para hacer pasar como legítimo el ingreso» (STS 507/2020).

Afortunadamente existen también pronunciamientos en los que se expresa la necesidad de establecer criterios normativos de imputación del dolo centrados en la atribución del conocimiento del riesgo típico. En el mismo caso de la sentencia del Tribunal Supremo Español en el caso Gürtel, sin mantener consistencia con la afirmación citada líneas arriba, se indica que «en cuanto al conocimiento (...) de (...) (la) procedencia delictiva, no se exige en el plano subjetivo, un conocimiento preciso o exacto del delito previo –que, de ordinario se dará cuando se integran organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas– sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave» (STS 507/2020). Por su parte, la Corte Suprema de Perú en su Sentencia Plenaria Casatoria Núm. 1-2017 sostiene que, por la realidad criminológica del blanqueo de capitales, es menester acudir a la prueba por indicios, lo cual «en ningún caso puede entenderse como una relajación de las exigencias probatorias, sino como otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento

penal condenatorio». Alude entonces a un triple pilar indiciario¹² que comprende los incrementos inusuales o crecimientos injustificados del patrimonio o la realización de actividades financieras anómalas por su cuantía y su dinámica, la inexistencia de negocios o actividades económicas o comerciales lícitas que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias, y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas con capacidad de generar ganancias ilegales o con personas o grupos relacionados con los mismos.

IV. VENTAJAS DEL ENFOQUE NORMATIVO

Lo hasta aquí expuesto da cuenta de la necesidad de introducir una sistemática de indicadores del dolo para la interpretación adecuada de los casos de blanqueo de capitales. Como señalan algunos autores, el intento de restringir el ámbito de aplicación del tipo de blanqueo de capitales «a partir de las finalidades del sujeto activo es una solución loable de lege lata»; sin embargo, coincido en la necesidad de precisar el contenido objetivo de las conductas de blanqueo y no reducir el análisis a las actitudes internas del sujeto¹³. En ese sentido, resulta conveniente presentar algunas consideraciones sobre el enfoque del dolo que considero adecuado para el tratamiento de los casos de blanqueo de capitales, el cual debe partir de la premisa de evitar el riesgo de incurrir en un Derecho Penal de autor¹⁴ propio de enfoques psicológicos del dolo, pero también recurrente en algunas propuestas de objetivización del dolo.

Parto de la idea compartida por muchos de que no existe hoy una ciencia que sea capaz de establecer con certeza aquello que ocurrió en la mente de un sujeto durante la realización de un evento pasado¹⁵. Por ello, no es posible sostener aquellos planteamientos que exigen al juez penal descubrir el estado mental entendido como sustrato ontológico con el que actuó el sujeto activo del delito. Lo que sí es posible para el juez penal es inferir el conocimiento como un hecho objetivamente verificable expresado a través del comportamiento del sujeto.

¹² Acerca de la prueba de indicios, RAGUÉS I VALLÈS, R., «Imputación del delito económico a personas físicas», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 180.

¹³ CARLOS DE OLIVEIRA, A. C., 2020, p. 656.

¹⁴ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de Autor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

¹⁵ SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2018.

En esa línea, el dolo en el delito de blanqueo de capitales puede ser entendido como un juicio subjetivo-normativo de atribución del conocimiento del riesgo típico del delito al imputado. La imputación dolosa se produciría cuando el juez penal verifica determinadas condiciones objetivas que indican que, en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía el deber de conocer el riesgo típico del delito de blanqueo de capitales, la posibilidad efectiva de conocerlo y la imposibilidad de confiar racionalmente en su no realización o en la no afectación del interés protegido. Se trata de un juicio de imputación de la efectiva disposición del conocimiento del riesgo típico y de la imposibilidad de negar válidamente el ejercicio de dicho conocimiento en el caso concreto. En consecuencia, el elemento cognitivo es el único relevante para el análisis del dolo en el delito de blanqueo de capitales y también por cierto para los casos de imprudencia en los ordenamientos jurídicos como el español que prevén la comisión imprudente.

El conocimiento que es objeto del dolo como juicio subjetivo-normativo es una cualidad del comportamiento humano que se expresa a través del acto específico realizado por el imputado y le da el sentido o significado de doloso. El conocimiento es entonces un referente de significado del juicio de imputación dolosa. En otras palabras, el conocimiento es un hecho, que se expresa a través de un comportamiento humano y que debe ser sometido a prueba en el proceso penal. El juicio subjetivo-normativo aplica entonces un proceso de inferencia del conocimiento, cuyo objeto son hechos objetivamente verificables y que se expresan en el comportamiento humano. Al concebir el blanqueo de capitales como el conjunto de actos que disimulan el origen ilícito de un capital, cabría entender el dolo en este caso como el conocimiento (o el deber de conocer) del origen ilícito de los bienes y no la finalidad de ocultamiento o sustracción de la justicia, la cual debería ser innecesaria luego de valorar la idoneidad de la conducta para evadir la acción de la justicia o financiar el otro delito. Ahora bien, más allá del concepto de dolo que se maneje, resulta importante establecer la necesidad de adoptar un enfoque normativo para su determinación¹⁶. Así, será a partir de un proceso de inferencia del conocimiento que se concluya la configuración de una conducta dolosa o no en el caso concreto.

En ese sentido, la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo, más allá de su concepción del blanqueo de capitales como delito de intención, reconoce que, al considerar si el bien se deriva de la actividad delictiva y si la

¹⁶ Cfr. LAPORTA, M., *El dolo y su determinación en Casación. Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto*, Buenos Aires (Lexis Nexis), 2007; RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (Bosch), 1999; PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires (Hammurabi), 2010.

persona lo sabía, «se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el hecho de que el valor de la propiedad sea desproporcionado en relación a los ingresos del acusado y que la actividad delictiva y la adquisición del bien ocurrieron dentro del mismo plazo. La intención y el conocimiento pueden inferirse de circunstancias fácticas objetivas». Del mismo modo, en la STS 149/2017, de 9 de marzo, se señala que, «para acreditar que el recurrente tenía conocimiento de la procedencia delictiva del dinero que blanqueaba, han de tomarse en consideración cuatro factores: En primer lugar, (...) no (se) exige el conocimiento de los detalles o pormenores de las operaciones específicas de tráfico de las que procede el dinero, sino exclusivamente el conocimiento de su procedencia genérica de dicha actividad (STS 586/86, de 29 de mayo, o STS 228/13, de 22 de marzo). En segundo lugar, (...) el conocimiento exigible no implica saber (en sentido fuerte), (...) sino que se trata de un conocimiento práctico, del que se obtiene a través de la experiencia y de la razón, y que permite representarse una conclusión como la más probable en una situación dada. Es el conocimiento que normalmente, en las relaciones de la vida diaria, permite a una persona discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto a algo o alguien (STS 1113/2004, de 9 de octubre o 28/2010, de 28 de enero). En tercer lugar, (...) en lo que se refiere al dolo exigible, basta con el eventual, siendo suficiente que el acusado disponga de datos suficientes para poder inferir que el dinero procede del tráfico de estupefacientes, y le resulte indiferente dicha procedencia (STS 228/2013, de 22 de marzo, o STS 1286/2006, de 30 de noviembre). Y, en cuarto lugar, en cuanto a la prueba, (...) basta con la indiciaria, que es la que ordinariamente nos permitirá obtener una conclusión razonable sobre el conocimiento interno del sujeto (STS 216/06, de 2 de marzo o 289/2006, de 15 de marzo)».

Ahora bien, el problema central objeto de análisis en este punto es que el proceso de inferencia, entendido como el proceso de pensamiento mediante el cual se razona desde la prueba hacia la comprobación, depende de una generalización, que es «una proposición general que se asume como verdadera y que se usa para argumentar implícita o explícitamente que una conclusión ha sido probada»¹⁷. Gracias a la generalización, los argumentos inductivos se traducen en forma silogística. Si bien las generalizaciones permiten acercar la estructura probatoria a la forma cotidiana en que las personas generan conocimiento¹⁸,

¹⁷ ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., *Análisis de la prueba*, Madrid (Marcial Pons), 2015, pp. 447-448.

¹⁸ En ese sentido se pronuncia VERA SÁNCHEZ, *Tesis Doctoral «La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias»*, Barcelona (Universidad de Barcelona), 2014, p. 131, quien propone una

debe tenerse en cuenta que en el contexto de la argumentación en procesos jurídicos, pueden existir proposiciones verificadas y generalmente aceptadas (por ejemplo, la ley de gravedad), pero también intuiciones en gran parte sin verificar y a veces imposibles de verificar (por ejemplo, la perspectiva que asume que escapar de la escena del crimen es una prueba de culpabilidad) y prejuicios sin fundamento que se basan en estereotipos falsos (por ejemplo, prejuicios basados en género, raza, clase o edad).

Si bien no es posible desaparecer por completo los riesgos que implica el uso de generalizaciones en el razonamiento judicial, puesto que ello implicaría abandonar un sistema de libre valoración de la prueba y reemplazarlo por uno de prueba tasada o por un estándar matemático que no proporcionaría una solución adecuada, menos aun tratándose de elementos subjetivos de la conducta humana, sí es posible establecer un catálogo abierto y perfectible de indicadores, que reduzcan el riesgo de generalizaciones, guíen el proceso de inferencia y lo mantengan dentro de los cauces de racionalidad entendida como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*. Ello en el marco de un sistema de reglas de evidencia que podría emular lo establecido, por ejemplo, en las reglas federales acerca del tratamiento de la evidencia que se encuentran recogidas en un apéndice del Título 28 del Código de Estados Unidos¹⁹.

Mi planteamiento consiste en que los indicadores en el caso del blanqueo de capitales deben tener en cuenta por lo menos cuatro escenarios. El primer escenario es el de los sujetos obligados a implementar modelos de prevención del blanqueo de capitales, en cuyo caso habrá que valorar que suele tratarse de agentes que cuentan con asesoría permanente, procesos de auditoría y registro de antecedentes en materia de regulación, así como tienen una maquinaria suficiente y plenamente capaz para acceder al conocimiento del riesgo típico de blanqueo en operaciones sospechosas. Sería el caso, por ejemplo, de las empresas del sistema financiero como los bancos y financieras. El segundo escenario es el de los sujetos no obligados, en cuyo caso el hecho de si cuentan o no con un modelo de prevención del blanqueo de capitales podría constituir un factor de mitigación o de imputación del dolo, según el caso. Podría ser el caso de pequeñas empresas que realizan actividad comercial no regulada en materia de prevención del blanqueo de capitales. El tercer escenario es el de

estructura tripartita del proceso de valoración de la prueba. Así, explica que, para que dicho proceso cumpla con criterios epistemológicos debe considerar que la confirmación de la hipótesis deriva de la interacción entre el soporte inductivo (medio de prueba), la regla de inferencia o generalización y la hipótesis que se intenta confirmar.

¹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo (Marcial Pons), 2020, pp. 194 ss.

los agentes cualificados como los oficiales de cumplimiento, en cuyo caso deberá valorarse si se trata de sujetos particularmente capacitados. Finalmente, el cuarto escenario es el de los terceros de buena fe, cuya conducta neutral puede ser utilizada por los artífices del blanqueo. A continuación, se formula una propuesta en este sentido.

V. PROPUESTA

La existencia de operaciones innecesariamente complejas para las finalidades que persiguen o de operaciones que presenten un grado de anormalidad importante, el hecho de que los ingresos sean desproporcionados a la vista de explicación del cliente respecto al origen de su capital, pueden ser algunos factores a considerar al inferir el conocimiento del riesgo típico de un delito de blanqueo de capitales. En ese sentido, un ensayo de posibles indicadores del dolo en el blanqueo de capitales que tengan en cuenta las variables de análisis del delito económico en estructuras económicas complejas (Asesoría–Auditoría–Antecedentes), pasa por tener en cuenta entre otros los siguientes elementos.

En primer lugar, puede recurrirse a indicadores relacionados con la valoración del riesgo de las operaciones involucradas de acuerdo con el sector de negocio de que se trate. La clase de incumplimiento de regulaciones de prevención del blanqueo de capitales y la actuación sin informarse previamente de las contingencias, especialmente en el sector financiero, podrán ser factores a tener en cuenta. Un ejemplo de ello podría ser la realización de operaciones financieras sin contar con suficiente información acerca de la identidad de las partes involucradas, caso en el que podría plantearse un supuesto de ignorancia deliberada que se asimile a la imputación dolosa según la profesionalidad de los autores, la posibilidad de contar con asesores, entre otros elementos ya analizados.

En segundo lugar, cabría proponer la utilización de un indicador de evitabilidad que atienda, por ejemplo, a la complejidad (innecesaria) de las operaciones, así como al control directo del riesgo por el agente económico que está en condiciones de identificar las señales de alerta de operaciones sospechosas. Un agente económico que actúa con el sostén de la asesoría legal, financiera, económica, no estará en condiciones de alegar una apreciación errónea del riesgo típico o, por lo menos, que esta era invencible.

En tercer lugar, podría también utilizarse un indicador de experiencia previa del autor, a partir del cual, conforme a lo ya explicado, se valore la exis-

tencia de asesoría experta en el agente económico, que le permita acceder fácilmente al conocimiento; la implementación de procesos de auditoría interna y externa que otorguen mayor manejo de las operaciones de riesgo en la organización; y la posibilidad de contar con un registro de antecedentes de intervenciones del regulador o supervisor en materia de prevención del blanqueo de capitales. La valoración de la experiencia previa del imputado constituye un límite a las generalizaciones en el razonamiento judicial al conducir el juicio sobre el conocimiento del riesgo típico al ámbito del agente económico denunciado y no del propio juzgador.

En cuarto lugar, utilizar un indicador vinculado al rol desempeñado por el agente económico puede establecer límites a las generalizaciones de sentido común o meramente intuitivas en las que podría incurrir el juez penal. Así, se podrá considerar si el imputado es un sujeto obligado por la regulación a contar con un sistema de prevención del blanqueo de capitales, si cuenta efectivamente con un programa de prevención de delitos y en particular de blanqueo de capitales debidamente implementado y cuáles son los órganos a cargo de las funciones de identificación, evaluación y prevención de dichos riesgos.

Finalmente, puede también recurrirse a un indicador de actos específicos, que tenga en cuenta la existencia de actos de evitación del riesgo, como la implementación de un modelo de prevención adecuado, y actos estratégicos para la no detección, como el uso de canales no bancarios o la estructuración demasiado compleja de las operaciones con relación a la finalidad económica de las mismas.

La línea expuesta, si bien se aleja definitivamente de la concepción del blanqueo de capitales como delito de intención, no es en absoluto incompatible con diversos pronunciamientos jurisprudenciales, por ejemplo, del Tribunal Supremo Español en los que se recoge la necesidad de contar con reglas para el tratamiento de la evidencia en el ámbito de la imputación subjetiva. Es el caso de una sentencia reciente en la que se indica que «el blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige como cualquier otro, prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se encuentra el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes» (STS 501/2019). En otro caso, los magistrados supremos concluyen que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación con los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia (STS 830/2016). Se trata de propuestas que además

se ajustan mejor al modelo de Estado social y democrático de Derecho, en el que debe primar el principio de culpabilidad²⁰.

Es más, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español podemos también encontrar algunas referencias a indicadores del blanqueo de capitales que podrían tener incidencia en la inferencia del dolo. Es el caso de la STS 40/2021, en la que se infiere la conducta dolosa a partir de la valoración del hecho de que el acusado «no realizaba ninguna actividad laboral o empresarial que pudiera justificar la posesión del dinero intervenido, así como del vehículo citado». En la misma sentencia se hace referencia a los casos de compras de vehículos puestos a nombre de terceros, en los que la utilización de testaferreros evidencia el encubrimiento de bienes que han sido adquiridos con fondos que tienen su origen en una actividad delictiva. Finalmente, cita los casos de gastos de inversión (adquisición de negocios o empresas, de acciones o títulos financieros, de inmuebles que pueden ser revendidos, etc.), cuando a través de esas adquisiciones se pretende obtener, a través de la explotación de los bienes adquiridos, unos beneficios blanqueados que oculten la procedencia ilícita del dinero con el que se realizó su adquisición. Es decir, se actúa para rentabilizar en canales financieros regulares las ganancias obtenidas de un modo delictivo.

Otro ejemplo interesante de la aplicación de indicadores del dolo se encuentra en la ya comentada sentencia del caso Gürtel del Partido Popular, en la que se señala que «el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes a los efectos del elemento subjetivo en el delito de blanqueo puede deducirse a través de la prueba indiciaria, que es la que ordinariamente permitirá obtener la conclusión razonable sobre el conocimiento interno del sujeto» (STS 507/2020). Con relación al recurso a la prueba indiciaria, señala la misma sentencia que «se suele tener en cuenta, en primer lugar, el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y en tercer lugar, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionados con las mismas». Cita como ejemplo el caso del socio que se oculta, que está detrás y que es opaco en una sociedad cuya finalidad era ocultar el origen de las comisiones obtenidas por adjudicaciones irregulares, caso en el que para los jueces supremos el aludido socio no realiza una actividad social mercantil

²⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2011, pp. 123 ss.

ordinaria, sino de indudable relevancia penal. Finalmente, la misma sentencia hace referencia a los casos de ignorancia deliberada y señala que «en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Asimismo tampoco cabe impugnar la aplicación del principio *in dubio pro reo* realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto “principio” de la ignorancia deliberada».

En conclusión, resulta viable un planteamiento jurisprudencial en el que el juicio de imputación subjetiva del delito de blanqueo de capitales atienda a variables normativas, que garanticen la seguridad jurídica y al mismo tiempo se enmarquen en el garantismo propio de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado. Es a través de indicadores, en cuya formulación se tenga en cuenta las variables de análisis del delito económico en estructuras empresariales complejas (Asesoría–Auditoría–Antecedentes), que puede establecerse procesos de inferencia del conocimiento del riesgo típico que garanticen un juicio razonable.

SUPUESTOS DE ERROR EN DERECHO PENAL DE EMPRESA

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TRABAJO

Ciertas peculiaridades del Derecho penal económico, como, entre otras, la presencia frecuente de elementos normativos en sus tipos o la menor evidencia de sus prohibiciones respecto a las de sectores más clásicos y nucleares del Derecho penal, abonan, según algunas voces, un tratamiento diferenciado del error en este sector del ordenamiento jurídico-penal, tendente a hacer desaparecer la distinción entre error de tipo y error de prohibición, en favor del primero, o al menos a atribuir a ambos las consecuencias penológicas de aquel. Ello supone un trato favorable del error vencible en este sector, dada la escasa o nula punición de conductas imprudentes en él. Sin embargo, en el presente trabajo se defiende el mantenimiento de un tratamiento diferenciado del error de tipo y el de prohibición también en el Derecho penal económico, si bien mitigando las diferencias a través de un trato legal benigno del error de prohibición vencible, como sucede en el Derecho penal español, y de la adopción de una teoría suavizada de la culpabilidad en que se amplíe el ámbito del error de prohibición invencible. Por lo demás, como matiz de lo anterior, se relativizan las dificultades de conocimiento del injusto en este sector del ordenamiento jurídico-penal¹.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España). Este trabajo se inscribe en las tareas del Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy investigador principal con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, y en las de la UIC 166 de Castilla y León y del Grupo de Investigación DPULE, que dirijo. Además, naturalmente, en las del Proyecto en que se enmarca la presente publicación. Las citas bibliográficas son drásticamente limitadas de modo consciente. En las obras citadas (y en otras del autor del trabajo) se pueden encontrar múltiples ulteriores referencias.

¹ Aunque no se puede entrar en una discusión a fondo del tema, se destacan a menudo también las peculiaridades del dolo (o del conocimiento) y el error en el Derecho penal económico. Así, por ejem-

II. INTRODUCCIÓN

Como he señalado, en el Derecho penal económico y empresarial son escasos los supuestos de tipificación de hechos imprudentes (más escasos cuanto más estricta sea la definición de Derecho penal económico y empresarial). Por ello, los problemas fundamentales de imputación subjetiva se centran en el error (especialmente en el vencible). Para explicar por qué esa parte del Derecho penal es especialmente problemática en materia de conocimiento y error se esgrimen diferentes razones, entre las que se pueden destacar la complejidad normativa, la «artificialidad» de muchos de los injustos en este ámbito (menos evidentes que en el Derecho penal más clásico o nuclear) o la existencia en ellos de múltiples elementos normativos (en sentido amplio, incluyendo además de los elementos normativos en sentido estricto, otros como los elementos de valoración global del hecho o las leyes penales en blanco).

Dada esta excepcionalidad del castigo de hechos imprudentes, si se siguen las reglas generales del error (y su regulación), se torna de vital importancia distinguir si el error vencible sufrido por un sujeto es de tipo (impunidad casi siempre) o de prohibición (castigo siempre). Pero hay voces que propugnan un tratamiento diferente².

plo, recientemente VARELA, L./MANSDÖRFER, M., *Principios de Derecho Penal económico*, Barcelona (J. M. Bosch), 2021, pp. 189 ss., exponen las, a su juicio, diferencias entre «El dolo y error clásicos y el dolo y error del Derecho Penal económico» ampliamente (con algunas coincidencias con lo que aquí se expone de manera resumida, pero también teniendo en cuenta otros factores y extrayendo distintas consecuencias).

² Sobre las peculiaridades del error en Derecho penal económico (o, en general, en el llamado Derecho penal accesorio o secundario), v., por muchos y con ulteriores referencias, en Alemania, TIEDEMANN, K., «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen», en Schlüchter, E. (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck (Schmidt-Römhild), 1995, pp. 96 ss.; ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München (C. H. Beck), 2006, § 21 nm. 41 ss. [*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 2.^a ed. alemana de Luzón Peña, D.-M./Díaz y García Conlledo, M./De Vicente Remesal, J., Madrid (Civitas), 1997, § 21 nm. 40 ss.]; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., München (C. H. Beck), 2020, § 21 nm. 41 ss.; y en España, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en Cerezo Mir, J./Suárez Montes, F./Beristain Ipiña, A./Romeo Casabona, Carlos M. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada (Comares), 1999, pp. 363 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 6.^a ed., 2022, Valencia (Tirant lo Blanch), pp. 528 ss. Sobre las peculiaridades y «tensiones» de la teoría del delito en el Derecho penal económico, p. ej., SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2.^a ed., Madrid/Buenos Aires/Montevideo (Edisofer/BdeF), 2016, pp. 7 ss., con ulteriores referencias.

III. LA SOLUCIÓN DE TRATAR TODOS LOS ERRORES COMO EXCLUYENTES DEL DOLO

Ante las dificultades mencionadas (que no pueden ser matizadas aquí como debiera), podría intentarse apreciar en todos los errores relacionados con un elemento típico en este ámbito error de tipo, con su más benigno tratamiento³. Es decir, cualquier error en este ámbito sería un error de tipo, que, a lo sumo, de ser vencible, daría lugar a la punición por delito imprudente, si lo hay, lo que, como acaba de decirse, es excepcional en el Derecho penal económico. De modo que, según esta propuesta, prácticamente cualquier error en el Derecho penal económico y empresarial debería conducir a la impunidad. Y, dicho sea de paso, además, al tratarse de una exclusión del injusto, no quedará espacio tampoco, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, para la punición de los partícipes (que sí cabría en caso de error de prohibición, que afectaría solo a la culpabilidad del autor, en la concepción que considero más correcta).

A este resultado llegan también quienes, sin considerar que todos los errores son errores de tipo, pretenden tratar el error de prohibición en el Derecho penal económico conforme a las premisas de la teoría del dolo (defiendan o no esta para el Derecho penal nuclear), es decir, como excluyente también del dolo⁴.

Sin embargo, este es un proceder que no me parece (como a otros autores⁵) correcto ni conveniente, resumidamente porque no observo razones político-criminales tan fuertes que hagan aconsejable este tratamiento más benigno (se puede decir que especialmente benigno, dada la escasez de hechos imprudentes tipificados) en este campo. Por otra parte, las razones que justifiquen la distinción entre error de tipo y error de prohibición (aunque suavizando la diferencia de trato) valen también aquí: básicamente porque quien conoce la concurrencia en su hecho de los elementos típicos y se equivoca sobre su carácter prohibido ha tenido más posibilidades de seguimiento del Derecho que

³ Hasta donde conozco, esta posición no se sustenta con carácter general, aunque aparece desde distintas perspectivas, en especial en el contexto de la discusión sobre el error en el Derecho penal tributario (v. *infra* VI).

⁴ De modo paradigmático, TIEDEMANN, C., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem der Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, (J. C. B. Mohr), 1969, pp. 401 s. (en resumen conclusivo); 1995, p. 106.

⁵ ROXIN, C., 2006, § 12 nm. 10, pp. 41 s.; «Über Tatbestands- und Verbotsirrtum», en Sieber, U. (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln (Heymann), 2008, p. 377, aclarando que no está sustancialmente demasiado alejado de la tesis de Tiedemann, pero considera más adecuado mantenerse en su propia teoría «más suave o flexible» de la culpabilidad (pp. 388 ss.).

aquel que ni siquiera conoció lo primero⁶. El tratamiento diferenciado del error sobre elementos normativos del tipo es posible y conveniente también en este ámbito. Y la mayor artificialidad de los injustos en el Derecho penal económico y empresarial, así como las dificultades de su conocimiento, no son tan grandes como se pretende, aunque puedan tenerse en cuenta, como se verá.

Naturalmente, ello no excluye que en algún caso el conocimiento de una prohibición pueda ser requisito del dolo típico (especialmente en tipos penales con elementos en blanco), pero el conocimiento de la prohibición como objeto del dolo no debe elevarse a regla general⁷.

IV. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL

En los problemas que plantean los elementos típicos predominantemente normativos en materia de error (si bien considero que no son exclusivos de aquellos), sostengo una concepción que creo que no está demasiado apartada de la reformulación de la clásica tesis del conocimiento paralelo en la esfera del profano como conocimiento del contenido de sentido o significado social del elemento típico⁸, aunque atendiendo a algunos aspectos que destacan otros autores, en especial Puppe⁹ y Frisch¹⁰ en Alemania. Mi tesis, que solo puede

⁶ Se puede incluso aceptar que un «conocimiento completo» de la situación no se alcanza sin conocimiento de la situación jurídica. Pero en todo caso existen dos grados o peldaños de desconocimiento, que colocan al sujeto en una posición distinta para el seguimiento del Derecho [como incluso puede aceptar un defensor de teoría –peculiar (v. al respecto mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Un sistema de Derecho penal en evolución», *RDPC*, núm. 2, 1998, pp. 435 s.)– del dolo como MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed. (2.ª reimpr. corregida), Barcelona (Reppertor), 2016, Lecc. 21 nm. 21 ss.]. Más detalladamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., 1999, pp. 343 ss.

⁷ ROXIN, C., 2006, § 21 nm. 43 (1997, § 21 nm. 41); ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 21 nm. 43.

⁸ Por todos, con múltiples ulteriores referencias, ROXIN, C., 2006, § 12 nm. 100 ss. (1997, § 12 nm. 84 ss.); ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 12 nm. 100 ss.).

⁹ PUPPE, I., «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», en Goldammer's Archiv für Strafrecht 1990, pp. 145 ss. [«Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción» –traducción de Cancio Meliá, M./Bruzzzone, G., *CPC*, núm. 47, 1992, pp. 349 ss. También aparece, en traducción de Cancio Meliá, M., en el volumen *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 1999, pp. 87 ss.].

¹⁰ FRISCH, W., «Der Irrtum als Unrechts- oder Schuldausschluss im deutschen Strafrecht», en Eser, A./Perron, W. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, Freiburg i. Brsgau (Max-Planck-Institut), 1990, pp. 260 ss. [«El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán», traducción de Bruzzzone, G./Peñaranda, E., en Eser, A./Gimbernat, E./Perron, W. (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales), 1995, pp. 157 ss. También aparece, en traducción de Peñaranda, E., bajo el título «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad», en el volumen *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 1999, pp. 11 ss.].

ser apuntada aquí, es que para actuar con dolo basta con que el sujeto sepa que en su hecho concurren los elementos típicos en su sentido material auténtico, con independencia de cómo los denomine, de que sepa que integran el supuesto de hecho de un tipo penal, de que conozca o no las reglas constitutivas del elemento, etc. Solo el error sobre la concurrencia en el hecho del elemento típico en su sentido material auténtico será un error de tipo. El resto serán errores de subsunción (aunque esta terminología se usa a veces de diferentes formas, de modo que puede llegar a resultar confusa), en sí mismos irrelevantes, si bien en ocasiones podrán conducir a un error de prohibición o a un error sobre el carácter delictivo del hecho¹¹, que considero relevante¹².

Para aproximarnos al problema del error sobre elementos normativos del tipo en el Derecho penal económico, tomaremos el ejemplo del delito doloso de blanqueo de capitales. En el tipo se exige expresamente¹³ (aunque no haría falta) que el sujeto sepa que los bienes proceden de una actividad delictiva.

¹¹ Se trata del confusamente llamado error de o sobre la punibilidad, que creo que se identifica mejor si se habla de error sobre la antijuridicidad penal, la prohibición bajo pena o el carácter delictivo del hecho. He señalado que lo considero relevante: me sitúo en un punto medio entre la posición dominante que, con matices, niega esta relevancia [por todos, ROXIN, C., 2006, § 21 nm. 12 ss. (1997, § 21 nm. 12 ss.); ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 21 nm. 12 ss.] y la minoritaria que identifica el error de prohibición con este [en España principalmente la escuela de Mir Puig, con especial detenimiento y fundamentación FELIP I SABORIT, D., Error iuris. *El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Barcelona (Atelier), 2000, pp. 126 ss.], de modo que creo que, por la afectación de la culpabilidad que puede suponer, puede llegar a tener una rebaja sensible de pena (incluso, en casos extremos, igual a la que supone en España el error de prohibición vencible –art. 14.3 CP–, pues la vía sería la apreciación de una atenuante análogica, en su caso muy cualificada –art. 66.1.2.^a CP), si bien entiendo que debe comprobarse la afectación de la culpabilidad y, por lo tanto, concibo la atenuación como facultativa [muy próximo a LUZÓN PEÑA, D.-M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, Cap. 17, nm. 50, solo que él plantea la atenuación como automática]: v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., 1999, pp. 355 ss. (omito la cita, pero señalaré que hay algunos autores que siguen la propuesta de Luzón y mía)]. Me parecen interesantes otras posiciones intermedias, en especial la de NEUMANN, U., entre otros lugares, en *Alternativkommentar zum StGB I*, Neuwied/Darmstadt (Luchterhand), 1990 § 17 nm. 20 ss., que hace relevante el error sobre la sancionabilidad (penal o no) del hecho; con esta simpatizan también algunos autores españoles, como, entre otros y a modo de mero ejemplo, con ulteriores referencias MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2022, p. 624 (ya también en trabajos anteriores).

¹² Mi concepción acerca del error sobre elementos normativos del tipo puede verse, entre otros trabajos míos, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Las Rozas (Madrid) [La Ley (Wolters Kluwer)], 2008, pp. 198 ss., 315 ss. y *passim*, con una valoración amplia de las tesis de otros autores (edición colombiana en Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012).

¹³ Baste transcribir aquí el primer párrafo del número 1 del artículo 301 CP: «1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años».

Pues bien, un sujeto realiza con dolo el resto de los elementos típicos, pero alega que él creía que la actividad de que procedían los efectos no era delictiva, sino solo constitutiva de una infracción administrativa o directamente de una actividad lícita.

En apariencia, se trata de un error sobre la concurrencia en su hecho de un elemento típico normativo (es el propio CP el que establece qué es delito –dejo al margen los problemas que, desde la LO 5/2010, supone el cambio de la referencia a delito por la de actividad delictiva en el delito de blanqueo de capitales) y, por tanto, suponiendo que sea vencible, parece que debería conducir a la sanción por el tipo imprudente del artículo 301.3 CP (menor que la del doloso) en el Derecho español (siempre que la imprudencia sea grave)¹⁴. Pues bien, esta solución debe ser matizada. El juez debe investigar en concreto en qué consistió el error. Este pudo consistir en creer realmente que la actividad de la que proceden los bienes no es delictiva, porque, por ejemplo, no tenga ni idea de los hechos realizados para la obtención de los bienes (aunque no solo razones de desconocimiento fáctico, sino también de desconocimiento o error jurídico pueden dar lugar a este error); en tal caso, el sujeto ignoró de forma vencible (normalmente) la concurrencia en su hecho de un elemento típico y se trataría de un auténtico error de tipo, con las consecuencias que conocemos.

Sin embargo, las cosas son muy distintas si el juez constata que el sujeto supo perfectamente que los bienes provenían de un secuestro, pero creía (aunque el ejemplo es un poco absurdo, pero quiero que sea gráfico) que delito solo era matar, lesionar o violar. Ciertamente el sujeto supo aquí todo lo que el tipo pide que se sepa como presupuesto de la prohibición de la conducta (supo que los bienes procedían de un secuestro, supo que procedían de algo muy grave por lo que se va a la cárcel) y lo único que sufre es un error sobre el concepto de delito, lo que suele denominarse un error de subsunción (o de concepto). Como el sujeto supo que en su hecho concurrieron los elementos del tipo en su sentido material auténtico, no podemos hablar de un error de tipo. El error de subsunción sufrido sería en este caso irrelevante, pues con seguridad no condujo al sujeto a pensar que su conducta no estaba prohibida (ni siquiera seguramente a pensar que su conducta no era –materialmente– delictiva, aunque, dado lo absurdo –para que sea gráfico– del ejemplo, ello pudiera discutirse) y, por tanto, respondería plenamente por el delito doloso de blanqueo de capitales. En algunos supuestos de errores de concepto no tan burdos, el error de

¹⁴ Artículo 301.3 CP: «Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo».

subsunción puede llevar al sujeto a pensar que su hecho no está prohibido y, por tanto, conducir a un error prohibición que, si es vencible, haría que se le atenuara la pena (y, si era consciente de que su hecho estaba prohibido, pero pensaba que no llegaba a ser delictivo, este error sobre la prohibición penal también podría tener algún efecto atenuatorio, en mi opinión, como he dicho).

Como peculiaridad de la regulación española del delito de blanqueo de capitales, cabe señalar que en él (probablemente por imprevisión del legislador) puede invertirse la regla del más benigno tratamiento del error de tipo vencible frente al error de prohibición vencible, pues, si el error de tipo vencible diera lugar a una imprudencia grave (no en otro caso, que resultaría impune, manteniéndose la regla señalada), sería de aplicación el tipo imprudente del artículo 301.3 CP, que conmina la conducta con pena de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo, mientras que la que se derivaría de un error de prohibición vencible sería, en el supuesto del tipo básico del primer párrafo del delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 CP, que establece una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, la inferior en uno o dos grados a esta (art. 14.3 CP), por lo tanto, refiriéndonos solo a la privativa de libertad y solo a la rebaja en un grado, prisión de tres a seis meses (redondeando), notoriamente inferior a la del tipo por imprudencia grave. Si esta anomalía¹⁵, que no existe en otros países¹⁶, puede y debe tener una respuesta interpretativa que la evite es un tema que excede de los fines de este trabajo, pues nos interesaba sobre todo ejemplificar la dificultad que puede suponer la existencia de elementos normativos en materia de error en el ámbito que nos ocupa¹⁷.

¹⁵ No exclusiva por cierto del delito de blanqueo de capitales en el CP español, sino que, de otro modo, se produce también, al menos, en todos los casos en que la ley establece la pena del delito cometido por imprudencia grave (si no es grave, no hay delito y no se rompe la regla) mediante una cláusula general referida a los artículos anteriores (o fórmulas similares) que establece que se impondrá la pena inferior en grado a la de esos delitos dolosos (arts. 317, 331, 344, 345.3, 358 y 367 CP), de modo que la pena sería igual a la derivada de la existencia de un error de prohibición vencible en que la pena se rebajara solo en un grado y superior a la resultante de la rebaja en dos grados (peculiar, por diversas razones, es el supuesto del art. 576.4 CP, que prevé la rebaja en uno o dos grados, igual que en el caso del art. 615 bis.2 CP).

¹⁶ Así, por ejemplo, aunque las pautas de determinación de la pena del StGB alemán son complejas en aplicación a este caso, creo que difícilmente se producirá la inversión (parcial) de la regla que observamos en el Derecho penal español en el supuesto del blanqueo del § 261 StGB (ni siquiera tras la ampliación de la tipicidad de este delito operada por el art. 1 de la Ley para la mejora de la lucha o represión jurídico-penal del lavado de dinero –*Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, GwStrRVG*, de 9 de marzo de 2021, en vigor desde el 18 de ese mes), que contempla también un supuesto de blanqueo por «temeridad» (*Leichtfertigkeit*), un grado especialmente elevado de imprudencia, en su apartado 6, entre otras cosas (aunque no solo) por el carácter potestativo de la atenuación de la pena en caso de error de prohibición vencible, conforme al § 17 StGB.

¹⁷ No obstante, señalaré que, para el supuesto del blanqueo (pero podría valer para los otros supuestos), MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2022, pp. 523 ss. (por citar la última edición de esta obra, aunque su propuesta procede de ediciones anteriores), con ulteriores referencias [en *El error en la teoría jurídica del*

Tomaré otro ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Supremos de hace ya muchos años: En el supuesto de la STS 27 de abril de 1990, unos sujetos habían sido condenados por «alzamiento de bienes»¹⁸; entre ellos se encontraban varios fiadores solidarios de un crédito personal concedido por un banco a otros procesados, todos los cuales (adjudicatarios del crédito y fiadores) realizaron posteriormente operaciones de ocultación de sus bienes para evitar que el banco pudiera ejecutar sobre ellos la deuda existente. Los fiadores alegan en casación que existió en ellos un error de prohibición, «ya que creyeron obrar lícitamente al no existir precepto legal alguno que a los avalistas les prohibiera disponer libremente de su patrimonio». El TS desestima el recurso apreciando que de los hechos probados «se deduce precisamente lo contrario de lo que aducen los recurrentes, pues consta en la misma el conocimiento, por parte de todos los que intervinieron en las referidas escrituras de compraventa, de la deuda existente y de las intenciones del banco de ejecutarla contra los avalistas...». La alegación de los avalistas no es muy comprensible, pues parece evidente que quien avala una operación de crédito bancario –y además de forma solidaria– tiene que saber que el banco puede dirigirse contra sus bienes en caso de impago de la deuda (¿qué otro sentido puede tener la firma del aval?), por lo cual parece difícil la existencia del error alegado, máxime si los hechos se produjeron como manifiesta el TS.

Pero lo interesante para nosotros es que tal vez tras la alegación de los recurrentes podría hallarse otra: los recurrentes habrían pensado que el banco era acreedor de los deudores (de los que reciben el préstamo) y no de ellos, que no reciben crédito alguno y son solo fiadores o avalistas, no deudores. En definitiva estarían alegando un error sobre el elemento «acreedores» en el

delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa, Valencia (Tirant lo Blanch, 2017, p. 92 n. 172 se limita a exponer la existencia de la quiebra del tratamiento más benigno del error de tipo en el caso del delito de blanqueo de capitales, remitiendo a la obra anteriormente citada], propone *de lege ferenda* modificar los marcos penales para que no se produzca la consecuencia señalada y, *de lege lata*, al menos para errores vencibles «sobre términos normativos jurídicos», calificarlos como errores de prohibición, por resultar las consecuencias más favorables para el sujeto. La propuesta parece político-criminalmente razonable y creo que admite también una fundamentación dogmática: salvo supuestos de doble error, todo error de tipo conduce también al desconocimiento de la prohibición, aunque, naturalmente, el primero desplaza al segundo; en los supuestos excepcionales mencionados podría defenderse la inversión de la regla (resolver el «concurso de errores» en el sentido inverso) para no llegar a tratamientos desiguales e incluso a despropósitos valorativos. Pero, en mi opinión, hay que valorar si con ello se vulnera el principio de vigencia, de modo que se vacíe el artículo 301.1 CP; ello dependerá de si son concebibles casos de blanqueo por imprudencia grave no derivada de un error de tipo (o sobre elementos del tipo distintos a los que el citado autor denomina «términos normativos jurídicos»), pues es claro que estos serán relativamente frecuentes (error sobre la cualidad de delictiva de la actividad de que proceden los bienes).

¹⁸ El alzamiento de bienes se regula actualmente en el artículo 257.1.1.º CP como una modalidad de «frustración de la ejecución», con el mismo tenor que tenía en el CP que regía en el momento de la sentencia comentada: «El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

delito de alzamiento de bienes del artículo 519 CP 1944/73, que se corresponde (en lo que aquí nos interesa) con el vigente artículo 257.1.1.º CP. Nuevamente, para considerar la naturaleza de este error, deberemos preguntarnos por el sentido auténtico del término «acreedores» del artículo 519 CP 1944/73 o del artículo 257.1.1.º CP (o, si se prefiere, sobre quiénes son deudores en este delito), para saber si lo son solo quienes tienen un derecho de crédito frente a un deudor o también lo son (respecto de los fiadores) quienes tienen la posibilidad de ejecutar la deuda sobre el fiador de esta. Parece que esta última es la interpretación adecuada al sentido del precepto: son deudores (y por tanto es acreedor frente a ellos el titular del derecho de crédito) todos los que de una u otra forma tengan que responder de la deuda (directamente o en caso de impago por el deudor principal), interpretación que tampoco parece vulnerar el tenor literal del término «acreedores». Por lo tanto, salvo en el muy improbable caso de que el no considerarse «deudor» en sentido estricto hubiera llevado al avalista a pensar que no respondía de la deuda con sus bienes, el señalado error es un mero error de subsunción, del que además es difícil pensar que conduzca a un error de prohibición (como máximo y, en caso de reflexión previa del sujeto sobre los términos típicos, conduciría a un error sobre la prohibición penal).

V. LAS SOLUCIONES INTERMEDIAS Y LA DEFENSA PERSONAL DE LA FLEXIBILIZACIÓN EN LA APRECIACIÓN DE ERRORES DE PROHIBICIÓN INVENCIBLES ... AUNQUE CON LÍMITES

Algunos autores han propugnado soluciones intermedias, sin llegar a equiparar las dos clases de error, pero defendiendo la introducción de un tratamiento menos severo que en el Derecho penal nuclear para el error de prohibición en el Derecho penal accesorio o secundario, como sería el económico y empresarial¹⁹.

Y es que en lo que tienen razón (al menos algo de razón) quienes defendían un tratamiento igual (el del error de tipo) de los errores en el Derecho penal económico y empresarial es en que en este sector a menudo las normas y los conceptos que utilizan son más difícilmente cognoscibles e interpretables que en otros. Por eso es verdad que quizá llamen la atención las diferencias de severidad en el tratamiento del error de tipo y de prohibición vencibles.

¹⁹ V. solo, a modo de ejemplo y con ulteriores referencias, ROXIN, C., 2006, § 21 nm. 41 ss. (1997, § 21 nm. 40 ss.); 2008, pp. 388 ss.; ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 21 nm. 41 ss.

En mi opinión, ello no justifica borrar las fronteras entre los dos errores, pero sí es posible, mediante valoraciones normativas referentes al sujeto individual que sufre el error, ser más generoso en la apreciación de errores de prohibición invencibles (que conducen a la impunidad), suavizando así algo (mediante una teoría flexible o suavizada de la culpabilidad) las diferencias de tratamiento entre ambas clases de errores²⁰. La fundamentación de la invencibilidad de estos errores puede descansar, no tanto en que el sujeto no tuviera motivos para reflexionar o informarse sobre la licitud o ilicitud de la conducta, pues, con dudas o sin ellas, sabrá que se mueve en un sector de actividad (por ejemplo, el mercado financiero) especialmente regulado (si es que no es consciente de la posibilidad de dañar a terceros), lo que debe ser ya un motivo para cerciorarse (reflexionar e informarse). El fundamento estaría más bien en que, o bien, si se informara suficientemente, no llegaría a una conclusión segura por las dificultades de interpretación también para los expertos, o bien porque, aunque no se haya informado de forma suficiente, si lo hubiera hecho, tampoco habría logrado convencerse de la ilicitud de la conducta, o sea, salir de su error (la información le habría confirmado erróneamente la licitud de su conducta). O, si se prefiere: ¿cómo vamos a hacer responsable a un profano por no conocer prohibiciones o injustos sobre cuyo significado o contenido a veces ni siquiera los expertos se ponen de acuerdo?

Ahora bien, tampoco hay que exagerar las dificultades de conocimiento de la situación jurídica (que a veces se agrandan interesadamente). Pensemos que gran parte de la alta delincuencia económica (la de cuello blanco) se desarrolla en esferas sociales donde hay formación y conocimiento sobre el «nego-

²⁰ Asumo (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., 1999, pp. 362 s.; 2008, pp. 175 s., entre otros trabajos) las tesis de autores como RUDOLPHI, H.-J., *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen (Otto Schwartz & Co.), 1969, pp. 193 ss., o ROXIN, C., 2006, § 21 nm. 52 ss. (1997, § 21 nm. 50 ss.) y ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 21 nm. 52 ss., y, en definitiva, creo que para que un error de prohibición sea vencible, el sujeto debe haber tenido algún motivo para cerciorarse sobre la situación jurídica (reflexionar e informarse), sea que le han surgido dudas reales sobre la ilicitud del hecho, sea que opera en un sector especialmente regulado o normativizado, sea que su conducta puede causar daños a terceros o a la sociedad; existiendo el motivo, el sujeto actuará de todas formas en error de prohibición invencible si se ha informado de una fuente fiable (un abogado, un catedrático de Derecho, un juez, etc.) que, erróneamente, le ha asegurado la licitud de su conducta, o, en algunos casos, incluso si ha llegado, erróneamente, a esa misma conclusión con un estudio propio, e incluso si, no habiéndose informado, se comprueba que, de haberlo hecho, la fuente fiable le habría confirmado, erróneamente, la licitud de su conducta. Entiendo, naturalmente, que, además, como subraya LUZÓN PEÑA, D.-M., 2016, Cap. 18 nm. 11, hay que añadir a estos casos el supuesto más tradicional de invencibilidad del error de prohibición en el caso más claramente asociado a factores subjetivos individuales de que concurren circunstancias excepcionales, condiciones o cualidades en un sujeto que supongan la imposibilidad de conocer la ilicitud de su conducta, que sería accesible al sujeto medio (deficiencias culturales o de inteligencia, situaciones psicológicas difíciles que no excluyan la imputabilidad, incluso razones de llegada muy reciente al país sin conocimiento de idioma, costumbres o normas muy distintas a las del país de origen, etc.).

cio, *business*» y donde abundan los asesores especializados que fácilmente pueden orientar al cliente y deberían hacerlo en el sentido correcto (tema distinto, en el que aquí no puedo entrar, es el del asesoramiento erróneo, los límites de la posibilidad de confianza del asesorado y las consecuencias jurídico-penales de todo ello). Esta es una razón poderosa añadida para rechazar la consideración en este campo de todo error como error de tipo (o tratado como tal, aunque se diga que es de prohibición), pero también para matizar mi propia postura, de modo que no se interprete que todo error de prohibición en este campo es fácil que se produzca (a veces es muy difícil) y es invencible, como por cierto propugnan algunos autores²¹. Y, por lo demás, muchas prohibiciones en materia económica y empresarial (por ejemplo, fiscal) están perfectamente interiorizadas desde hace tiempo por la ciudadanía.

De cualquier manera, lo señalado (flexibilización de la apreciación de errores de prohibición invencibles cuando proceda), junto a legislaciones, como la española, generosas también con el error de prohibición vencible, en cuanto que hacen obligatoria en él la rebaja de pena (al contrario que el StGB, que la hace solo facultativa, aunque lo normal es que se produzca) y seguramente también el reconocimiento de efectos al error sobre el carácter delictivo del hecho (pese al conocimiento de su antijuridicidad general), ofrecen elementos suficientes para mantener la necesidad de distinguir entre error de tipo y error de prohibición, sin que ello lleve a consecuencias materiales insostenibles (más bien es al contrario, en mi opinión) tampoco en el Derecho penal económico y empresarial.

VI. OTROS PROBLEMAS DE ERROR: UN APUNTE ACERCA DEL ERROR EN LOS DELITOS FISCALES

No terminan ni mucho menos aquí los problemas del error en el Derecho penal económico y empresarial. Por ejemplo, se ha discutido mucho (aunque no tanto en España, si bien cada vez más) sobre la naturaleza del error en el delito de defraudación tributaria. Los «delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» de los artículos 305 ss. CP se encuentran plagados de elementos normativos o afines a ellos; así, en el artículo 305 CP²² encontramos, por ejemplo y entre otros, «tributos», «beneficios fiscales», «indebidamente».

²¹ Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2.ª ed., Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2010, pp. 232 s.

²² Para que se compruebe que hay más incluso de los citados, reproduciré solo el número 1 de los siete de que consta ese largo artículo 305 CP: «El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pú-

No es posible reseñar aquí las distintas soluciones que la doctrina propugna²³, desde la apreciación siempre de un error de tipo o en todo caso de un error excluyente del dolo (con diverso fundamento, alguno de los cuales se menciona en lo que sigue, pero también con otros, algunos recientes partiendo de la defensa de una teoría pura del dolo renovada)²⁴, hasta, justamente al contrario, la apreciación siempre de un error de prohibición²⁵. En mi opinión, que no puedo explicar detenidamente aquí y que requeriría ciertas precisiones, algunos autores hacen depender en exceso (por emplear cierto automatismo) la calificación del error de la clasificación del tipo penal como contenedor de elementos normativos en sentido estricto, de elementos de valoración global del hecho o como ley penal en blanco.

Simplificadamente²⁶, en lo que respecta al punto central de la discusión, cabe decir que, para que el sujeto que elude el pago de un «tributo» actúe con dolo, ha de conocer que aquello que no paga es un tributo; ello presupone so-

blica estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo./La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando esta se acredite por otros hechos./Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

²³ Buenos resúmenes de las principales opiniones en la doctrina española y alemana pueden encontrarse en España, por ejemplo, ya en MUÑOZ CONDE, F., «El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal», *ADPCP*, XXXIX, 1986, pp. 379 ss., respecto del tipo del CP 1944/73, en lo que se refiere a España, pero con amplia recogida también de la discusión alemana, y propugnando él mismo una «teoría del error orientada a las consecuencias»; FAKHOURI GÓMEZ, Y., «El tratamiento del error sobre el delito fiscal: desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en España y en Alemania y propuesta de solución», *LLP*, núm. 82, 2011, pp. 60 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2022, pp. 536 ss.; TORRES CADAVID, N., *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 169 ss.; «El error sobre la obligación tributaria en el delito fiscal (según la teoría de la culpabilidad)», *Foro FICP*, 2022-3, pp. 424 ss.

²⁴ Así, por ejemplo, especialmente FAKHOURI GÓMEZ, Y., *LLP*, núm. 82, 2011, pp. 73 ff. Sobre la defensa general de una nueva teoría pura del dolo por esta autora, v. su muy interesante monografía *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor, Navarra (Thomson Reuters), 2009, con numerosas y amplias referencias; «Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal», *In-Dret*, 4/2009, pp. 1 ss. (numeración de páginas autónoma del propio artículo); «Zum Umgang mit der Irrtumssproblematik bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, pp. 259 ss.

²⁵ V. *infra* nn. 29 s.

²⁶ Recojo mi opinión, entre otros lugares, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., 2008, pp. 407 ss. Me sigue en líneas generales, completando mi criterio en relación con las diferentes conductas típicas del delito de defraudación tributaria y planteando interesantes cuestiones que yo no trato específicamente, TORRES CADAVID, N., 2019, pp. 171 ss.; *Foro FICP*, 2022-3, pp. 427 ss. y *passim*.

bre todo el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria, por lo que, si, aunque sea por el desconocimiento de las normas tributarias (y naturalmente por el desconocimiento de la existencia del hecho imponible), el sujeto no sabe que tiene una deuda con Hacienda, no actúa con dolo, sino en error de tipo: solo el conocimiento de que existe esa deuda tributaria y de la obligación de pagar implica el conocimiento del presupuesto de la prohibición; ciertamente, quien sabe que tiene una deuda tributaria y una obligación de pagar difícilmente va a poder ignorar la prohibición del incumplimiento de la obligación; sin embargo, ello significará que en este ámbito serán prácticamente impensables supuestos de error de prohibición (salvo, tal vez, casos de ceguera jurídica, si es que esta supone verdaderamente un error²⁷), pero creo que no implica que se confundan presupuesto de la prohibición (existencia de la deuda tributaria) y prohibición misma, sino en todo caso que ambos son más inseparables que en la mayoría de las figuras de delito. Por lo demás, el sujeto ha de entender que lo que debe a la Hacienda Pública es producto de una obligación fiscal (surgida de la existencia de un hecho imponible), de manera que si, por ejemplo, reconoce que tiene que pagar una cantidad al Estado, pero cree que ello es consecuencia de una sanción que este le ha impuesto y no de la existencia de un hecho imponible, no actúa con dolo de defraudación tributaria. Lógicamente habrá que distinguir este supuesto de aquellos en que el sujeto, pese a conocer que su deuda es consecuencia de un hecho imponible y que en definitiva tiene naturaleza tributaria, crea «que los impuestos son un castigo y una sanción del Estado o del poder local», pues en este caso el sujeto conoce el carácter material de la deuda (sabe que aquello cuyo pago elude es un impuesto) aunque lo califique erróneamente de sanción (se trataría de un error de subsunción irrelevante).

En el caso del delito de defraudación tributaria o delito fiscal, Roxin²⁸ califica el elemento sobre el que recae el error de elemento de valoración global del hecho inseparable, una forma excepcional de esos elementos, pues en la mayoría de ellos, al ser separables, se podrá distinguir: si el error recae sobre el fundamento –fáctico o normativo– de la valoración, se tratará de un error de tipo, mientras que si recae sobre la valoración (desvaloración) misma, se tratará de un error de prohibición. La consideración como elemento de valoración global del hecho como indivisible conducirá a la apreciación en todo caso de

²⁷ Algo que no es indiscutido y que aquí no podemos debatir; v. mis breves reflexiones en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., 1999, pp. 352 ss., con ulteriores referencias.

²⁸ ROXIN, C., 2016, § 12 nm. 107 s., entre otros lugares (y en relación con el § 370 de la Ordenanza Tributaria alemana (*Abgabeordnung, AO*), con una regulación no idéntica a la española. Igual ROXIN, C./GRECO, L., 2020, § 12 nm. 107 s.

un error de tipo, aunque ello no invalide la distinción entre error de tipo y error de prohibición.

Y también se ha planteado a menudo el error sobre elementos centrales de este delito como error sobre una ley penal en blanco o sobre el elemento en blanco de una ley penal, habiéndose llegado a conclusiones diversas, que aquí no detallaré, pero con frecuencia también a otorgarle fundamentalmente el tratamiento del error de tipo. Algunos autores, cuya opinión en este tema no comparto (por ejemplo, Maiwald²⁹ en Alemania, desde la teoría de la culpabilidad y curiosamente también sobre la base de la imposibilidad de descomponer el deber tributario en dos niveles, o Gracia Martín³⁰ en España), consideran que el error sobre el deber jurídico tributario es siempre un error de prohibición.

Por otro lado, aunque la idea del asesoramiento suele vincularse (como yo lo he hecho anteriormente) al error de prohibición y a su vencibilidad o no, debe señalarse aquí que incluso para la apreciación de un error de tipo o uno de subsunción es importante tener en cuenta la situación real de la mayoría de los sujetos con capacidad económica para cometer delito fiscal: suele tratarse de sujetos muy bien asesorados por expertos en Derecho tributario y, en consecuencia, salvo casos excepcionales, no es fácil que incurran en errores de tipo (vencibles o invencibles, que en ambos casos eximirían de responsabilidad penal, pues no se tipifica la comisión imprudente de este hecho) por ignorar la existencia de una deuda tributaria (o del hecho imponible que la genera)³¹. Es decir, que pronunciarse por el error de tipo en estos supuestos no supone una extensión de la impunidad en este ámbito de conductas.

Consideraciones similares habría que hacer respecto de los otros elementos, como, en el tipo español, «beneficios fiscales» (el sujeto ha de conocer el carácter fiscal del beneficio y no confundirlo, materialmente, con por ejemplo un premio estatal a la dedicación empresarial o a su labor investigadora), y,

²⁹ MAIWALD, M., *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg (v. Decker & C. F. Müller), 1984, pp. 15 ss. y *passim*.

³⁰ GRACIA MARTÍN, L., «Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico. Parte General. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.», *RDPC*, núm. 13, 2004, p. 475.

³¹ Aunque no pretendo decir aquí que no sean concebibles casos, incluso por la delegación absoluta de las cuestiones fiscales en los asesores. Sin embargo, no serán tantos como a veces se pretende y, a la vez, la afirmación de ausencia de error de tipo (o, en su caso, de prohibición) y presencia de dolo (o de conocimiento de la antijuridicidad) a través de la figura de la ignorancia deliberada no me parece correcta ni recomendable: mi opinión sobre esto último en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «A vueltas con el dolo», en Gómez Martín, V./Bolea Bardon, C./Gallego Soler, J. I./Hortal Ibarra, J. C./Joshi Jubert, U. (Dirs.)/Valiente Ivañez, V./Ramírez Martínez, G. (Coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Vol. I, Madrid (Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado), 2022, pp. 553 ss.

sobre todo, respecto del carácter indebido del disfrute de beneficios fiscales. Creo que se trata de un elemento de valoración global del hecho, por lo que me limitaré a señalar que el error sobre la concurrencia de los presupuestos de ese carácter indebido del beneficio será un error de tipo, mientras que un error sobre la propia valoración como indebido es un error de prohibición, si bien se requerirían precisiones que aquí no son posibles³².

³² En este sentido, me parecen muy interesantes las consideraciones que respecto de la naturaleza y significado de este elemento plantea una autora tan cercana a mis tesis como TORRES CADAVID, N., 2019, pp. 144 ss., quien, con argumentos muy dignos de ser tenidos en cuenta y que no estoy en condiciones de rebatir o confirmar en este trabajo resumido y dedicado al error (en el que sobre este en el delito fiscal solo hago, como indico en el título del apartado, «un apunte»), no cree que nos hallemos ante un elemento de valoración global del hecho (en especial pp. 148 ss., aludiendo también a algunas dificultades que yo mismo he planteado en torno a la naturaleza del «indebidamente» que aparece en el art. 305.1 CP), sino ante uno normativo en sentido estricto, dándole una interpretación original.

LA RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

JUAN LUIS FUENTES OSORIO*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 129 CP¹ en su versión original de 1995 estableció la posibilidad de imponer a ciertos entes, con o sin personalidad jurídica, una serie de consecuencias accesorias del delito (entre las que no estaba la multa) para un grupo cerrado de delitos. Este precepto permitía derivar cierta responsabilidad penal de las acciones de las personas jurídica con el único presupuesto de que estas consecuencias fueran necesarias para reducir su peligrosidad, prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos. Ahora bien, no se describían otros requisitos. El intérprete y el aplicador del Derecho eran los encargados de desarrollar este modelo de responsabilidad. Había desacuerdo sobre diversas cuestiones. Especialmente se discutía sobre los presupuestos de su aplicación, el carácter de estas consecuencias accesorias y la naturaleza de la responsabilidad (con un enfrentamiento entre el modelo heterónomo/vicarial y la ausencia de un auténtico sistema de responsabilidad penal). Esta escasez regulativa seguramente motivó que fuera un artículo escasamente utilizado². La

* Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Jaén. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: «Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción» (Ref. PID2021-23028OB-I00).

¹ Sobre la evolución legislativa de la responsabilidad de las personas jurídicas *Vid.*, por todos, CARRIO BRIZ, D. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación el ente», *Diritto Penal Contemporaneo*, núm. 2, 2018, pp. 43 ss.

² *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret*, 2/2006, pp. 4 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Ni catástrofe, ni panacea: la responsabilidad

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal³, superó este conflicto mediante la incorporación de una normativa específica para las personas jurídicas que posteriormente fue ampliada y precisada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal⁴.

Como resultado de estas dos reformas se introdujo y desarrolló una responsabilidad penal de las personas jurídicas basada en una infracción de un deber de control subjetivamente imputable por la capacidad de autoorganización de estos entes e independiente de la condena de una persona física. Estos elementos caracterizan al sistema resultante como «autónomo»⁵. A partir de esta premisa, no exenta de controversia⁶, el objetivo de este trabajo será dar

penal de las personas jurídicas», *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, p. 101; GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid (Marcial Pons), 2017, p. 97. Un estudio sobre la escasa aplicación jurisprudencial del artículo 129 CP en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Indret*, 2/2006, pp. 4 ss.

³ A partir de ahora, LO 5/2010.

⁴ A partir de ahora, LO 1/2015.

⁵ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de las personas jurídicas», Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2010, marg. 118; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 CP)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013a, pp. 70 ss.; *idem*, «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *CPC*, núm. 121, 2017, p. 13; *idem*, «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en Reátegui Sánchez y Requejo Sánchez (coords.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Santiago de Chile (Olejnik), 2018, p. 364; GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Palma Herrera, J. M. (dir.), *Procedimientos operativos objetivos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid (Dykinson), 2014, pp. 27 ss.; BARONA VILAR, S., «La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España», en Ontiveros Alonso, M. (dir.), *La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 71 ss.; ORTIZ DE URBINA, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (sección 1)», en Ayala Gómez, I., y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.), *Memento penal y Económico de la Empresa*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, marg. 1377 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B., y Gómez-Jara Díez, C. (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016c, pp. 263 ss.; NIETO MARTÍN, A.; MAROTO CALATAYUD, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Demetrio Crespo, E., y Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed, Barcelona (Ediciones Experiencia), 2016, p. 554 ss.; GARCÍA RUIZ, A., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el nuevo artículo 31 bis del Código Penal y su aplicación a los delitos ecológicos», *RDPC*, núm. 2, 2016, p. 9; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código Penal Español*, 2.ª ed, Cizur Menor, 2016e, p. 74; *idem*, Réplica a Javier Cigüela», *Indret*, 2/2016, 2016d, pp. 3 y 27.

SSTS 154/2016 de 29 de febrero (fd. 8); 516/2016 de 13 de junio (fd. 1, *Vid.* auto aclaratorio de 28 de junio de 2016); 221/2016 de 16 de marzo (fd. 5); 668/2017 de 11 octubre (fd. 1.2); 407/2018 de 8 de mayo (fd. 5); 234/2019 de 8 de mayo (fd. 5); SSAP Zaragoza 201/2022 de 5 de mayo (fd. 10); Barcelona 303/2022 de 6 de mayo (fd. 2).

⁶ El modelo teórico autónomo de responsabilidad penal de las personas jurídicas es el que más se adapta a la regulación actual, aunque no encaje perfectamente en ella. Desajuste que ha sido utilizado como soporte de otras interpretaciones sobre su naturaleza: «la ausencia de un posicionamiento expreso del legislador en el CP a favor del modelo autónomo (a pesar de las afirmaciones en este sentido que recoge el preámbulo), la vinculación con el hecho de la persona física o la subordinación de la duración

una visión esquemática de estos tres aspectos esenciales: el injusto, la culpabilidad y el hecho de conexión.

Previamente debo aclarar que, aunque la decisión político criminal de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoya principalmente en necesidades preventivas, el modelo que se diseñe debe encuadrarse dentro de un sistema de responsabilidad penal basado en un merecimiento deontológico individualista. Ello ha requerido su reajuste a la naturaleza no humana de los entes jurídicos, lo que se ha plasmado en una reinterpretación de los principios ordenadores del derecho penal, en la modificación de ciertas instituciones dogmáticas y en la ideación de otras nuevas⁷. Este proceso supone asumir cambios en el sistema penal clásico y aceptar que lo importante es crear un modelo de depuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sustentado en el merecimiento como presupuesto de cualquier sanción y que este sea justo, garantista y aplicable, y no obsesionarse con que nunca será idéntico al previsto para las personas físicas (que, por cierto, nunca ha sido tan «perfecto»).

de la pena de la persona jurídica a la de la persona física han dado paso a otras opiniones críticas que sustentan que sigue siendo vicarial o heterónimo, que se trata de un modelo mitad autónomo, mitad heterónimo o que no es ni una cosa, ni la otra», FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas*, Barcelona (J. M. Bosch), 2023, pp. 71 s. (con referencias sobre cada posicionamiento).

⁷ Insisten en esta necesidad de adaptación, GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 120; HEINE, G., «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2006, p. 32; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 21; *idem*, 2018, p. 358; PÉREZ MACHÍO, A. I., *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal Español*, Granada (Comares), 2017, p. 4; BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*, Buenos Aires (Editorial B de f), 2018, p. 33. *Vid.* una descripción de la discusión dogmática al respecto en GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad», *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, 2011, pp. 176 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2018, pp. 360 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas», Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las Empresas y Compliance Program*, Santiago de Chile (Olejnik), 2018, pp. 67 ss.; ROSO CAÑADILLAS, R., «Prevención: Responsabilidad social y penal de las personas jurídicas», *RGDP*, núm. 33, 2020, pp. 24 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 89. Adaptación igualmente imprescindible en el ámbito procesal, *Vid.* JIMENO BULNES, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos de *compliance*: un supuesto de anticipación probatoria», *RGDP*, núm. 32, 2019, pp. 32, 35 ss.

Críticos porque ello supone una relajación de principios y garantías que se puede extender al derecho penal propio de las personas físicas, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Societas peccasse non potest... nec delinquere», Bacigalupo Saggese et alii (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2016, p. 415; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 10, núm. 18, 2018, p. 32.

II. INJUSTO

(1) El injusto propio de la persona jurídica viene recogido en el artículo 31 bis CP. Se estructura en torno a dos elementos:

El primero establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos que realizan las personas físicas vinculadas con ellas. Así, serán responsables por los (i) delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas y en beneficio directo o indirecto por los sujetos que tienen poder de representación o facultades de organización y control o (ii) por sus subordinados en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas cuando haya un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad por los primeros (art. 31.1 bis CP).

El segundo precisa que el núcleo del injusto es la infracción de un deber de control. Esta afirmación se puede poner en duda porque, como acabo de indicar, únicamente hay una referencia expresa a este deber respecto a los subordinados. Sin embargo, será la exención de responsabilidad prevista para las conductas de ambos grupos de sujetos por la adopción eficaz de un modelo de organización y gestión (antes de la comisión del delito) que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31.2 y 4 bis CP) la que determina que sea este el contenido del injusto.

(2) Las personas jurídicas poseen una estructura compleja y una capacidad de organización y de toma de decisiones libre y autónoma de las personas físicas, aunque dependa fácticamente de estas. De ahí que, la conducta que haya efectuado el representante, el directivo o el empleado sea un hecho propio de la persona jurídica. Este comportamiento será un delito objetivamente imputable a la persona jurídica cuando sea la consecuencia de una organización defectuosa⁸ que crea un riesgo jurídicamente relevante. Un ente jurídico,

⁸ Vid. SSTS 154/2016 de 29 de febrero (fd. 8); 221/2016 de 16 de marzo (fd. 5); 516/2016 de 13 de junio (fd. 1); 123/2019 de 8 de marzo (fd. 1.4); 234/2019 de 8 de mayo (fd. 5); 534/2020 de 22 de octubre (fd. 4); SSAP Pontevedra 116/2017 de 30 de junio (fd. 6); Barcelona 113/2018 de 11 de febrero (fd. 7); Pontevedra 142/2020 de 14 de octubre (fd. 3); AAAP Navarra 91/2016 de 22 marzo (fd. 6); Álava 508/2019 de 26 de noviembre (fd. 2).

Sostienen en un sentido crítico que en realidad se trata de un modelo de atribución de la responsabilidad, ROBLES PLANAS, R., «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *Indret*, 2009, p. 5; *idem*, «Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal», Santana Vega et alii (eds.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona (Atelier), 2021, pp. 330 ss.; DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1 del Código penal», *CPC*, núm. 103, 2011, p. 93; FRISCH, W., «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», Zöller et alii (coord.), *Gesamte Strafrechtswissens-*

que tiene un deber general de diligencia en el desarrollo de su libertad de organización dentro de la legalidad, genera un riesgo jurídicamente relevante precisamente cuando infringe el deber de control de sus actividades⁹. Este consiste en un deber de actuación diligente preventivo, que incluye las prácticas y procedimientos adecuados para evitar los comportamientos delictivos que se pueden producir en su ámbito de organización, y parcialmente reactivo, relativo a los mecanismos y medidas para descubrir el delito y responder al mismo. Habrá una vulneración de este deber cuando en ningún momento se haya organizado para cumplirlo¹⁰ o cuando lo haga de forma inadecuada.

La fase reactiva se extiende hasta que haya una persecución del delito por las instituciones formales. Durante este periodo las actuaciones de las personas jurídicas en respuesta al delito podrán ser consideradas *ex ante*. Desde el momento en que intervengan las instituciones formales las medidas reactivas que tome la persona jurídica serán *ex post* al delito y podrán ser valoradas como una excusa absolutoria parcial (art. 31 quater CP).

No obstante, solo será responsable por las infracciones graves, las leves serán un riesgo permitido atípico (requerido para desarrollo de las actividades empresariales necesarias en la sociedad actual¹¹). La gravedad se medirá en función del grado de integración, extensión y permanencia del defecto de organización en la estructura de la persona jurídica¹² y de la importancia de la

chaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter, Berlin (Duncker & Humblot), 2013, p. 368; MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2016, pp. 380 ss.; GOENA VIVES, B., 2017, pp. 83 ss.; 173 ss.

⁹ Vid. SSTS 154/2016; 234/2019 de 8 de mayo (fd. 5); 534/2020 de 22 de octubre (fd. 4); AAN rec. 53/2016 de 3 de febrero 2020 (fd. 2); SSAP Madrid 550/2020 de 19 de noviembre (fd. 11); Jaén 103/2021 de 2 de junio (fd. 3); Barcelona 303/2022 de 6 de mayo (fd. 2). Vid. GALÁN MUÑOZ, A., *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, 2011, p. 199; *idem*, *Fundamento y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 213 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2012, p. 19; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1373 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del art. 31 bis.1», Bajo Fernández; Fejoo Sánchez, Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor, 2016a, pp. 84 ss.; *idem*, *InDret*, 2/2016, 2016d, p. 4; RAGUÉS I VALLÈS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2017, pp. 74 ss.; JIMENO BULNES, M., *RGDP*, núm. 32, 2019, pp. 40 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020b, p. 69.

¹⁰ Resulta claro que la empresa que se organiza para la comisión de delitos y da órdenes en esa dirección o incentiva para ello infringe su deber de prevenir y detectar delitos.

¹¹ Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R., 2017, p. 94.

¹² Un incumplimiento ocasional, parcial o mínimo será leve y atípico. Vid. al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona (Atelier), 2013, pp. 35 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., *InDret*, 2/2016, 2016d, p. 29; *idem*, 2016e, pp. 129 ss.; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Fundamentos y sistema de atribución», Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona

norma de cuidado infringida¹³. Es irrelevante si este incumplimiento es la consecuencia de una conducta negligente o dolosa¹⁴. Sin embargo, ello no impide que el juez tenga en cuenta al concretar la pena la diferencia subjetiva entre, por ejemplo, una orden directa y una falta de vigilancia¹⁵.

Algunos autores defienden la posibilidad y la necesidad de elaborar una teoría de la imputación subjetiva para las personas jurídicas¹⁶. Con todo, desde un enfoque autónomo debería emplearse una concepción estratégica del dolo¹⁷: se deriva de las políticas y estructuras organizacionales expresas e implícitas del ente jurídico y no se puede identificar con el conocimiento de un solo sujeto¹⁸.

(3) El programa de cumplimiento es un instrumento que articula de forma ordenada un protocolo que facilita a la persona jurídica cumplir con los deberes de control. Su existencia, cuando haya sido adoptado y ejecutado eficazmente, excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta, al organizarse de forma preventivamente adecuada antes de que acontezca la con-

(Atelier), 2020, pp. 80 s.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, p. 144; HAMDANI, A.; KLEMENT, A., («Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, vol. 61, núm. 2, 2008, pp. 276) defienden que la persona jurídica únicamente debe ser responsable cuando haya una situación delictiva «generalizada» en la organización (*pervasive wrongdoing*).

¹³ Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, p. 144.

¹⁴ Vid. ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1425; GALÁN MUÑOZ, A., 2017, pp. 244 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», De la Mata Barranco; Dopico Gómez-Aller; Lascuraín Sánchez; Nieto Martín (auts.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 144. Vid. también, COLVIN, E., «Corporate Personality and Criminal Liability», *Criminal Law Forum*, vol. 6, núm. 1, 1995, pp. 38.

¹⁵ Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R., «La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa», Ragués i Vallès; Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 115; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2018, p. 144.

¹⁶ Así, pero con un dolo exclusivamente cognitivo, DANNECKER, G., «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RP*, núm. 7, 2001, p. 52; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2012, pp. 19 s., 76; BUSATO, P. C., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 101 ss.; CARBONELL MATEU, J. C., «La persona jurídica como sujeto activo del delito», De Vicente Remesal et alii (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña por motivo de su 70 aniversario*, vol. 1, Madrid (Reus), 2020, p. 536; PÉREZ MACHÍO, A. I., «Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva», Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 482 ss.; GARCÍA CAVERO, M., «La imputación subjetiva de la persona jurídica», *Indret*, 2/2022, p. 141.

¹⁷ *Strategic mens rea* según FISSE, B. («Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions», *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 6, 1983, pp. 1186 ss.) Autor que lo considera preferible al *managerial* (se basa en la voluntad de la persona física que actúa con representación y en beneficio de la jurídica, propio de los modelos vicariales) y al *composite mens rea* (resultado del conocimiento agregado de varios miembros de una organización, también denominado *collective knowledge*). Vid. igualmente sobre la primera opción, QUAD, J. A., «The Assessment of Corporate Criminal Liability on the Basis of Corporate Identity: An Analysis», *MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, pp. 97 ss.; VARELA, L.; MANSDÖRFER, M., *Principios de Derecho Penal económico*, Barcelona (J. M. Bosch), 2021, p. 188.

¹⁸ Vid. FISSE, B., *Southern California Law Review*, vol. 56, núm. 6, 1983, pp. 1191; QUAD, J. A., *MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, pp. 97 ss.

ducta delictiva y tras su comisión (de la que toma conocimiento e informa), cumple su deber de control y no genera un riesgo jurídicamente relevante al que se pueda imputar el resultado típico producido. Su conducta será, en consecuencia, atípica¹⁹ (y lo seguiría siendo aunque no hubiera en el CP una previsión expresa de exención de responsabilidad basada en el cumplimiento²⁰). Por consiguiente, no se podrá valorar el correcto funcionamiento *ex ante* del programa de cumplimiento como una causa de exclusión de la culpabilidad²¹ ni como una excusa absolutoria²².

Se afirma, en cambio, que el programa de cumplimiento es una causa de exclusión de la culpabilidad porque el defecto organizativo condiciona la culpabilidad de la persona²³ o porque este programa incide sobre la cultura de respeto que determina la culpabilidad de las personas jurídicas²⁴.

Ahora bien, la ausencia de un programa no será automáticamente una infracción grave del deber de cuidado en la prevención de delitos²⁵. Tampoco exis-

¹⁹ Considera expresamente que es una causa de atipicidad, STS 154/2016 de 29 de febrero, (fd. 8); SAP Jaén 103/2021 de 2 de junio (fd. 3).

²⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable», Gimbernat Ordeig et alii (coords.), *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70.º aniversario*, t. II, Lima (Gaceta Jurídica), 2014, p. 69; CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid (Marcial Pons), 2015, p. 350; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El injusto típico de la persona jurídica (Tipicidad)», Bajo Fernández; Feijoo Sánchez; Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016, p. 133; GALÁN MUÑOZ, A., 2017, p. 214; GOENA VIVES, B., 2017, pp. 341 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», Ragués i Vallès; Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa*, Barcelona (Atelier), 2018, pp. 237 ss.; *idem*, *Derecho penal de la Empresa*, 2.ª edición, Buenos Aires (B de f), 2020, pp. 393 s., 402 ss.; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 81.

²¹ Vid. ORTIZ DE URBINA, I., «Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de “cultura de cumplimiento”», Gómez-Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018a, pp. 370 s.

²² Vid. infra (n. 23 s.)

²³ Como plantea la Circ. FGE 1/2016 (5.7); SAP Barcelona 303/2022 de 6 de mayo (fd. 2); JIMENO BULNES, M., *RGDP*, núm. 32, 2019, p. 42; GÓRRIZ ROYO, E., «Criminal Compliance ambiental y la responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de LO 1/2015, de 30 de marzo», *Indret*, 4/2019, p. 21.

Críticos en el mismo sentido, STS 154/2016 de 29 de febrero (fd. 8); FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, pp. 93 s.

²⁴ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», Zugaldía Espinar; Marín de Espinosa (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, p. 91; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 123.

²⁵ Según PALMA HERRERA, J. M. («Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliance”», Palma Herrera; Aguilera Gordillo [auts.], *Compliance y responsabilidad penal corporativa*, Cizur Menor [Aranzadi], 2017, pp. 26 s.) que sea una causa de atipicidad o de exclusión de la culpabilidad depende, desde una perspectiva autónoma, de que se plantee que el compliance afecta a la estructura organizativa o a la cultura de respeto a la ley, respectivamente.

²⁶ Vid. Circ. 1/2011 (III.3); STS 123/2019 de 8 de marzo (fd. 1.4); AAAP Álava 508/2019 de 26 de noviembre (fd. 2); Álava 107/2020 de 26 de febrero (fd. 3). Vid. CIGÜELA SOLA, J., 2015, pp. 352 ss.;

te un delito específico por ello²⁶. La persona jurídica podrá eximirse de responsabilidad, aunque no tuviera este programa, si ha establecido por cualquier otro medio y aplicado correctamente medidas de supervisión, vigilancia, control y denuncia eficaces²⁷ y podrá ser imputada por los hechos cometidos cuando disponga de este programa, pero lo haya implementado de forma ineficaz²⁸.

(4) Las personas jurídicas serán responsables únicamente respecto a un catálogo cerrado de delitos (sistema de *numerus clausus*)²⁹. Se incluye en el CP un precepto que habilita la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas mediante el artículo 31 bis CP (o el art. 129 CP si carecieran formalmente de personalidad jurídica) para cada delito o grupos de delitos seleccionados. Se reprocha, sin embargo, que con este modelo de tipificación se han dejado fuera comportamientos criminales en los que las personas jurídicas intervienen de forma destacada³⁰. Hubiera sido preferible un sistema de responsabilidad basado en el principio de responsabilidad general para todos los delitos³¹ o, a partir de este principio, haber especificado (y por qué) los comportamientos delictivos que quedaban excluidos.

(5) Las personas jurídicas solo podrán ser responsables por los delitos cometidos por las personas físicas vinculadas con ellas siempre que actúen por su cuenta y en el ejercicio de sus actividades sociales (art. 31 bis CP). No se les po-

SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 243; LEÓN ALAPONT, J., «*Criminal Compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 y 31 quater CP», *RGDP*, núm. 31, 2019, p. 35; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 78; GALÁN MUÑOZ, A., 2017, p. 215.

²⁶ Previsto en el artículo 286.6 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal del 2013 y que finalmente no fue aprobado. Solamente existe esta obligación para los partidos políticos: el artículo 9 bis LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece que «los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código penal».

²⁷ Vid. CIGÜELA SOLA, J., 2015, pp. 352 ss.; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, pp. 476, 492. Vid. también en este sentido AAAP Navarra 91/2016 de 22 marzo (fd. 6); Navarra 102/2017 de 7 de marzo (fd. 3).

²⁸ Si bien, el legislador permite atenuar la pena por su existencia previa (*ex ante* al delito, Vid. arts. 31.2 y 4 bis CP).

²⁹ Vid. STS 630/2019 de 18 de diciembre (fd. 5); AAAP Castellón 61/2017 de 30 de enero (fd. 2); Guadalajara 338/2018 de 7 de diciembre (fd. 2); Tenerife 347/2020 de 11 de mayo (fd. 1); SAP Valencia 489/2019 de 11 de octubre (fd. 1).

³⁰ Por ejemplo, en los delitos contra los derechos de los trabajadores las personas jurídicas no son responsables por el artículo 31 bis CP, sino por el artículo 129 CP. Tampoco lo son en los delitos de flora y fauna (arts. 332-336 CP) ni en los relacionados con sustancias nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas (art. 345 CP). Aunque se prevé para las estafas, extrañamente no se recoge para las apropiaciones indebidas ni para la mayoría de las falsificaciones documentales. Por último, se debería poder responsabilizar penalmente a una persona jurídica por los homicidios y lesiones causados por su infracción de la normativa sobre seguridad laboral.

³¹ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2012, p. 22; VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Cizur Menor (Aranzadij), 2020, p. 104; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2020, pp. 345. En contra, GARCÍA RUIZ, A., *RDPC*, núm. 2, 2016, p. 6.

drán imputar los comportamientos ejecutados por una persona ajena (que no tenga una conexión funcional formal con la jurídica) o que exceda sus funciones³².

La atribución de responsabilidad se condiciona igualmente a que los delitos hayan sido realizados por la persona física en beneficio de la jurídica (art. 31 bis CP)³³. Hay beneficio cuando la conducta tiene aptitud o capacidad para generarlo³⁴. Enfoque preferible a su definición subjetiva, como una intención³⁵, o a la objetiva que demanda la efectiva obtención del mismo³⁶. Este puede ser directo o indirecto (cualquier tipo de ventaja³⁷) e incluso no tener carácter económico³⁸.

Estos dos factores permiten diferenciar entre la criminalidad de empresa (delitos imputables al ente jurídico) y la criminalidad en la empresa (delitos no imputables porque han sido cometidos por una persona física vinculada con la jurídica, pero extralimitándose en sus funciones y/o en su beneficio o de un tercero ajeno)³⁹.

Se censura, no obstante, que el deber de evitar los resultados lesivos producidos se debería extender a todas las situaciones en las que la persona física se vale de las estructuras o recursos de la jurídica, aunque supere sus funciones y/o no sea en beneficio del ente⁴⁰.

³² Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 81; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 79; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, p. 477.

³³ Vid. STS 455/2017 de 21 de junio (fd. 1.4).

³⁴ Vid. Circ. FGE 1/2011, III.2; Circ. FGE 1/2016, 2.4; AAP Navarra 91/2016 de 22 marzo (fd. 4); ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 86; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1401; FEJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, p. 125; DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad penal de partidos políticos», *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Madrid (Ministerio de Justicia), 2018, p. 312; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, pp. 123 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, R., 2017, pp. 94 ss., 112.

³⁵ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *CPC*, núm. 103, 2011, p. 87.

³⁶ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S., 2013, p. 86.

Vid. sobre estas posibilidades interpretativas y las consecuencias que tiene optar por cada una, Circ. FGE 1/2011, III.2; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1397 ss.; RAGUÉS I VALLÈS 2017, pp. 80 ss., 105 ss.

³⁷ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 87; FEJOO SÁNCHEZ, B., 2016a, pp. 82 ss.; *idem*, 2016e, p. 124; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, p. 125. STS 154/2016 de 29 de febrero; SAP Madrid 491/2018 de 9 de julio (fd. 3); AAP Navarra 91/2016 de 22 marzo (fd. 4); Circ. FGE 1/2011, III.2 (respecto al término «en provecho»); Circ. FGE 1/2016, 2.4.

³⁸ Vid. Circ. FGE 1/2016, 2.4; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 87; FEJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, p. 124; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, pp. 125 ss.; STS 154/2016 de 29 de febrero; SAP Madrid 491/2018 de 9 de julio (fd. 3); AAP Navarra 91/2016 de 22 marzo (fd. 4).

³⁹ Vid. sobre la distinción entre criminalidad en y de empresa, SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, 1988, pp. 529 ss.; GALÁN MUÑOZ, A., *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, 2011, pp. 198; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 86; *idem*, 2018, p. 367; FEJOO SÁNCHEZ, B., 2014, p. 69; *idem*, 2016a, pp. 78 ss.; *idem*, 2016e, pp. 119 ss.; JIMENO BULNES, M., *RGDP*, núm. 32, 2019, p. 6.

⁴⁰ Vid. COLVIN, E., *Criminal Law Forum*, vol. 6, núm. 1, 1995, pp. 29 ss. Vid. también, CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 80 que sostienen que si se persigue que las personas jurídicas participen en la prevención y detección de hechos delictivos no debería utilizarse el criterio del beneficio.

III. CULPABILIDAD

(1) La persona jurídica es responsable penalmente por la infracción culpable de las normas de conducta a ellas dirigida. Su culpabilidad no es equivalente a su defectuosa o imperfecta estructura organizativa⁴¹, pues coincidiría con el desvalor de su acción. Tampoco se puede identificar con una deficiente cultura corporativa⁴² (referida a aquellas cuestiones éticas o valores que condicionan a la organización⁴³) porque forma igualmente parte de su injusto. Los factores culturales están entrelazados con los estructurales (la cultura empresarial influye en la estructura y en el funcionamiento de la persona jurídica y de estas se deriva tácitamente una cultura) y conjuntamente conforman la organización de la persona jurídica⁴⁴. Esta puede ser, por consiguiente, defectuosa por una cuestión cultural. De hecho, aspectos culturales pueden incidir especialmente en el grado de integración y extensión del defecto organizativo en la estructura lo que determina la gravedad de la infracción del deber de cuidado. La culpabilidad de la persona jurídica no se cimienta sobre sus decisiones, sino sobre su capacidad de organización y de toma de decisiones (diferente a la de los sujetos que la integran⁴⁵). Ello le permite escoger de

⁴¹ Vid. TIEDEMANN, K., «Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, 1988, p. 1172 (para el derecho sancionador administrativo); NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid (Iustel), 2008, pp. 146 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 92; ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 382. SAP Barcelona 701/2018 de 16 de noviembre (fd. 9); AAN 246/2019 de 30 de abril (fd. 2).

⁴² Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., 2014, p. 69; GÓMEZ-JARA DíEZ, C., «La culpabilidad de la persona jurídica», Bajo Fernández; Fejoo Sánchez; Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016b, pp. 164 ss.; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, pp. 486 ss.

⁴³ Así, por ejemplo, BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 21, 2021, p. 265.

⁴⁴ De este modo, CIGÜELA SOLA, J., «Compliance más allá de la ciencia penal», *InDret*, 2019, pp. 10 ss., 18; GALÁN MUÑOZ, A., «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español», *RGDP*, núm. 35, 2021, p. 17. ORTIZ DE URBINA, I. (2018a, pp. 376 ss.; *idem*, «Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 6, 2018b, pp. 6 s.) afirma que no existe una definición suficientemente precisa de cultura de cumplimiento y que la que se podría dar estaría conectada con las políticas y medidas concretas de cumplimiento. En suma, en la práctica estos aspectos están tan interrelacionados que no es viable diferenciarlos. Del mismo modo, pero en sentido contrario, se mantiene que la cultura empresarial engloba a la estructura: BUCY, P. H. («A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», *Minnesota Law Review*, vol. 75, núm. 4, 1991, pp. 1121 ss.) plantea que el *corporate ethos* abarca la estructura formal e informal de la empresa y otros elementos culturales como los objetivos perseguidos.

⁴⁵ Vid. FRENCH, P. A., «The Corporation as a Moral Person», *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, núm. 3, 1979, p. 212; *idem*, *Collective and Corporate Responsibility*, New York (De Gruyter), 1984, p. 13; BUCY, P. H., *Minnesota Law Review*, vol. 75, núm. 4, 1991, p. 1099; COLVIN, E., *Crimi-*

modo autónomo e intencional entre opciones según sus objetivos e intereses, posicionándose así frente a la norma⁴⁶.

(2) Se reprocha a este planteamiento que el ente jurídico no posee un soporte cognitivo y sensitivo propio (no puede comprender el significado moral de su conducta y no tiene capacidad emocional, ni de sufrimiento), sino que son los individuos que conforman la persona jurídica los que se posicionan frente a la norma⁴⁷. En suma, las personas jurídicas no pueden ser culpables

nal Law Forum, vol. 6, núm. 1, 1995, pp. 23 ss.; CLARKSON, C. M. V., «Kicking Corporate Bodies and Damning Their Souls», *The Modern Law Review Limited*, vol. 59, núm. 4, 1996, p. 568; LAUFER, W. S., «Corporate Culpability and the Limits of the Law», *Business Ethics Quarterly*, vol. 6, núm. 3, 1996, pp. 319 ss.; QUAID, J. A., *MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, p. 113; FRIEDMAN, L., «In Defense of Corporate Criminal Liability», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 848 ss.; LAUFER, W. S.; STRUDEL, A., «Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability», *The American Criminal Law Review*, t. 37, núm. 4, 2000, apart. III. B; DANNECKER, G., *RP*, núm. 7, 2001, p. 45; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, 08-05, 2006, pp. 6 ss.; *idem*, 2018, pp. 77 ss.; RIPKEN, S. K., «Citizens United, Corporate Personhood, and Corporate Power: The Tension Between Constitutional Law and Corporate Law», *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*, vol. 6, 2012, p. 311; GALÁN MUÑOZ, A., 2017, pp. 237 ss.; MENIS, S., «The Fiction of the Criminalisation of Corporate Killing», *The Journal of Criminal Law*, vol. 81 (6), 2017, p. 474; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2017, pp. 28, 65; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2018, p. 359; BUELL, S., «Retiring Corporate Retribution», *Law and Contemporary Problems*, vol. 83, núm. 4, 2020, pp. 36 ss.; GARCÍA CAVERO, M., *InDret*, 2/2022, p. 137. *Vid.* SAP Barcelona 701/2018 de 16 de noviembre (fd. 9).

En contra, LUZÓN PEÑA, D., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, marg. 11/37 ss., 26/55 ss.

⁴⁶ *Vid.* FRENCH, P. A., *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, núm. 3, 1979, pp. 212 ss.; *idem*, 1984, pp. 40 ss.; TIEDEMANN, K., *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, 1988, pp. 1171 ss.; COLVIN, E., *Criminal Law Forum*, vol. 6, núm. 1, 1995, p. 24; LIST, C.; PETTIT, P., *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford (Oxford University Press), 2011, pp. 158 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., «¿Puede una persona jurídica conocer la antijuricidad de la norma?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIV, 2011, pp. 25 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2012, p. 19; CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de las personas físicas para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECPC*, 15-03, 2013, pp. 18 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., 2016b, pp. 166 ss.; *idem*, 2018, pp. 83 ss.; SARCH, A., «Skepticism About Corporate Punishment Revisited», Alexander; Kessler (eds.), *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law*, Cham (Palgrave Macmillan), 2019, apart. I. B; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, p. 487; CARBONELL MATEU, J. C., 2020, p. 534; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2020, p. 67.

⁴⁷ *Vid.* WOLF, S., *The Legal and Moral Responsibility of Organizations*, Pennock; Chapman (eds.), *Criminal Justice (Nomos 27)*, New York (New York University Press), 1985, pp. 280 ss.; KHANNA, V. S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose does it Serve?», *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 7, 1996, p. 1494; VELASQUEZ, M., «Debunking Corporate Moral Responsibility», *Business Ethics Quarterly*, vol. 13, núm. 4, 2003, pp. 541 ss.; MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RECPC*, 06-01, 2004, pp. 9 ss.; FRISCH, W., 2013, pp. 370 ss.; SEELMANN, K., «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», Seelmann (aut.), *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, pp. 179 ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 227; SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», Ontiveros Alonso et alii (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 502; CIGÜELA SOLA, J., 2015, pp. 222 ss., 241, 255, 280 ss.; PALMA HERRERA, J. M., 2017, pp. 23 ss.; LUZÓN PEÑA, D., 2016, margs. 11/37 s., 26/55 ss.; MOLINA FERNÁN-

porque no son personas físicas. Por este motivo su responsabilidad penal implicaría una vulneración de este principio⁴⁸. Se ha intentado eludir esta crítica mediante el uso de un concepto débil de culpabilidad (distinto del fuerte dirigido a las personas físicas)⁴⁹ o mediante el recurso a modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que prescinden de la culpabilidad⁵⁰ en un sentido estricto (responsabilidad penal objetiva⁵¹) o que la trasladan de la persona física a la jurídica mediante un modelo vicarial⁵².

DEZ, F., 2016, pp. 371 ss., 388, 397; GOENA VIVES, B., 2017, pp. 127 s., 155 ss.; *idem*, «Culpabilidad: ¿juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa», Ragués i Vallès; Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona (Atelier), 2018, pp. 266 ss.; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M., *Revista Justicia e Sistema Criminal*, vol. 10, núm. 18, 2018, p. 28; SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2020, pp. 306 ss.; FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G., 2020b, pp. 81, 86 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas», Santana Vega et alii (ed), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona (Atelier), 2021, pp. 297 ss., 303.

⁴⁸ Vid. ROBLES PLANAS, R., *InDret*, 2009, p. 5; FRISCH, W., 2013, pp. 368 ss.; DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas», Zugaldía Espinar; Marín de Espinosa (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 235 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª edición, Barcelona (Reppertor), 2015a, marg. 7/55; GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», Landa Gorostiza (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 255 ss.; LUZÓN PEÑA, D., 2016, marg. 11/37 ss., 26/55 ss.; CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 2019, pp. 908 ss.

⁴⁹ Vid. FRISCH, W. (2013, p. 359) que indica que implica el empleo del criterio de imputación subjetiva amplio propio del derecho civil que no se adecúa al modelo de merecimiento de la imputación subjetiva penal.

⁵⁰ Vid. críticamente MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2016, p. 376.

⁵¹ Dentro de este grupo se pueden incluir a los que defienden que el aspecto subjetivo no es un requisito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Vid. FISCHER, D. R.; SYKES, A. O., «Corporate Crime», *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 2, 1996, p. 328; KHANNA, V. S., «Corporate Liability Standards: When should Corporations be held Criminally Liable?», *American Criminal Law Review*, vol. 37, núm. 4, 2000, apart. VII) y a los que sostienen que esta no se puede basar en la infracción de la norma de determinación, sino en la realización de un comportamiento antijurídico objetivamente imputable (Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, pp. 237 ss.; *idem*, 2020, pp. 316 s., 359 ss.; CIGÜELA SOLA, J., 2015, pp. 294 ss., 366 ss.; *idem*, «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica», *InDret*, 1/2016, pp. 16 ss.; *idem*, «Culpabilidad, identidad y organización colectiva», *Política Criminal*, vol. 12, núm. 24, 2017, pp. 909 ss.; GOENA VIVES, B., 2017, pp. 160 ss.; *idem*, 2018, pp. 263 ss.)

En contra de una responsabilidad objetiva de las personas jurídicas, SSTS 154/2016 de 29 de febrero (fd. 8); 221/2016 de 16 de marzo (fd. 5); Circ. FGE 1/2016, 2.4.

⁵² Vid. sobre el concepto de responsabilidad vicarial o heterónoma, ROBLES PLANAS, R., *InDret*, 2009, p. 4; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, pp. 64 ss.; PÉREZ MACHÍO, A. I., «Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas», De la Mata Barranco; De la Cuesta Arzamendi (coords.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 28 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, pp. 105 ss.; CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 1/2016, p. 329; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *CPC*, núm. 121, 2017, pp. 11 s., PÉREZ MACHÍO, A. I., 2017, pp. 69 ss.; BERRUEZO, R., 2018, pp. 75 ss.; BUSATO, P. C., 2019, pp. 81 s.

Vid. críticamente, Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 1/2012, p. 6; MIR PUIG, S., «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad», *Foro FICP*, núm. 2, 2015b, pp. 143 s.

(3) Ahora bien, no era necesario acudir a estas alternativas. La crítica recién descrita no afecta al concepto de culpabilidad, sino que se concentra en los elementos fácticos que deben concurrir en un sujeto para hacer un juicio de reproche sobre su conducta. Se parte de la presunción de que solo pueden posicionarse frente a la norma los sujetos cuya toma de decisiones esté encuadrada en una base física-psicológica, moral y emocional. Aquí parto de una premisa ontológicamente diferente: se puede afirmar que ciertos entes colectivos, aunque biológicamente no sean personas físicas y tengan una dependencia fáctica de estas, en función de la complejidad de su estructura organizativa y de toma de decisiones⁵³ son entidades supra-individuales que poseen una identidad colectiva que no es equivalente a la de las personas físicas (ni a la suma de ellas)⁵⁴, realizan conductas autónomas intencionales y son agentes morales⁵⁵.

Las personas físicas cuando actúan integradas en una organización compleja realizan conductas que son consecuencia de y reflejan la capacidad de autoorganización y toma de decisiones de esta conforme a sus intereses y objetivos⁵⁶.

⁵³ Sociológicamente la intencionalidad depende de la complejidad de un sistema (*Vid.* WEAVER, W. G., «Corporations as Intentional Systems», *Journal of Business Ethics*, vol. 17, 1998, pp. 90 ss.) como la que está presente en el modelo orgánico de organización. La otra alternativa sería el modelo atómico (la organización se puede dividir en las personas físicas que lo forman). *Vid.* sobre ambos WOLF, S., 1985, pp. 269 ss.; DAN-COHEN, M., *Rights, Persons and Organizations*, 2.^a edición, New Orleans (Quid pro Books), 2016, pp. 23 ss. FRENCH, P. A. (1984, pp. 5 ss.) y QUAID, J. A. (*MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, pp. 76 ss.) prefieren utilizar (de forma equivalente) los términos conglomerado y agregado (*aggregate and conglomerate collectivity*).

Crítico contra el esquema atomista, GARCÍA CAVERO, M., *InDret*, 2/2022, p. 138.

⁵⁴ CIGÜELA SOLA, J. (2015, p. 278) los califica críticamente como metasujetos con una identidad narrativa débil al depender de sus miembros pasados y futuros. FEJOO SÁNCHEZ, B. (2016e, pp. 73 ss.; *idem*, *InDret*, 2/2016, 2016d, p. 21) insiste también en que las personas jurídicas tienen una identidad institucional débil, mínima o relativa respecto a sus integrantes en la que hay una vinculación con el hecho menos intensa que la que tiene la persona física.

⁵⁵ Según VARELA, L.; MANSDÖRFER, M. (2021, pp. 173 ss.) actualmente rige un modelo de organización empresarial inteligente. SARCH, A. (2019, apart. I. B) destaca igualmente que la complejidad organizativa y de toma de decisiones permite afirmar que las personas jurídicas, aunque actúan a través de personas físicas que las constituyen, poseen «(...) las capacidades agenciales necesarias para ser penalmente culpables. Pueden percibir, ponderar y actuar, es decir, guiar su comportamiento, por las razones legalmente reconocidas». COPP, D. («The Collective Moral Autonomy Thesis», *Journal of Social Philosophy*, vol. 38, núm. 3, 2007, p. 373) indica que «(...) un colectivo y las personas individuales que son sus miembros son agentes distintos y se pueden enfrentar a diferentes situaciones morales».

Crítico porque del hecho de que una entidad tenga una propiedad que no se puede atribuir a los sujetos que la forman no se puede deducir automáticamente que sea una entidad real autónoma, VELASQUEZ, M., *Business Ethics Quarterly*, vol. 13, núm. 4, 2003, p. 541. Igualmente, crítico porque de la superposición de la estructura organizativa a las personas físicas no se puede concluir que el ente sea un sujeto intencional nuevo. CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 1/2016, p. 60.

⁵⁶ *Vid.* FRENCH, P. A., 1984, pp. 13 ss.; LAUFER, W. S., *Business Ethics Quarterly*, vol. 6, núm. 3, 1996, p. 313. LAUFER, W. S.; STRUDEL, A. (*The American Criminal Law Review*, t. 37, núm. 4 2000, apart. III. B) defienden un *constructive corporate fault regime*, en donde la persona jurídica tiene una intención propia que se puede encontrar en las conductas de sus agentes que evidencian sus políticas, objetivos y prácticas. Se puede, por tanto, distinguir entre la acción y la intención de la persona jurídica y la de la fi-

Además, estos agentes, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones y en beneficio del ente jurídico complejo, no responden a la llamada normativa por sus valores e intereses personales, sino según los marcados por los objetivos e indicaciones organizativas (que incluyen razones morales) de este⁵⁷ (y en caso de no seguirlas asumen que podrán sufrir consecuencias impuestas por esta⁵⁸). En suma, en estos supuestos es la persona jurídica la que determina el comportamiento de la física y no al revés⁵⁹.

Desde esta premisa se puede sostener que un modelo colectivista de culpabilidad no cambia el concepto normativo de la culpabilidad (idéntico al de la persona física), sino su soporte fáctico. Postula que la capacidad de autoorganización, autorregulación y de toma de decisiones de la persona jurídica según el conocimiento de la realidad y de las normas jurídicas, y conforme a sus intereses, valores y objetivos (que pueden ser modificados, ampliados,

sica, LAUFER, W. S.; STRUDEL, A., *The American Criminal Law Review*, t. 37, núm. 4, 2000, apart. III. B (Vid. también LAUFER, W. S., *Business Ethics Quarterly*, vol. 6, núm. 3, 1996, pp. 319 ss.); QUAD, J. A. (*MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, pp. 82 ss., texto citado en p. 113) señala que la «(...) intención se basa en cómo la estructura y política corporativa pueden transformar el *input* de muchos individuos en decisiones y acciones de la misma corporación». Desde una perspectiva sistémica GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006, pp. 6 ss.; *idem*, 2018, pp. 77 ss.) concibe a la empresa como un sistema autopoiético organizativo que se reproduce por la comunicación continua de decisiones vinculadas entre sí, diferente de los miembros concretos que lo integran, definidos como tales según las reglas establecidas por la propia organización. Autor que, en una obra posterior, precisa que «(...) no resulta necesario recurrir a las teorías de los sistemas sociales autopoiéticos para compartir los postulados del concepto constructivista de culpabilidad de las personas jurídicas», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., 2016b, p. 173.

⁵⁷ Vid. FRENCH, P. A., *American Philosophical Quarterly*, vol. 16, núm. 3, 1979, pp. 213 ss.; *idem*, 1984, pp. 40 ss.; MAY, L., *Sharing Responsibility*, Chicago (University of Chicago Press) 1992, pp. 75 ss.; LAUFER, W. S., *Business Ethics Quarterly*, vol. 6, núm. 3, 1996, pp. 319 ss.; QUAD, J. A., *MacGill Law Journal*, vol. 43, núm. 1, 1998, p. 79; FRIEDMAN, L., *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000, p. 852; LAUFER, W. S.; STRUDEL, A., *The American Criminal Law Review*, t. 37, núm. 4 2000, apart. III. C; LIST, C.; PETTIT, P., 2011, pp. 162. Personas jurídicas que tienen además una opinión pública sobre cuestiones morales y políticas distinta de los individuos que la dirigen o que trabajan para ellas, o sea, participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales junto a las personas individuales, FRIEDMAN, L., *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 848 ss.

VELASQUEZ, M. (*Business Ethics Quarterly*, vol. 13, núm. 4, 2003, pp. 544 ss.) expone críticamente que, aunque es cierto que las entidades y grupos pueden tener intereses y objetivos distintos de sus miembros, ello no implica que tengan intenciones reales. La estructura de decisión de la organización es una intención en un sentido metafórico (*as if intentionality*) que no equivale a un estado mental o intención intrínseca. De este modo, la organización puede condicionar que el sujeto tenga intereses y deseos específicos cuando actúa para ella, pero estos siguen siendo propios de ese individuo. Sostiene igualmente que la culpabilidad colectiva es una metáfora y no un concepto jurídico, CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 1/2016, p. 71.

⁵⁸ El despido y la sustitución de esta persona física no alteraría la identidad del colectivo, Vid. FRENCH, P. A., 1984, pp. 13 s.

⁵⁹ Desde una perspectiva de causalidad multinivel en el contexto de agencia, LIST, C.; PETTIT, P. (2011, pp. 162) sostienen que, aunque la persona física ejecute la conducta final, es la jurídica la que toma la decisión en un nivel causal superior que inicia todo el proceso.

etc.) es suficiente⁶⁰ para imputar subjetivamente los comportamientos (organizativamente defectuosos) resultado de su ejercicio⁶¹.

También la culpabilidad de las personas físicas se apoya en la decisión normativa de usar una definición social del aspecto fáctico. Así, el sustento fáctico de la culpabilidad de las personas físicas más lejano a las jurídicas demanda la posibilidad de una acción humana dirigida por una voluntad libre. Ahora bien, esta premisa es indemostrable. Obstáculo que se soslayó mediante su redefinición (con una base social): el libre albedrío es una ficción necesaria, un presupuesto de la dignidad humana; la actuación libre es aquello que un grupo social entiende como tal. En ambos casos la cuestión no reside realmente en demostrar que el sujeto era libre en el momento de la acción, sino que carecía de dicha capacidad en el momento de actuar (lo que en parte es tan indemostrable como el libre albedrío). Posteriormente el presupuesto de la voluntad libre del autor transmutó en la posibilidad de acceso normal a la llamada de la norma. Concepto fáctico de normalidad que también demandó una definición social: en la sociedad actual se presume que todos somos normales y que los incluidos en este grupo somos realmente motivables, además, la comunidad puede admitir que haya sujetos fuera de la normalidad y aceptar que no se les castigue por los delitos que cometan.

(4) El modelo de responsabilidad que delinea el artículo 31 bis CP está dirigido a entes con personalidad jurídica, pero no señala cuándo se cumple este requisito⁶². La omisión de una definición específica⁶³ nos deja como alternativa sustentar que un ente tendrá personalidad jurídica a efectos penales cuando el ordenamiento jurídico, principalmente la normativa del derecho pri-

⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016e, pp. 73 ss.; *idem*, *InDret*, 2/2016, 2016d, p. 21) destaca que el legislador penal español ha considerado que la identidad institucional débil o mínima de las personas jurídicas es suficiente para hacer responsables a las personas jurídicas. Este se ha adaptado al cambio en la percepción social sobre la influencia que los factores institucionales y estructurales no individuales tienen en los hechos delictivos. Se podría afirmar que predomina un criterio de merecimiento empírico: la sociedad no duda en considerar culpables a las personas jurídicas.

⁶¹ «(...) es posible hablar finalmente de un sujeto colectivo que accede al contenido prescriptivo de la norma y decide su seguimiento o no», GARCÍA CAVERO, M., *InDret*, 2/2022, p. 137. Crítico al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2016, pp. 371 ss.

⁶² Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», Bajo Fernández; Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016c, p. 57.

⁶³ La persona jurídica no coincide con el concepto de sociedad del artículo 297 CP, de modo que no se requiere que el ente participe permanentemente en el mercado, *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La ampliación del sujeto del Derecho Penal: entes colectivos susceptibles de ser penados conforme a los artículos 31 bis y 129 Código Penal», Álvarez García et alii (coords.), *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013b, p. 246; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1322; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código penal», *RGDP*, núm. 29, 2018, p. 6; FGE Circ 1/2011. Esta restricción nos daría un concepto formal de persona jurídica sancionable por el artículo 31 bis CP muy reducido.

vado a la vista de la exclusión de los entes públicos⁶⁴ (art. 31 quinquies CP), se la haya reconocido⁶⁵. Este criterio formal facilita la distinción con el artículo 129 CP que regula la responsabilidad de los entes que no hayan alcanzado esta personalidad jurídica.

Por otro lado, esta exigencia de personalidad jurídica recogida expresamente por la ley en su sentido formal podría ser completada con una interpretación material, estrictamente penal, que restrinja su alcance, que no viene prevista legalmente⁶⁶. Una persona formalmente jurídica únicamente podrá ser responsable por el artículo 31 bis CP cuando tenga actividad real, una estructura compleja y una capacidad de organización y decisión autónoma de la persona física⁶⁷. Si no se satisface este requisito (ello sucede con las sociedades pantallas y, en ocasiones, con las personas jurídicas de reducido tamaño, sobre todo cuando son sociedades unipersonales⁶⁸) se actuará penalmente contra los sujetos individuales que las integran o contra las personas físicas o jurídicas que ocultan⁶⁹. A estos entes con personalidad formal, pero no material, habría que imponer consecuencias jurídicas como el decomiso (cautelar y como consecuencia accesoria)⁷⁰ y su sanción como asociación ilícita u organi-

⁶⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013b, 246; GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, p. 5. La Circ. FGE 1/2011 II.1 señala que habrá que remitirse a la legislación civil, mercantil y al derecho societario.

⁶⁵ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, p. 55; GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, p. 6.

⁶⁶ Vid. críticamente por ello, CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 2021, pp. 644, 648 s.

⁶⁷ También se ha defendido como criterio material que disponga de un patrimonio autónomo, BARONA VILAR, S., 2014, p. 81 (Vid. al respecto, GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, pp. 37 ss.)

⁶⁸ Vid. NIETO MARTÍN, A., 2008, pp. 168 ss.; CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 2021, p. 644; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, p. 490; ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español», *RGDP*, núm. 35, 2021, p. 49. Vid. STS 264/2022 de 18 de marzo (fd. 9); SSAP León 242/2021 de 4 de junio (fd. 6); Salamanca 34/2022 de 14 de junio (fd. 4); Pontevedra 285/2022 de 29 de junio (fd. 4); AAP Logroño 378/2021 de 10 de septiembre (fd. 2); SJP n. 8 Madrid 63/2017 de 13 de febrero (fd. 4).

No se puede negar automáticamente que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones posean personalidad jurídica en sentido material (decisión que sería incompatible con su inclusión en el artículo 31 bis CP), puede haber situaciones en las que dispongan de una estructura compleja y autónoma de las personas físicas que las conforman.

⁶⁹ Circ. FGE 1/2011 II.1 mantiene que «(...) cuando se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica (...) deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física (...)» si bien, para evitar una infracción del principio del non bis in *idem*. Planteamiento que confirma la Circ. FGE 1/2016, 3, 5.5. Vid. también, ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1326; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, p. 162; SSTS 747/2022 de 27 de julio (fd. 8); 264/2022 de 18 de marzo (fd. 19); SSAP Barcelona 361/2020 de 20 de julio (fd. 2); Cádiz 276/2021 de 20 de septiembre (fd. 3); Salamanca 34/2022 de 14 de junio (fd. 4); AAP Logroño 464/2019 de 10 de diciembre (fd. 2).

⁷⁰ A favor del decomiso de la sociedad pantalla, Circ. FGE 1/2016, 3; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades pantalla», *Diario La Ley (online)*, núm. 8768, 2016, apart. III; LUZÓN CÁNOVAS, A., «Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal», Gómez-Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje al José Manuel Maza Martín*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, p. 218; GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, p. 33; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de respon-

zación criminal⁷¹. Estos no podrán ser sancionados, en cambio, por el artículo 129 CP, pues, como ya he comentado, aunque se refiere a los sujetos no comprendidos en el artículo 31 bis CP, se especifica que será en las situaciones en las que carezcan de personalidad jurídica formal⁷². De igual manera, un ente que posee personalidad jurídica material, pero no formal no podrá ser sancionado por el artículo 31 bis CP⁷³, sino por el artículo 129 CP. No obstante, se podría emplear este aspecto material para concretar los requisitos que deben concurrir para poder aplicar estas consecuencias accesorias. Se podría hacer una diferencia entre entes sin personalidad jurídica, pero con una estructura compleja, que serán condenados empleando la normativa del artículo 31 bis CP (con la excepción de la prescriptiva condena de la persona física), para los que las consecuencias accesorias tendrán la naturaleza de penas (asegurativas), y aquellos otros que no tienen esta complejidad y autonomía, a los que se aplicarán las consecuencias accesorias con el único requisito de su peligrosidad (y las reglas de determinación del artículo 66 bis CP que afectan a la duración de las interdicciones), que tendrán la naturaleza de medidas de seguridad o consecuencias accesorias en sentido estricto⁷⁴.

Con todo, debo subrayar que la redacción actual del artículo 129 CP recoge como consecuencias accesorias todas las sanciones previstas en el artículo 33.7 CP menos la multa y la disolución de la persona jurídica (si bien, subsiste la prohibición definitiva de la realización de cualquier actividad, aunque sea lícita).

IV. HECHO DE CONEXIÓN

(1) Este modelo de responsabilidad de la persona jurídica por su propia acción y culpabilidad demanda la existencia de un hecho delictivo que haya sido realizado por una persona física vinculada con la persona jurídica (hecho de conexión o de referencia)⁷⁵.

sabilidad penal de las personas jurídicas», Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020a, p. 459; *idem*, 2020b, p. 57; FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad de las sociedades instrumentales», Rodríguez García; Rodríguez López (coords.), «Compliance» y responsabilidad de las personas jurídicas, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 90.

⁷¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2020, p. 111.

⁷² Las medidas del artículo 129 CP se podrán imponer a entes con personalidad jurídica formal cuando así lo señale algún precepto del CP. Cuando ello suceda será problemático decidir con qué requisitos y límites (Vid., por ejemplo, el art. 318 CP).

⁷³ A favor de *lege ferenda*, GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, p. 36.

⁷⁴ Defiende esta doble alternativa, GIL NOBAJAS, M. S., *RGDP*, núm. 29, 2018, pp. 35 s.

⁷⁵ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, p. 96.

Este hecho de referencia no es el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas⁷⁶. Por un lado, es su presupuesto fáctico⁷⁷. Las personas jurídicas son realidades normativas que realizan sus actividades a través de personas físicas que actúan por su cuenta y beneficio dentro de su ámbito organizativo. Por otro, el hecho de conexión de la persona física no equivale al delito de la jurídica. Este nos ofrece un marco de actuación en el que se aprecian potenciales comportamientos delictivos. La persona jurídica solo será sancionada, indistintamente de la condena de la persona física⁷⁸, por aquellas de estas conductas para las que esté prevista la responsabilidad de las personas jurídicas que sean imputables a su organización defectuosa, aspecto que deberá ser probado. En consecuencia, este hecho de conexión es una condición necesaria, pero no suficiente, un indicio de una potencial responsabilidad⁷⁹.

En un sistema autónomo de responsabilidad de las personas jurídica de la presencia de un hecho delictivo cometido por una persona física conexas con la jurídica no se deriva una automática vulneración del deber de cuidado. Se debe probar que la conducta delictiva es imputable a una infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control (que tampoco se presumen incumplidos por la mera ausencia de un programa de cumplimiento)⁸⁰. No hacerlo así, aparte de si-

⁷⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», *Revista jurídicas de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p. 51; *idem*, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, pp. 85 ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *RECPC*, 15-03, 2013, p. 14; BACIGALUPO SAGGESE, S., 2013, p. 82; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1387.

⁷⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Revista jurídicas de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p. 50.; *idem*, «La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas», Bauzá Martorell (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Hospitalet de Llobregat (Bosch Wolters Kluwer), 2017, p. 254; CUELLO CONTRERAS, J., *RECPC*, 15-03, 2013, p. 14; GARCÍA RUIZ, A., *RDPC*, núm. 2, 2016, p. 11; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *CPC*, núm. 121, 2017, p. 18.

⁷⁸ El hecho delictivo no tiene que ser para la persona física ni típico, ni antijurídico, ni culpable. Sostienen, no obstante, que el hecho de referencia debe ser típico, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pp. 286 ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *RECPC*, 15-03, 2013, p. 14; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Penal México*, núm. 5, 2013, p. 24. Mantienen que este ha de ser típico y antijurídico, GALÁN MUÑOZ, A., 2017, p. 256; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», Bajo Fernández; Feijoo Sánchez; Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016b, p. 69; *idem*, 2016e, pp. 105; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 90.

⁷⁹ En concreto, es un indicio de la infracción de su deber de adecuada organización, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, p. 104; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Indret*, 2/2016, 2016d, p. 26; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2020, p. 473. Tal y como tiene la producción del resultado en la imprudencia: ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1389; RAGUÉS I VALLÈS, R., 2017, p. 93.

⁸⁰ Vid. SSTs 221/2016 (fd. 5) de 16 de marzo; 234/2019 de 8 de mayo (fd. 5); SSAP Pontevedra 116/2017 de 30 de junio (fd. 6); Madrid 364/2018 de 16 de mayo (fd. 4); Mérida 2/2021 de 4 de enero (fd. 4); Jaén 103/2021 de 2 de junio (fd. 3); SAP Tenerife 284/2021 de 5 de noviembre (fd. 2); AAP Navarra 102/2017 de 7 de marzo (fd. 3). En contra, BOLDOVA PASAMAR, M. A. («Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas», Cancio Melia et alii [eds.], *Li-*

tuarnos próximos a un modelo vicarial, podría disminuir el efecto preventivo de la amenaza penal: reduce el interés de la persona jurídica en cumplir adecuadamente con los deberes de control, al tiempo que la motiva, en el sentido contrario al buscado, a no efectuar comprobaciones y ocultar el resultado de las mismas⁸¹.

(2) Este sistema autónomo disocia los ámbitos de responsabilidad de ambas personas. Esta separación evita el automatismo propio del sistema heterónimo en el que la condena de una persona física conllevaba la de la persona jurídica con la que estaba vinculada con independencia de la relevancia penal del comportamiento de esta última⁸². También permite responsabilizar penalmente a la persona jurídica, aunque no se conozca o no se pueda individualizar la persona física o no se pueda dirigir un procedimiento contra ella (art. 31.1 ter CP), concurran circunstancias que excluyan su culpabilidad, haya fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia (art. 31.2 ter CP)⁸³. En consecuencia, se puede hacer responsable a la persona jurídica en contextos en los que no hay una física penalmente responsable⁸⁴ o cuando su responsabilidad no alcanza a la persona jurídica⁸⁵. Se soslaya así el problema de la «irres-

bro homenaje al profesor doctor Agustín Jorge Barreiro, Madrid [Universidad Autónoma de Madrid] 2019, pp. 358 ss.) que defiende que cuando el delito ha sido ejecutado por un directivo se presupone el defecto de organización y tendrá que ser la empresa la que tenga la carga de probar que ha respetado el control debido.

⁸¹ En esta línea crítica, HAMDANI, A.; KLEMENT, A., 2008, pp. 294 ss.; ALSCHULER, A. W., «Two Ways to Think about the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, 46, 2009, p. 1380; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, pp. 107 ss.; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, p. 77.

⁸² Críticos por ello con el sistema heterónimo, BUCY, P. H., *Minnesota Law Review*, vol. 75, núm. 4, 1991, pp. 1104 ss.; COLVIN, E., *Criminal Law Forum*, vol. 6, núm. 1, 1995, p. 8; ORTIZ DE URBINA, I., «Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societas delinquere potest*)», Kuhlen; Montiel; Ortíz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, p. 279; *idem*, *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, pp. 105 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2014, p. 51; *idem*, 2016e, p. 50. Además, la impunidad de la persona jurídica tampoco se traslada a la persona física, que podrá ser sancionada si concurren las circunstancias que permiten imputarle el hecho realizado, *Vid.* STS 925/2021 de 25 de noviembre (fd. 6); GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2020, p. 157.

⁸³ *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Teoría de la imputación de las personas jurídicas», Zugalría Espinar (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 583; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2010, marg. 190; Díez RIPOLLÉS, J. L., *InDret*, 1/2012, p. 14; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1437 ss.

STS 742/2018 de 7 de febrero (fd. 2); AAP Badajoz 285/2017 de 4 de julio (fd. 2); SAP Bilbao 90164/2020 de 2 de octubre (fd. 6).

⁸⁴ *Vid.* BUCY, P. H., *Minnesota Law Review*, vol. 75, núm. 4, 1991, p. 1105; SEELMANN, K., 2013, p. 176; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 65; FEIJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, p. 50.

⁸⁵ Por ejemplo, en un modelo vicarial limitado, en la que la persona jurídica solo puede ser responsable si actúa un representante legal o directivo, la empresa puede evitar su responsabilidad descentralizando y delegando las decisiones en sus niveles inferiores jerárquicos, *Vid.* LAUFER, W. S., «Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance», *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, issue 5, 1999, pp. 1373 ss. Irresponsabilidad que también se puede lograr intentando que los directivos no tengan conocimiento de las ilegalidades. *Vid.* críticamente, BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, New

ponsabilidad organizada»⁸⁶: la distribución de los procesos y actividades entre diferentes sujetos (descentralización y diferenciación funcional), la complejidad organizativa y la forma de actuación agregada dificulta la identificación de los sujetos que han actuado y/o la imputación del resultado final producido. De este modo la persona jurídica no puede eludir su responsabilidad ocultando los comportamientos delictivos o concentrando sus esfuerzos en la defensa o en la desaparición de la persona física⁸⁷. Finalmente, esta separación entre los ámbitos de responsabilidad penal de la persona física y jurídica no impide que concurran acumulativamente⁸⁸.

(3) Se critica que esta disociación puede favorecer un desplazamiento de la responsabilidad de la persona jurídica hacia sus agentes⁸⁹. Ahora bien, ello solo se puede considerar problemático si conlleva una falsa condena de la persona física y una falsa absolución de la jurídica⁹⁰. Inconveniente que no se deriva del modelo autónomo y cuya solución demanda evitar presunciones

York (Cambridge University Press), 1989, p. 146; BUCY, P. H., *Minnesota Law Review*, vol. 75, núm. 4, 1991, p. 1130.

⁸⁶ Vid. al respecto, SCHÜNEMANN, B., 1988, pp. 533; DANNECKER, G., *RP*, núm. 7, 2001, p. 42; CLARKSON, C. M. V., *The Modern Law Review Limited*, vol. 59, núm. 4, 1996, p. 563; FEJOO SÁNCHEZ, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid (Civitas), 2002, pp. 37 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., 2006, p. 24; *idem*, «Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Bajo Fernández; Fejoo Sánchez; Gómez-Jara Díez (auts.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2016c, pp. 255, 264; HEINE, G., 2006, pp. 26 ss.; GALÁN MUÑOZ, A., *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, 2011, p. 179; SEELMANN, K., 2013, pp. 172 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, p. 28; ORTIZ DE URBINA, I., 2016, marg. 1439; CIGÜELA SOLA, J., *InDret*, 2016, pp. 46 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., 2016e, p. 72; PÉREZ MACHÍO, A. I., 2017, pp. 7 ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., 2017, p. 255; MENIS, S., *The Journal of Criminal Law*, vol. 81 (6), 2017, p. 470; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E., *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE. UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, Barcelona (J. M. Bosch), 2017, pp. 55 ss.; CIGÜELA SOLA, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., 2020, pp. 75 ss.; VARELA, L.; MANSDÖRFER, M., 2021, pp. 112 s.

⁸⁷ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., 2004, pp. 122-128; GALÁN MUÑOZ, A., 2 *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15, 2011, pp. 179 ss.; NIETO MARTÍN, A., «Bases para un futuro derecho penal Internacional del medio ambiente», *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 16, 2012, p. 157; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Boletín de estudios económicos*, vol. LXIX, núm. 211, 2014, p. 108; *idem*, 2016, marg. 1439; GRACIA MARTÍN, L., «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica», Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 240; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *CPC*, núm. 121, 2017, p. 12.

⁸⁸ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., 2013a, pp. 104 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, B., *InDret*, 2/2016, 2016d, p. 3; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 2020b, p. 159. Vid. SAP Madrid 338/2022 de 17 de junio (fd. 1).

⁸⁹ Vid. LAUFER, W. S., *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, issue 5, 1999, pp. 1375 ss.

⁹⁰ Vid. KHANNA, V. S., *American Criminal Law Review*, vol. 37, núm. 4, 2000, apart. VI. E; LAUFER, W. S., (*Vanderbilt Law Review*, vol. 52, issue 5, 1999, pp. 1370 ss.) se refiere a esta situación, en la que hay un cumplimiento aparente «premiado» penalmente como la «paradoja del cumplimiento normativo» (Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.; CHIESA, L., «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE. UU.», Gómez Colomer; Madrid Boquín [coords.], *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2019, pp. 1541 s.)

sobre la adecuación del programa de cumplimiento y exigir la verificación en cada situación concreta de que tiene eficacia real.

También se reprocha que puede desmotivar la práctica de indagaciones para identificar al autor físico⁹¹ y la mejora de los instrumentos forenses que investigan los hechos delictivos empresariales⁹². En parte es cierto que los órganos de control formal pueden despreocuparse, cuando hayan responsabilizado penalmente a una persona jurídica, por localizar a la física que perpetró el hecho o por depurar su responsabilidad (si esta hubiera sido identificada). No obstante, tampoco es una consecuencia necesaria de la naturaleza autónoma de la responsabilidad, sino que suele estar motivado por la actitud de las instituciones encargadas de la investigación de los delitos corporativos. Actitud que puede ser modificada.

En EEUU y desde una perspectiva vicarial la escasa condena de las personas físicas responsables de los delitos corporativos condujo a que el Departamento de Justicia se planteara la necesidad de incrementar su persecución. Esfuerzo que tuvo reflejo en los principios contenidos por la Circular de 9 de septiembre de 2015 de la Fiscalía General de los Estados Unidos (*Yates Memo*)⁹³.

Así mismo, el planteamiento autónomo no conlleva una disminución en el empeño por descubrir a las personas físicas que intervienen en los procesos delictivos. Al contrario, la responsabilidad del ente depende, al menos, de la detección de un hecho delictivo y la identificación genérica del posible autor⁹⁴, que debe estar vinculado con la persona jurídica.

⁹¹ Tanto por parte de la persona jurídica como por la instrucción judicial del caso, DEL MORAL GARCÍA, A., 2013, pp. 244 s. *Vid.* también, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español (una visión crítica)», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p. 11; *idem*, 2020b; FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E., 2017, p. 69; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2020, p. 48.

⁹² *Vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., 2016, p. 252.

⁹³ *Vid.* FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E., 2017, pp. 114 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.; CHIESA, L., 2019, p. 1530.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016e, p. 103) sostiene que se debe conocer que una persona ha cometido el delito, aunque no se sepa quién, y ORTIZ DE URBINA, I. (2016, marg. 1443) demanda que por lo menos se pueda concretar que ha sido «(...) alguna de las personas físicas cuya actuación puede conllevar la responsabilidad de la persona jurídica».

CULTURA DE CUMPLIMIENTO: MÁS ALLÁ DE LA ÉTICA CORPORATIVA (Y DEL PRINCIPIO DEL HECHO)

ALEJANDRO TURIENZO FERNÁNDEZ* Y JAVIER CIGÜELA SOLA**

El contexto empresarial importa, no sólo porque durante el curso de la actividad societaria pueden originarse una serie de *outputs* lesivos, sino también porque, en ocasiones, ese mismo contexto facilita e incluso fomenta que los integrantes de la organización incurran en comportamientos delictivos¹. Hace años que se habla más de la necesidad de combatir los «barriles podridos» (*rotten barrels*) que las «manzanas podridas» (*rotten apples*)²: aunque expulsemos de la organización al infractor individual, esta táctica no siempre impedirá que en la empresa vuelvan a cometerse delitos porque todavía existirá un ambiente tóxico que influirá negativamente en el comportamiento del resto³. A lo anterior podríamos referirnos, si se quiere, como la «enfermedad». Como reverso, hace falta que la organización introduzca herramientas que sirvan para corregir posibles factores criminógenos organizativos. Esto es: el *cri-*

* Profesor Lector de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

** Profesor Lector de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

¹ Al respecto, *vid.* VAN ERP, J., «The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences», *Administrative Sciences*, Vol. 8, núm. 36, 2018, pp. 1 y ss. Particularmente, comentan ENT, M. R./BAUMEISTER, R. F., «The Four Roots of Organizational Evil», en Jurkiewicz, C. L., (ed.), *The Foundations of Organizational Evil*, M. E. Sharpe, New York, 2012, p. 219 que, a pesar de que los delitos los cometen las personas físicas, las organizaciones pueden permitir, coordinar e incluso promover la maldad. Fundamental para entender cómo el contexto puede influir en la toma de decisiones individuales, hasta el punto de determinar que una persona realice actos nocivos que en condiciones normales no llevaría a cabo ZIMBARDO, P. G., *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2008, pp. 258 y ss.

² KAPTEIN, M., «Understanding unethical behavior by unraveling ethical culture», *Human Relations*, Vol. 64, núm. 6, 2011, p. 844.
³ KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», *Ethikos*, 2017, p. 6.

minal compliance. Y quien asumirá la responsabilidad principal de verificar que las medidas de cumplimiento normativo funcionan debidamente no será otro que el *compliance officer*⁴. Por continuar con la metáfora, el *criminal compliance*, cuyo diseño quedaría en manos de la propia empresa, sería algo así como la «cura» contra esa «enfermedad», que es justo el modo como la organización se halla defectuosamente organizada⁵.

En este sentido, y como se ha venido desarrollando tanto en relación con los factores criminógenos como en lo que a su prevención respecta⁶, es posible distinguir en toda organización al menos dos dimensiones: la referida a las estructuras, esto es, aquellos procesos y sistemas que vertebran la actividad económica y comunicativa de la empresa (distribución de tareas y funciones, canales de comunicación, etc.); y la referida a la cultura corporativa, donde radican los valores, los hábitos conductuales y los conocimientos que circulan por la corporación y que influyen en el comportamiento –también el delictivo– de sus miembros.⁷ Pues bien, si la discusión tradicional ha tendido a poner el foco en los factores de prevención de tipo estructural –existencia de un canal de denuncias, delimitación clara de responsabilidades, medidas de vigilancia y control, etc.–, en los últimos años se observa un giro hacia la prevención de tipo cultural: se asume que, a efectos de cumplimiento en la empresa, no basta con el establecimiento de estructuras de control, sino que se requieren toda una serie de medidas relativas a los valores y los contextos decisorios, complejas de establecer, pero esenciales para influir en el comportamiento individual.

Es precisamente esta dimensión cultural la que nos ocupa en el presente trabajo, tanto en sus formas más conocidas –liderazgo (2.1), selección de personal (2.2)– como en relación con técnicas más novedosas –*scripts* (2.3) y *nudges* (2.4)–. El objetivo es visibilizar formas de prevención cultural que van más allá del tratamiento tradicional, cuyo foco se ha puesto esencialmente en los Códigos de conducta y en las políticas de empresa (al respecto: I).

⁴ Sobre la figura del *compliance officer* y su abanico de deberes, *vid.* TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 35 y ss.

⁵ VAN ERP, J., «The Organization of Corporate Crime...», pp. 3 y ss., entiende que la organización ocupa una posición dual, puesto que tanto es la «causa» como la «cura» contra la delincuencia corporativa.

⁶ CIGÜELA SOLA, J., «Compliance más allá de la ciencia penal», *InDret* 4/2019, pp. 11 y ss.

⁷ Muy al contrario de lo que apostilla la CFGE 1/2016 en su Apartado 5.6., la cultura de cumplimiento no es un fin con entidad propia sino, más bien, un poderoso recurso contra la criminalidad de empresa basado en una multitud de medidas de cumplimiento normativo. En este sentido, acertadamente, ORTIZ DE URBINA, I., «Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm., 6, 2018, pp. 4 y ss.

I. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL: CÓDIGOS DE CONDUCTA, POLÍTICAS DE EMPRESA, FORMACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

Beccaria dejó por escrito que una ley debe ser clara y comprensible para los ciudadanos si se quiere que sea eficaz en la prevención de la delincuencia⁸. El problema es que el contexto corporativo se encuentra plagado de complejas normas jurídicas tanto penales como de otra naturaleza (tributaria, mercantil, administrativa, etc.) que han de ser acatadas. Por si fuera poco, en el campo del cumplimiento normativo, a la empresa le interesará tener presentes distintas normas de *soft law* como, paradigmáticamente, las normas ISO y UNE. Frente a tal complejidad y densidad normativa, no parece realista presumir que los integrantes de la mercantil conocerán con exactitud y en todo momento cómo se espera que actúen en su quehacer diario⁹, extremo que naturalmente dificultará el cumplimiento de las normas¹⁰. A fin de garantizar que el mensaje normativo (particularmente el penal) es recibido exitosamente, la organización ha de operar como intermediaria entre el Derecho y sus destinatarios, definiendo claramente cuáles son los estándares ético-sociales a los que estos han de adherirse¹¹. Con tal de acometer dicho objetivo, tendría a su alcance diversas herramientas: los Códigos de conducta, las políticas de empresa, los cursos de formación y las campañas de sensibilización.

Los Códigos de conducta son documentos de corta extensión, generalmente de acceso abierto y caracterizados por el uso de un lenguaje sencillo y ameno, alejado de tecnicismos¹². Respecto a su contenido, es verdad que, en el fondo, los Códigos de conducta se limitan a extrapolar aquello que ya figura en la legislación penal: que la empresa haga alarde de una política de tolerancia

⁸ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1764), pp. 24-25.

⁹ COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez, J. M., (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 72 habla de la menor fuerza con la que suele llegar el mensaje normativo al seno de las corporaciones.

¹⁰ Señala ROBINSON, P. H., *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012 (2008), p. 55 que la gente no suele conocer las normas que rigen sus vidas. También ponen de relieve la extendida falta de conocimiento de la ciudadanía sobre lo que dicta la ley, inclusive aspectos básicos del derecho penal VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, Beacon Press, Boston, 2021, pp. 138 y ss. En este sentido, BALL, J. C., «The deterrence concept in criminology and law», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Political Science*, 1955, Vol. 46, núm. 3, p. 351 comenta que una ley no podrá ejercer influencia disuasoria sobre un criminal en potencia si éste desconoce su existencia.

¹¹ KAPTEIN, M., «Understanding unethical behavior by unraveling ethical culture», pp. 847-848. En general, VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 141-142.

¹² Sobre cómo han de redactarse los Códigos éticos y los contenidos que han de figurar en estos, *vid.* NIETO MARTÍN, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», en Nieto Martín, A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 143-144.

cero con la corrupción o que prohíba determinadas prácticas dañinas para el medioambiente poco o nada añade a las prohibiciones o mandatos que ya se derivan de las normas jurídico-penales, a no ser que las demandas de la mercantil sean más exigentes que las de la legislación misma (p. ej., vetar la aceptación de cualquier tipo de obsequio ofrecido por entidades privadas)¹³. Sin embargo, los Códigos de conducta cumplen una valiosa labor informativa: simplificar sobremanera los mensajes normativos para que sean fácilmente captados por los miembros de la mercantil a fin de actuar en consecuencia¹⁴.

A su vez, los Códigos de conducta comunican de manera clara y comprensible que el cumplimiento normativo es algo deseable y recuerdan cuán necesario es comportarse éticamente¹⁵. Esto también es relevante: la empresa transmite mediante el Código de conducta cuál es el conjunto de valores ético-sociales que defiende con el afán de inculcarlos o, en su caso, reforzarlos entre sus empleados¹⁶. Acompasar el sistema de valores de los empleados con el de la empresa importa¹⁷: con ello puede conseguirse que estos estén suficientemente motivados intrínsecamente como para cumplir voluntariamente las normas jurídico-penales aun cuando no haya nadie alrededor para exigirselo y el riesgo de detección sea mínimo¹⁸. Habrá gente que, pese a disponer de oportunidad delictiva, no transgredirá las normas simple y llanamente porque considere, conforme a su sistema de valores, que actuar así está mal¹⁹.

¹³ Comenta NIETO MARTÍN, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», p. 138 que los Códigos éticos, en bastantes supuestos, van más allá de lo dispuesto por la ley. En esta misma línea, PASTOR MUÑOZ, N., «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», *La Ley Compliance Penal*, núm. 5, 2021, p. 5.

¹⁴ Aunque concibe los programas de cumplimiento como un sistema de prevención de delitos orientado a la minimización de *outputs* lesivos, PASTOR MUÑOZ, N., «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales...», pp. 4 y ss., admite que una parte de estos, particularmente el Código de conducta, sería una posible concreción de las normas jurídico-penales, aspecto que esta autora ve deseable debido a las dificultades que padecen las personas físicas integradas en la empresa para averiguar qué es lo que el Derecho Penal espera de ellas.

¹⁵ RORIE, M., WEST, M., «Can «Focused Deterrence» Produce More Effective Ethics Codes? An Experimental Study», *Journal of White Collar and Corporate Crime*, Vol. 3, núm. 1, 2020, pp. 10-11.

¹⁶ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», pp. 135 y ss.

¹⁷ Vid. TYLER, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self-Regulatory Approaches», *Brooklyn Law Review*, Vol. 70, núm. 4, 2005, p. 1299; KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, núm. 4, 2012, p. 969 y ss.; HAUGH, T., «Cadillac Compliance Breakdown», *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, p. 207.

¹⁸ TYLER, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self-Regulatory Approaches», p. 1.293; HAUGH, T., «Cadillac Compliance Breakdown», p. 207; VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 81-82, 101; KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 25, núm. 4, 2012, p. 969.

¹⁹ Considérese el caso de Frank Serpico cuya historia fue llevada a la gran pantalla con una película protagonizada por Al Pacino titulada «Serpico» (1971). Frank Serpico fue un honesto oficial de policía del

Paralelamente, hay autores que piensan que el proceso de redacción y/o actualización del Código de conducta sería una buena oportunidad para implicar a los empleados en asuntos de cumplimiento normativo para que así exista una mayor predisposición a acatar sus disposiciones al percibirlo como más legítimo por haber tomado parte en la discusión sobre su contenido²⁰. Algo así podría lograrse enviando a los integrantes de la mercantil un borrador del Código de conducta y habilitando un buzón de sugerencias para que los empleados remitan sus recomendaciones u opiniones al respecto. Se presupone, de hecho, que un código que haya contado con la implicación colectiva será objeto no sólo de mayor cumplimiento, sino además de mayor legitimidad de cara a quienes están llamados a cumplirlo; al fin y al cabo serán normas que ellos mismos habrán co-elaborado²¹.

En cualquier caso, sonaría algo naïf creer que la empresa conseguirá sus objetivos solamente publicitando *urbi et orbi* un documento de unas pocas páginas repleto de frases lapidarias e imágenes a todo color. No está de más recordar que existen cuestiones de Parte General especialmente debatidas y elementos de los tipos penales de la Parte Especial algo oscuros que admiten varias interpretaciones. Aparte, el modo en que los tipos penales son aplicados por los tribunales tampoco debe descuidarse. Por si fuera poco, hace no tanto tiempo fuimos testigos de la aprobación en plazos más bien ajustados de un sinfín de reformas legales escasamente meditadas y coordinadas²², alejadas de esa racionalidad legislativa a la que aboga Díez Ripollés²³, que entorpecen un debido seguimiento de las pautas de conducta que el Derecho Penal establece. A la vista de este panorama, a duras penas va a estar la empresa en condiciones de transmitir exitosamente entre sus trabajadores qué es lo que deben hacer simplemente mediante la redacción y posterior difusión de un Código de conducta.

De modo complementario, hará falta desarrollar el contenido del Código de conducta mediante políticas de empresa (p. ej., política de igualdad, política

Departamento de Policía de New York que se resistió estoicamente a las ofertas de sus compañeros a participar en una extendida trama de corrupción policial y, además, alzó la voz en los años sesenta para denunciarla pese a todas las dificultades con las que se topó.

²⁰ TREVIÑO, L. K., ET AL., «Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts», *California Management Review*, Vol. 41, núm. 2, 1999, pp. 131-151; CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020, p. 11.

²¹ NIETO MARTÍN, A., ««Stakeholders» Compliance Programs: From Management of Legality to Legitimacy», en Manacorda, S., Centonze, F., *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Berlin, Springer, 2021, pp. 287-311.

²² Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Indigestión penal», *El País*, 29 de diciembre de 2022, pp. 1-2.

²³ Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 2013.

de medioambiente o política de protección de datos personales)²⁴. Y no sólo eso: el *compliance officer* debe organizar periódicamente, sobre todo cuando se aprueben reformas legales de gran calado, cursos de formación, presenciales u *online*, impartidos por expertos en la materia en los que se profundice sobre aspectos de relevancia jurídica que los integrantes de la empresa han de conocer²⁵. En este punto, habrá que pensar bien cómo se comunican los contenidos de interés con tal de que sean captados lo mejor posible. Las tradicionales explicaciones teórico-prácticas podrían combinarse con métodos de enseñanza algo más innovadores como el *storytelling*²⁶, los talleres de simulacro de escenarios en los que los trabajadores tal vez lleguen a ser partícipes, o algunos desarrollos de lo que viene definiéndose como «*legal design*»²⁷.

Obviamente la posibilidad de que cada uno de los miembros de la mercantil asista a cursos de formación dependerá de las dimensiones de la empresa y del número de trabajadores. En grandes corporaciones difícilmente podrá exigirse formación para todo el mundo, en cuyo caso, no quedará otra que priorizar determinados perfiles profesionales en función del cargo ocupado y de su exposición al riesgo. En cuanto al resto de la plantilla, y también como refuerzo para quien asista obligatoriamente a cursos de formación, la mercantil contará con un mecanismo complementario como son las campañas de sensibilización: p. ej., colgar en los centros de trabajo posters recordando qué comportamientos no son tolerados o enviar mediante la *newsletter* corporativa, especialmente durante periodos concretos como el navideño, mensajes informativos acerca de la política de regalos de la empresa.

II. NO SÓLO DE ÉTICA DE LOS NEGOCIOS VIVE EL COMPLIANCE CULTURAL: EL BEHAVIORAL COMPLIANCE

Tradicionalmente la mecánica de la vigilancia, el control y, en fin, la disuasión delictiva a partir del juego de incentivos y amenazas configurado

²⁴ NIETO MARTÍN, A., «Código ético, evaluación de riesgos y formación», pp. 141-142.

²⁵ CASANOVAS, A., «La adecuación de los ciclos formativos», *Series de test de compliance*, núm. 4, 2015, pp. 1-23.

²⁶ Vid. KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 983-984; HAUGH, T., «Cadillac Compliance Breakdown», *Stanford Law Review*, Vol. 69, 2017, pp. 205-206.

²⁷ Tendencia actualmente en desarrollo, por «*legal design*» se entiende la disciplina que trata de aplicar al campo de la comunicación jurídica los conocimientos del diseño, particularmente del diseño de experiencia de usuario (UX). El objetivo esencial es hacer que el derecho sea más «accesible, útil, atractivo y transparente para el usuario». Vid., al respecto, CONAC, M. A., «Legal Design: a must for the GDPR compliance», *Admeet.eu* (<https://www.admeet.eu/en/legal-design-a-must-for-the-gdpr-compliance/>)

desde un modelo de persona racional que pondera constantemente los costes y beneficios de sus acciones (*command and control model*)²⁸ solía contraponerse con aquella otra mecánica consistente en el fomento de valores (*values-based model* o *integrity-based system*)²⁹. Hoy por hoy, el dilema sobre si adoptar uno u otro modelo está más que superado. Las corporaciones no se ven obligadas a resolver una disyuntiva que les fuerce a escoger entre un sistema de gestión de cumplimiento orientado a valores u otro basado en la vigilancia y control. Extraña será la vez, de hecho, en que dejen de convivir ambos instrumentos en la empresa³⁰. Prever, p. ej., controles financieros en la mercantil es perfectamente compatible con organizar cursos de formación. Una cosa no excluye la otra.

Lo que realmente preocupa en esta sede es lo limitado que se presenta el aludido modelo de promoción de ciertos valores ético-sociales. Pues, a pesar de que una persona los tenga integrados, ello no garantizará que, llegado el momento de la verdad, actuará de forma consecuente con su afán de actuar correctamente³¹. La llamada ética conductual (*behavioral ethics*) se ha ocupado de explicar, bajo el influjo de la denominada economía del comportamiento

²⁸ Vid. VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 12 y ss., 46 y ss.; KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 966; TYLER, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», *American Criminal Law Review*, Vol. 51, núm. 1, 2014, p. 272.

²⁹ Vid. TYLER, T. R., DIENHART, J., THOMAS T., «The Ethical Commitment to Compliance: Building Values-Based Cultures», *California Management Review*, Vol. 50, núm. 2, 2008, pp. 31-51; STUCKE, M. E., «In Search of Effective Ethics and Compliance», *Journal of Corporation Law*, Vol. 39, núm. 4, 2014, p. 819; LANGEVOORT, D. C., «Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law», *Columbia Business Law Review*, Vol. 71, 2002, pp. 104 y ss.

³⁰ Destaca TYLER, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», p. 269 que las empresas tanto disponen de normas que dictaminan lo que es correcto o adecuado como sanciones y recompensas por infringir la ley o por cumplirla. Define KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», p. 987 el *command and control* como el corazón de un programa de cumplimiento serio y la cultura como su alma. Se posiciona a favor de mantener cierto nivel de monitorización en los modelos de integración de valores LANGEVOORT, D. C., «Monitoring: The Behavioral Economics of Corporate Compliance with Law», p. 105. Estima FRANCO, J. A., «Surveillant and Counselor: A Reorientation in Compliance for Broker-Dealers», *BYU Law Review*, Vol. 2014, núm. 5, 2015, p. 1.170 que las estrategias de enfoque interno no pretenden reemplazar las de enfoque externo, sino todo lo contrario, complementarlas. Descarta REGAN, M. C., «Moral Intuitions and Organizational Culture», *St. Louis University Law Journal*, Vol. 51, 2008, p. 971 que una y otra orientación sean mutuamente excluibles y apuesta por un programa de cumplimiento que combine, de un lado, *values-based features*, que enfatizan en los valores con los que la empresa está comprometida y fomenten la adhesión de los trabajadores a los mismos, con, de otro lado, *deterrence-based features*, esto es, un enfoque orientado hacia la amenaza de sanción en caso de transgredir las normas, la monitorización y los sistemas de auditoría a fin de prevenir, detectar, informar y castigar comportamientos inadecuados.

³¹ Recomienda HEATH, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», p. 611 que los cursos de ética de los negocios cambien su enfoque: de invitar a sus estudiantes a experimentar una catarsis con la que se replanteen su sistema de valores a aprender a configurar en la empresa un contexto institucional que promueva el comportamiento ético.

(*behavioral economics*)³², que los seres humanos somos, además de racionalmente limitados (*bounded rationality*)³³, éticamente limitados (*bounded ethicality*)³⁴: más veces de las que nos gustaría, actuamos de forma contradictoria con nuestro deseo de acatar las normas. Eso no significa que no existan ovejas negras que tengan intención de quebrantarlas. Evidentemente existen. Lo que es errado es pensar que aquellos que delinquen son siempre agentes con una brújula moral estropeada. Entre quienes infringen la ley también hay sujetos que de base comparten las virtudes de cumplir con el Derecho pero que terminan por delinquir debido a su forma de operar, condicionada por multitud de heurísticos y sesgos (cognitivos y volitivos), las fuerzas situaciones originadas en el contexto en el que se desenvuelven (p. ej., el padecimiento de fuertes presiones durante el desempeño de una actividad) así como las dinámicas de grupo en las que se insertan³⁵.

Buena muestra de dicha falta de correspondencia entre saber qué es lo correcto a hacer y actuar luego de manera ética es el experimento de Darley y Batson³⁶. A un grupo de 66 estudiantes del Seminario Teológico de Princeton se les pidió preparar un breve sermón sobre la parábola del buen samaritano que tendrían que impartir en un edificio alejado respecto aquel en el que se encontraban. A un primer grupo de seminaristas se les informó que iban bien de tiempo y que si se dirigían en ese momento al otro edificio llegarían en hora. A un segundo grupo se les indicó que tenían que marcharse ya para no llegar tarde. Al tercer y último grupo se les comentó que ya llegaban tarde y que debían darse prisa. De camino al otro edificio los seminaristas se toparon con un desconocido que yacía en el suelo y requería auxilio (¡justo como en la parábola del buen samaritano sobre la cual estaban a punto de impartir un sermón!). En función de cuán apurados de tiempo creían que iban, su inclinación para echar una mano a la persona

³² Describe la ética del comportamiento como el *spin-off* de la economía del comportamiento KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2.

³³ Este concepto lo introdujo en el campo de la economía SIMON, H., «A Behavioral Model of Rational Choice», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, núm. 1, 1955, pp. 99 y ss.

³⁴ SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», *Current Opinion in Psychology*, Vol. 6, 2015, p. 77; BAZERMAN, M. H., GINO, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», *Annual Review of Law and Social Sciences*, núm. 8, 2012, p. 96; FELDMAN, Y., *The Law of Good People. Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 2-3; HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», *California Law Review*, Vol. 8, 2017, p. 5.

³⁵ Siguiendo la distinción formulada por FELDMAN, Y., *The Law of Good People. Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, pp. 1 y ss., hay «gente mala» que desea quebrantar la ley tras un deliberado cálculo de los costes y beneficios (*calculative wrongdoer*) y «gente buena» que o bien no se percatan de que incumplen las normas (*erroneus wrongdoer*) o bien racionalizan su comportamiento ilícito (*situational wrongdoer*). El reto para los reguladores, como advierte el autor citado, será diseñar un sistema óptimo para prevenir las conductas transgresoras de unos y otros.

³⁶ DARLEY, J. M., BATSON, C. D., «From Jerusalem to Jericho: A Study of Situational and Dispositional Variables in Helping Behavior», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 27, núm. 1, 1973, pp. 100-108.

desvalida fue distinta: de los seminaristas del primer grupo pararon a ayudar un 63 %, de los del segundo grupo un 45 % y de los del tercer y último grupo solo un 10 %. Lo que marcó aquí la diferencia fueron los distintos niveles de estrés a los que fueron sometidos los protagonistas del experimento, no su grado de conocimiento sobre las bondades de ayudar al prójimo, pues esto último es algo que todos sabían gracias a la parábola del buen samaritano³⁷.

Así las cosas, trasladar de manera clara y sencilla a los integrantes de la corporación qué dicta la legislación penal y esforzarse por que interioricen lo transmitido con tal de acompañar su sistema de valores con el de la compañía va a ser solo el primer paso que dar. Únicamente con ética de los negocios no vamos a llegar excesivamente lejos. Adicionalmente hay que comprender, de la mano de las ciencias del comportamiento, los procesos de decisión individuales y cómo los humanos actuamos en un determinado contexto. Justo en esta línea se orientan los últimos avances en cumplimiento normativo. A este relativamente novedoso ámbito de investigación se le ha denominado *behavioral compliance*³⁸, para cuyo desarrollo contribuirá decisivamente la ética conductual en tanto disciplina empírica³⁹ que explora, desde una óptica multidisciplinar, la toma de decisiones éticas⁴⁰ y, en particular, cómo es posible que hasta la persona más honesta caiga en la tentación de delinquir, aunque sea solo una vez en su vida, incluso, en ocasiones, sin tan siquiera percatarse, parcial o totalmente, de ello⁴¹. Esto es, entender por qué gente buena a veces hace cosas malas (*why good people sometimes do bad things*)⁴². Pero no sólo la ética conductual puede aportar mucho al *behavioral compliance*. Será bueno valerse también de la ciencia que más esfuerzos ha invertido en entender qué factores contribuyen a

³⁷ Las conclusiones alcanzadas en este experimento se hallan en línea con la comprobación empírica efectuada décadas más tarde por SCHWITZGEBEL, E., RUST, J., «The Behavior of Ethicists», en Sytsma, J., Buckwalter, W., (eds.), *A Companion to Experimental Philosophy*, John Wiley & Sons, 2016, pp. 225-233. A saber, que los profesores de ética no resuelven mejor los dilemas morales que otros al momento de enfrentarse a ellos, cuestionándose la relación entre un razonamiento moral más sofisticado y un comportamiento más ético.

³⁸ LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», en Arlen, J., (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, 2018, pp. 272 y ss.

³⁹ HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 4-5.

⁴⁰ KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2; LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 264 y ss.; HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 1 y ss.; BAZERMAN, M. H., GINO, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», pp 89 y ss.

⁴¹ KILLINGSWORTH, S., ««C» is for Crucible: Behavioral Ethics, Culture, and the Board's Role in C-Suite Compliance», *RAND Center for Corporate Ethics and Governance Symposium White Paper Series*, 2013, p. 1.

⁴² KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 2; HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 4.

explicar que haya gente que cometa delitos y, como reverso, a proponer medidas orientadas a prevenirlos: la criminología⁴³. En esa línea, las próximas páginas tendrán como fin explorar distintas medidas de prevención de la delincuencia corporativa enmarcadas en esta dimensión.

1. Apoyar las iniciativas en cumplimiento normativo y predicar con el ejemplo: el *tone from the top*

El comportamiento individual de los líderes influye decisivamente en cómo se hacen las cosas en la organización. Es decir, el nivel micro contribuye también a moldear el nivel meso⁴⁴. Especialmente problemático es que ese liderazgo se vuelva tóxico⁴⁵ fruto de las características personales de quien lo ejerce. Se habla de la tríada oscura de la personalidad (narcisismo, psicopatía y maquiavelismo)⁴⁶ así como de otros rasgos individuales como el exceso de confianza o el apetito al riesgo. El liderazgo tóxico puede terminar por concretarse en la tolerancia de la delincuencia corporativa, mirando hacia otro lado ante aquel ilícito del que se tenga noticia, el fomento de comportamientos prohibidos penalmente bajo lemas como «todo por la empresa», suscitándose además el problema de la «obediencia a la autoridad»⁴⁷, o, en los casos más extremos, la intervención directa de los líderes en hechos censurables.

⁴³ Vid. LARRAURI, E., *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Trotta, Barcelona, 2.^a ed., 2018, pp. 15 y ss. Representativo del necesario hermanamiento entre la ética conductual y la criminología es el trabajo de HEATH, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», pp. 595-614. También, HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 11-12; también, CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», pp. 5 ss.

⁴⁴ CIGÜELA SOLA, J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», p. 25.

⁴⁵ Sobre el «lado oscuro» del liderazgo, *vid.*, entre otros, LIPMAN-BLUMEN J., «Toxic leadership: When grand illusions masquerade as noble visions», *Leader to Leader*, 2005, núm. 36, pp. 29-36; MEHTA S., MAHESHWARI, G. C., «Toxic leadership: Tracing the destructive trail», *International Journal of Management*, Vol. 5, núm. 10, 2014, pp. 18-24; GREEN J. E., «Toxic leadership in educational organizations», *Education Leadership Review*, Vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 18-33; JUDGE, T. A., PICCOLO R. F., KOSALKA, T., «The bright and dark sides of leader traits: A review and theoretical extension of the leader trait paradigm», *The Leadership Quarterly*, núm. 20, 2009, pp. 855-875

⁴⁶ PAULHUS, D. L., WILLIAMS, K. M., «The Dark Triad of Personality: Narcissism, Machiavellianism, and Psychopathy», *Journal of Research in Personality*, Vol. 36, núm. 6, 2002, pp. 556-563.

⁴⁷ MILGRAM, S., «Behavioral Study of Obedience», *Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, núm. 4, 1963, pp. 371-378. Más recientemente, HASLAM, S. A., REICHER, S. D., «50 years of «Obedience to Authority»: From Blind Conformity to Engaged Followership», *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 13, 2017, pp. 59-78.

A la vista de lo explicado, se ha insistido en cuán relevante es fijar el tono ético desde arriba, esto es, *tone from the top*⁴⁸ ⁴⁹. *Tone from the top* significa fundamentalmente que los líderes exhiban un firme apoyo a las diversas iniciativas en cumplimiento normativo (p. ej., adjuntando un mensaje de respaldo en la página inicial del Código de conducta o respondiendo debidamente ante los hechos delictivos sobre los que tengan conocimiento) y que prediquen con el ejemplo manteniendo cierta coherencia entre el mensaje transmitido de que acatar las normas es lo correcto y la conducta que luego ellos mismos realizan. Esto conecta con otro de los pilares para conseguir motivar a los trabajadores a actuar en una dirección ajustada a Derecho. A saber, la legitimidad percibida⁵⁰, definida, según Tyler, como «la creencia de que aquellos que están en el poder merecen gobernar y tomar decisiones que influyen en la vida de los demás así como en la percepción de que estos han de ser obedecidos»⁵¹. Toda exigencia de cumplir con las normas debe presuponer que los órganos de gobierno corporativo son los primeros que demuestran que eso es lo adecuado, ganando así credibilidad y fortaleciendo la voluntad de los trabajadores a operar lícitamente. En definitiva, *walk the talk*. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en actitudes hipócritas que priven al líder incluso de legitimidad moral para condenar a quienes optan por no acatar las normas⁵².

⁴⁸ En ocasiones, en vez de hacerse uso de la expresión *tone from the top*, se ha empleado la de *tone at the top*. Es preferible la primera. *Tone at the top* pareciese incluir solo el compromiso de la cúpula directiva cuando lo acertado es que dicho compromiso provenga de la máxima dirección y fluya a través de cada uno de los niveles de la organización que es a lo que mejor se ajusta la expresión acogida.

⁴⁹ Vid, p. ej., el Apartado 7.1 de la norma UNE 19601 o el Apartado 5.6 de la CFGE 1/2016. También, en la doctrina, sin ánimo de exhaustividad, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*», en Ragués i Vallès, R., Robles Planas, R., (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 50; PAINE, L. S., «Managing for Organizational Integrity», *Harvard Business Review*, Vol. 72, núm. 2, 1994, p. 113; KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 980-982; MILLER, G. P., *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, Wolters Kluwer, New York, 3.ª ed., 2019, p. 197; SCHLICHTING, N. M., CORNETT, B. S., «Tone At the Top: The Foundation of an Effective Compliance Program», *Journal of Health Care Compliance*, Vol. 8, núm. 4, 2006, pp. 33 y ss.; BAER, M., «Corporate Policing and Corporate Governance: What Can We Learn from Hewlett-Packard's Pretexting Scandal», *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 77, 2008, p. 527; LANGEVOORT, D. C., «Cultures of Compliance», *American Criminal Law Review*, Vol. 54, 2017, p. 939.

⁵⁰ Sobre cuán trascendente es que quienes dirigen la empresa recaben legitimidad frente a sus empleados si es que desean que estos satisfagan las normas, vid. TYLER, T. R., «Promoting Employee Policy Adherence and Rule Following in Work Settings: The Value of Self-Regulatory Approaches», pp. 1302-1303; EL MISMO, «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», pp. 268 y ss.; KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture», pp. 974 y ss.; LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», p. 271.

⁵¹ TYLER, T. R., «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», pp. 268-269.

⁵² En los últimos años ha sido objeto de atención en la filosofía moral la llamada «legitimidad moral» (*moral standing*): cuándo alguien está en condiciones de emitir a otro un reproche. Vid. COHEN, G. A.,

Con todo, es necesario advertir que aquí nos encontramos con una tensión entre el tipo de directivo que puede llamar la atención de los accionistas por conducir a la corporación hacia la obtención de mayores beneficios, y el que el Derecho –y el *compliance officer*– escogería para garantizar el objetivo paralelo del cumplimiento: los primeros tenderán a preferir ejecutivos agresivos y competitivos, mientras que los segundos tenderán a favorecer perfiles prudentes y abiertos a la crítica y el control externo. Por cuestiones obvias, es difícil que esa tensión se resuelva en favor del perfil jurídicamente preferible. Sin embargo, sería necesario –o al menos ello hablaría en favor del compromiso de la empresa hacia el cumplimiento– que en la selección del personal directivo participasen también los órganos de cumplimiento; esto es, que su voz sea escuchada en la elección de quién ha de marcar el tono que va a permear en la organización.

2. El proceso de selección de personal: más que una cuestión de negocios

Los procesos de selección de personal tienen como misión fundamental explorar la idoneidad de los candidatos que se postulan al puesto de trabajo ofertado examinando para ello aspectos tan significativos como su experiencia laboral, aptitudes o aspiraciones profesionales. La principal preocupación del equipo de recursos humanos será, por tanto, la de escoger a aquel candidato cuyas cualidades mejor se ajusten a las necesidades de la empresa. Dicho trámite no debería ser calificado como un mero asunto de negocios y, por consiguiente, dirigir todos los esfuerzos a encontrar a quien se crea que posee mayor pronóstico de éxito para lograr los objetivos de negocio definidos de antemano por la organización. Esta legítima aspiración ha de complementarse con un afán de huir de perfiles que, aunque prometedores en el plano profesional por su *expertise* y rasgos individuales (alto grado de competitividad, excesiva confianza en sí mismo, etc.), revelen cierta inclinación a incurrir en comportamientos desviados que, a la larga, perjudiquen los intereses de la persona jurídica y de terceros⁵³.

«Casting the First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn the Terrorists?», *Royal Institute of Philosophy Supplements*, núm. 81, *Cambridge University Press*, 2006, pp. 113-136.

⁵³ Insiste en que la empresa contrate a personas no-tóxicas dispuestas a participar en una cultura de cumplimiento de la legalidad HOPPE, M., «The Problem with Toxic Leadership and How to Detox Organizations», *Working Paper*, 2021, p. 7. En este sentido, también, KILLINGSWORTH, S., ««C» is for Crucible...», pp. 15-16.

A tales efectos, se ha propuesto condicionar el acceso a ciertas profesiones de riesgo (singularmente, las financieras) a que se satisfaga un requisito de honorabilidad⁵⁴ basado en acreditar un historial de respeto a la legalidad y a las buenas prácticas digno para confiar en que la actividad asignada se ejercerá adecuadamente. Aun si se supera este filtro, ni mucho menos quedará con ello garantizado que la persona omitirá llevar a cabo luego conductas censurables. Recordemos: hasta las buenas personas pueden delinquir. Ya en esta incipiente etapa la organización dispondría de una excelente oportunidad para poner a prueba al candidato explorando su propensión a tomar decisiones éticas⁵⁵, p. ej., a partir de instrumentos de evaluación de la moralidad como el *defining issues test*⁵⁶, que contiene una serie de dilemas morales sobre los cuales el encuestado se ha de pronunciar; a través de la *rule orientation scale*⁵⁷, que mide el grado de aceptación del quebrantamiento de las normas; o bien mediante simulacros de escenarios hipotéticos en los que el individuo tal vez acabe por verse inmerso en su futuro profesional a fin de observar cómo se desenvuelve en ellos.

Menos pacífico es que, además de configurar los procesos de selección de personal del modo indicado, sea bueno que la empresa no sólo censure las conductas prohibidas penalmente, sino que asimismo premie simbólica, económica o profesionalmente los actos éticos como parte de su política de promoción interna. Este sistema de incentivos, a la larga, puede dar problemas. Con su implementación parecería verse como excepcional aquello que, en rigor, debe ser la regla general. ¿O acaso la tónica habitual en la organización no debe ser la de omitir corromper a funcionarios públicos o la de no estafar a los clientes? ¿Por qué ha de ser premiado quien, en el fondo, hace lo que está obligado a hacer? Además, las recompensas externas (p. ej., *bonus* económicos o ascensos a puestos superiores) pueden terminar por minorar la motivación interna⁵⁸: se actuaría conforme a Derecho no porque se crea que se está haciendo

⁵⁴ IRURZUN MONTORO, F., *Honorabilidad como Requisito para el Ejercicio de Profesiones Financieras y otras Actividades*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 23 y ss.

⁵⁵ HAUGH, T., «Harmonizing Governance, Risk and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, núm. 4, 2019, pp. 898-900; EL MISMO, «Understanding and Managing Behavioral Ethics Risk», en Suveiu, V. A., (ed.), *Routledge Handbook of Risk Management and Law*, Routledge, Abington, 2022, p. 123.

⁵⁶ Vid. THOMA, S. J., DONG, Y., «The defining issues test of moral judgment development», *Behavioral Development Bulletin*, Vol. 19, núm. 3, 2014, pp. 55-61.

⁵⁷ FINE, A., ET AL., «Rule Orientation and Behavior: Development and Validation of a Scale Measuring Individual Acceptance of Rule Violation», *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 22, núm. 3, 2016, pp. 314-329.

⁵⁸ VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 57, 59-60.

lo correcto sino por el premio asociado a la conducta ética ejecutada, con lo cual, a falta de incentivos, menor será la probabilidad de que la persona respete las pautas de conducta previamente delimitadas. Para compensar este riesgo se ha sugerido trabajar en la motivación intrínseca destacando las virtudes de la conducta ética que se incentiva⁵⁹.

La selección de personal es, en cualquier caso, un mensaje en sí mismo sobre el carácter ético de la organización: «dime a quién eliges para determinados puestos y te diré cuán en serio te tomas las normas», podríamos advertir a la organización. Al respecto, es necesario, eso sí, señalar que no todo puesto organizativo es igual de relevante a efectos de cumplimiento y, por tanto, igual de delicado a efectos de selección. Una concepción realista del *compliance* obliga a controlar y eventualmente reglar nada más que los perfiles que estén expuestos a riesgos de incumplimiento grave. Respecto al resto, bastará la tradicional exigencia de que quien lo ocupa tenga la capacitación suficiente para realizar sus tareas.

3. Editar los *scripts*: cuando el lenguaje que permea en la organización importa

Si bien la cultura corporativa ha tendido a identificarse con las normas, las políticas y los valores empresariales, resulta que también los aspectos comunicativos –el lenguaje, las narrativas, los discursos, la conversación informal– la definen y acaban por influenciar intensamente el comportamiento de sus miembros.⁶⁰ Así, p. ej., de poco sirve que una empresa declare en su Código de conducta el respecto a la igualdad entre sus integrantes si resulta finalmente que sólo los hombres llegan a puestos directivos, desde los cuales premian a quienes no cogen bajas de maternidad, y si en sus conversaciones informales permea la idea de que las mujeres trabajan peor o están menos capacitadas. Las palabras, en fin, importan. E importan porque la forma lingüística desempeña un papel crítico en la configuración de la realidad y del comportamiento⁶¹. Aquí, de nuevo, es necesaria una cierta dosis de realismo en cuanto a la capacidad de control por parte del programa de cumplimiento.

⁵⁹ VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, p. 57.

⁶⁰ Vid. LANGEVOORT, D. C., «Cultures of Compliance», p. 966; CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica...», p. 9.

⁶¹ Destacan cuán importante es el uso lingüístico y exploran cómo la lingüística puede contribuir a modificar el comportamiento humano MONTOLÍO DURÁN, E., POLANCO MARTÍNEZ, F., GARCÍA ASENSIO, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», en Ponce Solé, J., (coord.), *Acicates (nudges)*, buen

Elaborar estrategias de diseño comunicativo no significa modificar y vigilar de qué modo se habla y qué lenguajes se utilizan en el día a día de la corporación: ello convertiría a los *compliance officers* en algo así como «policías del lenguaje» y podrían llegar a ser percibidos con desconfianza por parte del personal. En realidad, en este nivel, las medidas a implementar son más bien genéricas y del siguiente tipo:

(i) «Implementar estrategias de *framing*»: llamamos *framing* o efecto encuadre al modo en que se enfocan los asuntos y, particularmente, a la forma en la que la información es transmitida hacia otros, cuestión sin duda relevante a la hora de interpretar los mensajes⁶². La frase «De 100 pacientes que se operan, 90 están vivos cinco años después» contiene idéntica información que la frase «De 100 pacientes que se operan, 10 mueren cinco años después». Sin embargo, la probabilidad de someterse a una operación seguramente sea superior en el primer caso que en el segundo⁶³. De igual modo, no dará lo mismo plantear en la empresa un tema sometido a discusión (p. ej., decidir si iniciar una operación de negocio en un país donde los sobornos son una frecuente moneda de cambio) como una cuestión de negocios (p. ej., lo altamente beneficiosa a nivel económico que puede resultar esa operación para los accionistas) que como una cuestión ética (p. ej., el riesgo que seguir adelante con la operación representa tanto para las personas físicas involucradas en ella como para la propia persona jurídica). Si se quiere dar al cumplimiento normativo el peso que se merece, importará que la dirección corporativa altere el *framing* de un modo tal como para que los problemas éticos no sean relegados a un segundo plano o bien que ni siquiera sean considerados⁶⁴.

(ii) «Evitar el etiquetado eufemístico»: en el lenguaje bélico es frecuente recurrir a eufemismos a fin de ocultar los horrores de la guerra⁶⁵. Durante el Holocausto judío el gobierno nacionalsocialista alemán prefería hablar de «Solución Final» antes que de exterminio. En la Guerra de Irak el

gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 134 y ss.

⁶² MONTOLÍO DURÁN, E., POLANCO MARTÍNEZ, F., GARCÍA ASENSIO, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», pp. 137, 141.

⁶³ PONCE SOLÉ, J., MONTOLÍO DURÁN, E., ROZAS VALDÉS, J. A., «Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas», *Nueva Época*, núm. 25, 2021, p. 64.

⁶⁴ SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78; BAZERMAN, M. H., GINO, F., «Behavioral Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgment and Dishonesty», p. 96.

⁶⁵ WATTS, D., «Military Euphemisms in English: Using language as a weapon», *Revista de la Facultad de Estudios Extranjeros. Universidad de la Prefectura de Aichi de lengua y literatura*, núm. 45, 2013, pp. 169-198.

término «consecuencias colaterales» era empleado como referencia a las muertes de civiles a raíz de los bombardeos orquestados en zonas estratégicas. Vladimir Putin calificó como «operación militar especial» la invasión de suelo ucraniano por tropas rusas. Otro terreno en el que los eufemismos suelen ser utilizados es el económico: conceptos como «recesión», «crisis», «despidos» o «emigración» son a veces reemplazados por los de «crecimiento negativo», «gradual desaceleración», «reajuste (o flexibilidad) de plantilla» o «movilidad exterior»⁶⁶. El ámbito corporativo sería otro espacio más donde los eufemismos pueden llegar a funcionar como mecanismos de desconexión moral, desactivando los procesos de autorregulación, tanto cognitivos como emocionales, que generan una autoevaluación negativa en la persona a propósito del quebrantamiento de ciertos estándares ético-sociales⁶⁷ (p. ej., calificando como «prácticas agresivas» actos ilegales)⁶⁸. Esforzarse por reflejar que los eufemismos no son más que estrategias de manipulación del lenguaje para encubrir aquello que en realidad incomoda debido a su connotación negativa y llamar a las cosas por su nombre debería ayudar a despertar en el individuo un remordimiento moral a propósito de la transgresión de las normas⁶⁹.

(iii) «Neutralizar las neutralizaciones»: sabemos, desde las bases de la teoría de la asociación diferencial⁷⁰, que en la esfera corporativa los trabajadores, mediante la interacción con el resto, pueden llegar a aprender una serie de técnicas de neutralización⁷¹ que les sirvan para justificar o excusar el quebrantamiento de la Ley, sin empeorar ni un ápice la buena imagen que poseen de sí mismos ni sentir el más mínimo remordimiento de conciencia por lo hecho⁷².

⁶⁶ MONTOLÍO DURÁN, E., POLANCO MARTÍNEZ, F., GARCÍA ASENSIO, M. A., «Lingüística y ciencias del comportamiento», pp. 138-140.

⁶⁷ Vid. BANDURA, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, núm. 3, 1999, p. 195.

⁶⁸ TENBRUNSEL, A., MESSICK, D., «Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior», *Social Justice Research*, Vol. 17, núm. 2, 2004, pp. 226-228.

⁶⁹ Recomendación PRENTICE, R. A., «Behavioral Ethics: Can It Help Lawyers (And Others) Be Their Best Selves?», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 29, núm. 1, 2015, p. 73 que se enseñe a los empleados a controlar el uso de eufemismos.

⁷⁰ SUTHERLAND, E., *Principles of Criminology*, J. B. Lippincot, 4.^a ed., 1947.

⁷¹ SYKES, G. M., MATZA, D., «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, Vol. 22, núm. 6, 1957, pp. 664-670.

⁷² Sobre el uso de técnicas de neutralización en el campo de la delincuencia corporativa, vid. HAUGH, T., «Cadillac Compliance Breakdown», pp. 206-207; HEATH, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», pp. 605 y ss. Especialmente revelador es el estudio empírico de KLENOWSKI, P. M., «Learning the Good With the Bad: Are Occupational White-Collar Offenders Taught How to Neutralize Their Crimes?», *Criminal Justice Review*, Vol. 37, núm. 4, 2012, pp. 461 y ss. En éste, KLENOWSKI realizó 40 entrevistas semi-estructuradas a personas presas en diversas cárceles federales estadounidenses que habían sido condenadas por algún delito de cuello blanco. Los resultados hablan por sí solos: todos los participantes del estudio jus-

La empresa ha de esforzarse por combatirlos. O lo que sería lo mismo: «neutralizar las neutralizaciones»⁷³. Ello podría lograrse, p. ej., transmitiendo que no todo vale a la hora de alcanzar objetivos de negocio o desalentando políticas de incentivos especialmente agresivas (como, p. ej., las promovidas en el escándalo Wells Fargo)⁷⁴ con miras a evitar «comportamientos innovadores» orientados a superar contextos de presión anómica⁷⁵ y, tras ello, el recurso a la «apelación a lealtades superiores» («era eso o permitir que la empresa se fuera a pique y con ella todos sus trabajadores», «ya sabes cómo funciona el mundo de los negocios: los accionistas quieren ver resultados cueste lo que cueste», «necesitaba ese *extra* a final de mes para cubrir necesidades familiares»). O bien, en tareas que demanden coordinación y división de trabajo entre muchos, delimitando suficientemente y por escrito qué le compete a cada cual, para así prevenir la técnica de la «negación de la responsabilidad» («a mí no me mires: no me pagaban para hacer ese tipo de cosas», «yo sólo seguía órdenes de arriba»), particularmente el desplazamiento de la responsabilidad y la difusión de la sensación de responsabilidad⁷⁶.

Otra fórmula para «neutralizar las neutralizaciones» podría ser la de confrontar a directivos y trabajadores con las consecuencias lesivas que se derivan de los comportamientos prohibidos penalmente en aras de corregir el problema de la distancia entre acciones y consecuencias⁷⁷, aplacando así la «negación del daño» («¿qué hay de malo en querer hacerse un poco más rico?»), así como la «negación de la víctima» («fue culpa de los inversores, no mía»). Después de todo, los daños derivados de la delincuencia corporativa, tanto en su faceta financiera como en la correspondiente a la llamada violencia corpo-

tificaron o excusaron sus crímenes por medio de una o varias técnicas de neutralización identificadas por SYKES y MATZA. En particular, 35 apelaron a lealtades superiores, 14 negaron la producción de un daño, 10 condenaron a quienes condenan, 9 negaron la existencia de una víctima y 10 negaron su responsabilidad.

⁷³ Vid. MARUNA, S., COPES, H., «Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice*, Vol. 23, 2005, pp. 240-241; VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 93-94.

⁷⁴ Desaconseja este tipo de prácticas ARLEN, J. H., «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en Harel, A., Hylton, K. N., (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2013, pp. 164-165.

⁷⁵ El recurso a la criminalidad corporativa como mecanismo de adaptación innovador frente al desequilibrio entre los ambiciosos o incluso irrealistas objetivos empresariales y la carencia de tiempo y recursos legítimos suficientes para alcanzarlos (*goal blockage*) o bien ante el riesgo de pérdidas (*fear of falling*) ha sido un fenómeno ampliamente estudiado por la llamada teoría de la anomia. Vid. AGNEW, R., LEEPER PIQUERO, N., CULLEN, F. T., «General Strain Theory and White-Collar Crime», en Simpson, S. S., Weisburd, D., (eds.), *The Criminology of White-Collar Crime*, Springer, New York, 2009, pp. 35 y ss.

⁷⁶ BANDURA, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», pp. 196-198.

⁷⁷ BANDURA, A., «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», p. 199.

rativa⁷⁸, suelen ser psicológicamente más distantes que los de la delincuencia callejera⁷⁹. Y resulta que, cuanto más alejada esté la persona de los adversos efectos de sus acciones y del sufrimiento ajeno, más fácil resultará para ella incurrir en el comportamiento censurable⁸⁰. Este fenómeno responde a varios factores: la falta de contacto directo e interpersonal del delincuente de cuello blanco con las víctimas (p. ej., quien comete un fraude financiero a lo mejor sólo tiene ocasión de ver nombres y números plasmados en documentos), lo difusos que pueden resultar según que daños por faltar una o varias víctimas perfectamente definidas (p. ej., los daños medioambientales que afectan a la colectividad en su conjunto) o bien al *gap* temporal que tal vez medie entre la acción lesiva y el momento en que se sienten sus efectos (p. ej., desde que se autoriza la distribución en el mercado de un producto nocivo para la salud de los consumidores hasta que se producen intoxicaciones y, en particular, se prueba su relación de causalidad, quizás pasan días o meses)⁸¹. Pese a todo, el impacto de la delincuencia corporativa no deja de ser devastador, más incluso que el de la delincuencia convencional⁸²: pensemos en las muertes y enfermedades originadas en el escándalo Eternit, las consecuencias medioambientales del caso Volkswagen o los millones de dólares defraudados gracias al esquema Ponzi de Bernard Madoff. Los cursos de formación serían un buen momento para profundizar en escándalos corporativos acontecidos tiempo atrás en la empresa y aproximar de este modo a sus integrantes a los problemas que estos han desencadenado. Aparte, el método del *storytelling* poseería otra ventaja: los relatos e historias que son fáciles de recordar dotan a los mensajes de mayor efectividad⁸³. Tampoco estaría de más dar voz a las víctimas concretas identificadas, si es que por la clase de delito cometido las hay, así como a los infractores individuales arrepentidos a fin de que los miembros de la mercantil

⁷⁸ Acerca de esta doble dimensión de la delincuencia corporativa, *vid.* FORTI, G., VISCONTI, A., «From Economic Crime to Corporate Violence: The Multifaceted Harms of Corporate Crime», en Rorie, M. L., (ed.), *The Handbook of White-Collar Crime*, Wiley Blackwell, New Jersey, 2020, pp. 64 y ss.

⁷⁹ SOLTES, E., *Why they do it. Inside the mind of the White-Collar Criminal*, Public Affairs, New York, 2016, pp. 115 y ss.

⁸⁰ A Stalin se le atribuye una frase que refleja a la perfección lo explicado: «Una única muerte es una tragedia, un millón de muertes es solo estadística».

⁸¹ *Vid.* SOLTES, E., *Why they do it. Inside the mind of the White-Collar Criminal*, pp. 115 y ss.

⁸² Ya SUTHERLAND, E. H.: «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, Vol. 5, núm. 1, 1940, p. 5 aportó un esclarecedor ejemplo: «Un directivo de una cadena de tiendas de comestibles se apropió en un año de 600.000 euros, lo que representaba seis veces más las pérdidas anuales de quinientos robos en los establecimientos de esa misma cadena». Más en detalle, sobre los múltiples y preocupantes daños tanto económicos como personales asociados a la delincuencia corporativa, *vid.* FORTI, G., VISCONTI, A., «From Economic Crime to Corporate Violence: The Multifaceted Harms of Corporate Crime», pp. 68 y ss.

⁸³ KILLINGSWORTH, S., «Modeling the Message...», pp. 983 y ss.

escuchen a los protagonistas del suceso, tanto los de un lado como los de otro⁸⁴. A su vez, desde una óptica de justicia restaurativa, resultaría oportuno explorar si acaso brindar a las víctimas la oportunidad de explicar en los centros de trabajos cómo el delito impactó en sus vidas poseería algún efecto reparador en ellas⁸⁵. En caso de que afortunadamente todavía no se haya producido ninguna irregularidad en la organización siempre cabría comentar casos de incumplimientos acontecidos en otras empresas del sector y reflejar por qué es bueno que no ocurran. Con este tipo de estrategias se contribuiría a concienciar que la delincuencia corporativa dista de ser inocua.

(iv) «Interiorizar que la delincuencia corporativa es asunto de todos»: la era del *compliance* ha implicado que sobre todos los integrantes de la organización pese un deber de denunciar internamente, a través del canal de *whistleblowing*, aquellas conductas ilícitas sobre las cuales tengan conocimiento⁸⁶ («si ves algo, di algo»⁸⁷). En manos de los empleados estará decidir si ponerse en contacto con una instancia de control (básicamente: el *compliance officer*) o bien guardar silencio. La psicología social aplicada al entorno corporativo se ha ocupado de dar respuesta a por qué los empleados, en más de una ocasión, suelen escoger la segunda de las opciones señaladas, originándose en el seno de la entidad un pernicioso fenómeno llamado «silencio organizativo»⁸⁸, esto es, la reticencia generalizada a informar sobre aquellos problemas detectados en el ámbito laboral. Este campo de estudio ha demostrado que, en el contexto empresarial, además del problemático efecto MUM⁸⁹, concurren múltiples factores que dificultan que los empleados den malas noticias, inclinando finalmente la balanza hacia el lado del silencio. Sin afán de exhaustividad, pueden

⁸⁴ VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, p. 81 ponen el ejemplo de los anuncios de sensibilización con los accidentes de tráfico que explican qué le sucedió a la víctima para así reflejar el daño causado y reproducen fragmentos de entrevistas a personas responsables de accidentes mortales en aras de mostrar qué se siente vivir con remordimiento y vergüenza tras lo sucedido.

⁸⁵ Sobre la traslación de la lógica de la justicia restaurativa a la delincuencia de cuello blanco, *vid. LUEDTEKE, D.*, «Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America», *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Law*, Vol. 9, núm. 1, 2014, pp. 311-334.

⁸⁶ El art. 31 bis. 5.4.º CP establece que los modelos de organización y gestión «impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

⁸⁷ Originariamente esta expresión se utilizó como eslogan de la campaña iniciada por el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos en aras de promover entre sus ciudadanos la denuncia de actividades sospechosas de terrorismo. Enlace: <https://www.dhs.gov/see-something-say-something>

⁸⁸ MORRISON, E. W., MILLIKEN, F. J., «Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World», *The Academy of Management Review*, Vol. 25, núm. 4, 2000, p. 707.

⁸⁹ Del inglés «mum» (silencio), es el nombre que en psicología social se le da a la reticencia de las personas a comunicar malas noticias debido a la incomodidad que supone ser el mensajero de ellas. *Vid. ROSEN, S., TESSER, A.*, «On Reluctance to Communicate Undesirable Information: The MUM Effect», *Sociometry*, Vol. 33, núm. 3, 1970, pp. 253-263.

mencionarse, entre muchos otros, los elementos emocionales negativos (p. ej., el miedo a las repercusiones negativas tras la denuncia) o el desacertado comportamiento reactivo de los líderes (p. ej., muestras de falta de interés o adopción de actitudes abusivas o represivas)⁹⁰.

Resulta, además, que la toma de conocimiento por varios empleados de la comisión de un ilícito penal puede propiciar paradójicamente que cada cual esté menos dispuesto a cursar una denuncia en comparación a cuando se obtiene noticia del delito individualmente. Este fenómeno se conoce en psicología social como «efecto espectador» (*bystander effect*): cuantas más personas presencian un hecho que demanda atención (p. ej., un accidente o la comisión de un delito), menor es la probabilidad de que alguna de ellas intervenga por pensar que incumbe al resto hacer lo propio. La responsabilidad termina por diluirse porque ningún dedo acusador apunta a un solo omitente, de modo que cada cual se descarga de su culpa individual por pensar que cualquier otro podría haber hecho algo para evitar el funesto incidente⁹¹ (nuevamente: difusión de la responsabilidad). A la larga, estas dinámicas propician un silencio sistémico tremendamente perjudicial para la compañía⁹², puesto que no sólo dificulta sobremanera que la información llegue hasta aquellos sujetos competentes para solventar los problemas advertidos, sino que, para colmo, distorsiona gravemente el estado real de las cosas. Por ello, es importante interiorizar en el seno de la mercantil que la delincuencia corporativa es asunto de todos, debido a sus consecuencias a nivel tanto individual como colectivo, y lo relevante que es informar sobre ella⁹³. Blindar un compromiso de los puestos superiores con la legalidad (otra vez: *tone from the top*), eliminar las etiquetas estigmatizadoras asociadas a los actos de denuncia (p. ej., los términos «chivato» o «delator») o contemplar mecanismos para proteger a los alertadores frente a represalias (los previstos en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de

⁹⁰ Vid. MORRISON, E. W., «Employee Voice and Silence», *The Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, Vol. 1, núm. 1, 2014, pp. 179-187; MORRISON, E. W., MILLIKEN, F. J., «Organizational Silence: A Barrier to Change and Development in a Pluralistic World», pp. 708 y ss.

⁹¹ Vid DARLEY, J. M., LATANÉ, B., «Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8, núm. 4, 1968, pp. 377-383.

⁹² MORRISON, E. W., «Employee Voice and Silence», p. 177.

⁹³ Suele afirmarse que existe una mayor predisposición por parte del trabajador a informar de conductas transgresoras cuando sus valores se alinean con los de la organización dado que es consciente de que las infracciones que tienen lugar en el seno de la empresa no son un problema ajeno sino que también le afectan. En esta línea, REGAN, M. C., «Moral Intuitions and Organizational Culture», p. 971; HASNAS, J., «Managing the Risks of Legal Compliance: Conflicting Demands of Law and Ethics», *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 39, núm. 3, 2008, p. 517.

lucha contra la corrupción) serían algunos instrumentos de utilidad para promover la denuncia de irregularidades⁹⁴. Cuánta más gente se posiciona a favor de la necesidad de tener que dar malas noticias, más elevada será la probabilidad de detección de los ilícitos penales, extremo naturalmente positivo desde un prisma disuasorio.

4. «*With a Little Help From My Friends*»⁹⁵: los nudges

4.1 EL ORIGEN DE LOS NUDGES: SOBRE CRÍAS DE ELEFANTE, MOSCAS EN URINALES Y UN PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA

Una parte importante de la literatura sobre las causas del comportamiento desviado en el ámbito corporativo tiene que ver con los sesgos, tema estrella que las ciencias del comportamiento han ofrecido a la discusión⁹⁶. Una forma habitual de explicar la naturaleza y el surgimiento de los sesgos parte de la distinción entre dos formas básicas de pensamiento: el *sistema 1* (s-1), el modo de pensamiento automático, rápido, intuitivo y poco sometido al control voluntario del agente; y el *sistema 2* (s-2), dedicado a tareas mentales más demandantes, y por lo tanto más lento, deliberativo, reflexivo o calculador. Frente a la imagen clásica del *homo oeconomicus*, cuyo comportamiento se atribuye casi exclusivamente al calculador s-2, la aportación de la psicología conductual es precisamente el redescubrimiento (empírico) del s-1, hasta el punto de que las impresiones y sentimientos generados por éste serían «las fuentes principales de las creencias explícitas y las elecciones deliberadas del sistema 2»⁹⁷. La distribución de funciones entre ambos sistemas no es ninguna patología. Al contrario, se trata de una forma especialmente eficiente de lidiar con las necesidades decisorias diarias, también en el ámbito corporativo: una vida sometida por entero al demandante proceso cognitivo del s-2 sería impo-

⁹⁴ TREVIÑO, L. K., ET AL., «Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts», p. 134 comentan que un efectivo programa de cumplimiento debe mejorar la predisposición de los empleados a dar malas noticias. Del mismo modo, VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, p. 210 comentan que todo el mundo debería sentirse seguro de hablar y compartir opiniones sobre los problemas que existen en la organización.

⁹⁵ Es el título de la canción publicada por The Beatles en el álbum *Sgt. Peppers and the Lonely Hearts Club Band*.

⁹⁶ Al respecto, con amplias referencias, CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica...», pp. 4 ss.; EL MISMO, «El Compliance como diseño del contexto decisorio: una aproximación desde la psicología conductual», en DEMETRIO CRESPO, E., (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 619-632.

⁹⁷ KAHNEMAN, D., *Pensar rápido y pensar despacio*, DeBolsillo, Barcelona, 2017, p. 35.

sible dada su lentitud y la energía que consume, razón por la cual el s-1 acaba siendo el responsable de la mayor parte de nuestros pensamientos y acciones. Lo mismo vale para el entorno empresarial: la vida corporativa diaria implica una enorme cantidad de decisiones irreflexivas, automáticas e intuitivas, de lo contrario, la actividad misma se vería constantemente interrumpida por demandantes procesos de deliberación y reflexión.

Los sesgos son, en definitiva, formas de abordar cognitivamente un problema, de tal forma que la realidad es observada de modo parcial, limitado o manipulado. Con todo, aún tratándose de un fenómeno psicológico-individual –esto es, propio del nivel micro, de los integrantes de la empresa–, el surgimiento de sesgos es particularmente frecuente en el ámbito corporativo, pues las empresas tienden a generar contextos estructurales y culturales que favorecen su surgimiento: así, por ej., en contextos de presión y estrés laboral es común que surjan sesgos relacionados con la necesidad de respuestas rápidas, automáticas, carentes del tipo de deliberación que a veces sería normativamente deseable; también contextos de «facilidad cognitiva», esto es, en los que el agente piensa que no hay nada moralmente relevante en juego y que será otro quien se encargue del riesgo o el problema (así, la «obediencia a la autoridad», o el «sesgos de especialización» o de «procedimentalismo»); como también contextos propicios para las ilusiones cognitivas, aquellas que surgen cuando la organización fomenta marcos mentales demasiado optimistas, y por tanto poco realistas en relación a los costes o a las implicación ético-normativas⁹⁸.

La cuestión que se plantea, en términos de *compliance*, es, por tanto, la siguiente: cómo es posible combatir esta clase de fenómenos cognitivos, especialmente en aquellos casos en los que de ellos pueden derivar infracciones de estándares éticos y jurídicos. Pues bien, algunos de los máximos exponentes de la economía conductual –particularmente Thaler y Sunstein– han venido desarrollando la idea de que un buen mecanismo preventivo consistiría en modificar los contextos de decisión de modo que las personas adopten las decisiones que más les convienen tanto a ellas mismas como a la comunidad en su conjunto. Si resulta que los seres humanos nos parecemos mucho más al irracional e impaciente Homer Simpson que al frío y calculador Mr. Spock y el contexto influye decisivamente en cómo nos comportamos, se trataría de alterarlo sutilmente a fin de auxiliarnos a tomar las decisiones más adecuadas. A esta sutil modificación contextual introducida se le denominó «*nudge*», en alusión al pequeño empujón ofrecido por las madres elefantes a sus crías con el

⁹⁸ CIGÜELA SOLA, J., «El Compliance como diseño del contexto decisorio: una aproximación desde la psicología conductual», pp. 620 y ss.

propósito de ayudarles a empezar a andar⁹⁹, y a la persona encargada de ponerla en práctica «arquitecto de decisión»¹⁰⁰. Tras dicha propuesta, subyacería, según Thaler y Sunstein, una lógica paternalista-libertaria: sería libertaria porque a los sujetos no se les prohíbe escoger ninguna de las opciones disponibles, lo que preserva su libertad de decisión, pero también paternalista ya que el arquitecto de decisión disfrutaría de la oportunidad de influir en la vida de la gente en orden de mejorarla¹⁰¹. Sirvámonos de un ejemplo para reflejar mejor en qué consisten los *nudges*:

En el aeropuerto de Ámsterdam-Schiphol estaban hartos de que los hombres ensuciaran los baños públicos al momento de orinar. Por culpa de este considerado comportamiento el coste de limpiar los baños de hombres era cinco veces superior al de mujeres. Cansados de esta situación, se les ocurrió una solución sencilla y barata que permitió ahorrar miles de euros a la compañía: colocar una pegatina en forma de mosca en el urinario, justo al lado del sistema de drenaje. El adhesivo aumentó la concentración y precisión de los usuarios ya que estos lo percibieron como una suerte de blanco de tiro, con lo cual, dejaron de salpicar. Este divertido ejemplo, que fue precisamente el que inspiró la filosofía *nudge* que le valió a Thaler el Premio Nobel de Economía en el año 2017, da cuenta de lo prometedor que puede llegar a ser una minúscula aunque decisiva modificación contextual efectuada en atención a cómo los humanos nos comportamos. Gracias a ello, se redujeron sensiblemente las salpicaduras y, en consecuencia, los costes de limpieza disminuyeron drásticamente.

Los *nudges* han representado una revolucionaria y atractiva forma de lograr cambios en el comportamiento de los individuos. Tal es así que esta propuesta ha sido considerada por multitud de gobiernos¹⁰², recomendada por organismos internacionales como la ONU, la OCDE o el Banco Mundial y aprovechada, en fin, para desarrollar políticas públicas suficientemente prometedoras como para lograr la realización por sus ciudadanos de comportamientos deseados: pagar impuestos, adoptar hábitos alimenticios más saludables, respetar los límites de velocidad en la carretera a fin de evitar accidentes automovilísticos, ejecutar prácticas respetuosas con el medioambiente, vacunarse contra el coronavirus o prevenir conductas que acarrear un riesgo de contagio

⁹⁹ Otra traducción al español del término *nudge* bastante común es la de «acicate».

¹⁰⁰ THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. The Final Edition*, PENGUIN BOOKS, 2021, pp. 1 y ss.

¹⁰¹ THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. The Final Edition*, pp. 6-8.

¹⁰² P. ej., el ex presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, desarrolló algunas de sus políticas públicas a partir de la filosofía *nudge*. En Reino Unido el ex primer ministro británico David Cameron tomó la iniciativa de constituir una «Unidad del Pequeño Empujón» (*Nudge Unit*) oficialmente denominada «Equipo de Conocimiento del Comportamiento» (*Behavioural Insight Team*) que todavía sigue en funcionamiento. Vid. CHAKRABORTY, A., «From Obama to Cameron. Why Do so Many Politicians Want a Piece of Richard Thaler?», *Guardian*, 2008. 1

para terceros (p.ej., no colocarse la mascarilla en un centro de salud). Tampoco el sector privado ha dejado pasar la oportunidad brindada por los *nudges* para p. ej., combatir el problema de la entrega de información falsa por los clientes de compañías de seguro o bien de conseguir que las entidades de crédito cobren las deudas acumuladas por aquellos a quienes en su día se les concedió un préstamo bancario¹⁰³.

4.2 EL USO DE *NUDGES* EN CUMPLIMIENTO NORMATIVO CON MIRAS A PREVENIR LA DELINCUENCIA CORPORATIVA

El mundo del cumplimiento normativo no ha permanecido al margen de la «revolución *nudge*». En los últimos años cada vez más académicos se han posicionado a favor de emplear los *nudges* como estrategias presuntamente baratas y efectivas para mejorar la prevención de la delincuencia corporativa¹⁰⁴. Ya se está discutiendo sobre si los *nudges* servirían para corregir algunas predecibles tendencias conductuales nocivas –como los sesgos– que pueden terminar por conducir al individuo a quebrantar la Ley. No hay que olvidar que delinquir es una decisión y lo que interesa es que se tome la contraria: acatar las normas. Introducir sutiles alteraciones en el contexto corporativo diseñadas a partir de lo aprendido gracias a las ciencias del comportamiento tal vez sea de utilidad con tal de lograr tal fin¹⁰⁵. Dado que los trabajadores, como el resto de personas, se encuentran éticamente limitados porque, a pesar de disponer

¹⁰³ Examinan muchos de los mencionados «*public nudges*» y «*private nudges*» KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., WELLS, L., «Nudging Compliance», en Van Rooij, B., Sokol, D., (eds.), *Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 554 y ss.

¹⁰⁴ Entre otros, KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3; LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 277-278; SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 79; HAUGH, T., «NUDGING CORPORATE COMPLIANCE», *American Business Law Journal*, Vol. 54, núm. 4, 2017, pp. 683-741; KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., WELLS, L., «Nudging Compliance», pp. 551 y ss.; CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», pp. 9-10; TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, pp. 225 y ss.; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Compliance y cultura ética: sesgos y *nudges*», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020, pp. 1-18.

¹⁰⁵ Combatir los sesgos y las fuerzas situacionales en la empresa no puede reducirse simplemente a explicar en los cursos de formación p. ej., cuán decisiva es la influencia que ejerce el grupo sobre sus integrantes o bien lo sobre-optimistas que irrealistamente somos a veces los seres humanos. Básicamente porque, en multitud de ocasiones, las personas ignorarán que su decisión está condicionada por un sesgo, tal como advierten SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78. Consecuentemente, aun cuando, a nivel abstracto, los trabajadores sepan bien la teoría, quizás, en el momento de la verdad, sean incapaces de identificar y, mucho menos, corregir sus tendencias conductuales nocivas. Será necesario, por eso, introducir herramientas mucho más sofisticadas como los *nudges*.

de una buena predisposición para ser moralmente correctos, muchas veces actúan de un modo inconsistente con ese deseo a causa de los distintos factores psicológicos y sociales a los que se ven expuestos en el entorno en el que se desenvuelven, el uso de pequeños empujones en cumplimiento normativo buscaría influir en su proceso de decisión a fin de encauzarlos hacia buen puerto.

Siguiendo a Haugh, cabría distinguir hasta tres categorías de *nudges* en cumplimiento normativo¹⁰⁶:

(i) *Nudges* de primer grado (o *nudges* deliberativos) que proporcionan información o recordatorios con el fin de activar el racional y sosegado Sistema 2.

El ejemplo más habitualmente citado es el de obligar a firmar declaraciones de veracidad antes de rellenar un formulario, no después¹⁰⁷. Plasmar la firma con carácter previo a leer y rellenar el documento invita a la reflexión y despierta el lado moral del individuo, fomentándose un mayor nivel de honestidad. Permitir firmar con posterioridad facilita que el empleado mienta y, una vez acople su firma, racionalice su conducta para así preservar una buena imagen de sí mismo¹⁰⁸.

Otro ejemplo de *nudge* de primer grado es el de conceder tiempos de reflexión adicionales en el momento preciso: justo antes de completar una tarea para prevenir decisiones precipitadas que, llegado el caso, sean perjudiciales (*just-in-time nudge*)¹⁰⁹. Esta es una estrategia bastante común implementada en diferentes sistemas informáticos en relación con declaraciones de impuestos, eliminación de cuentas de X (antiguo *Twitter*) o solicitud de ayudas estatales. Antes de que el formulario sea tramitado, salta en el dispositivo electrónico alguno de los siguientes mensajes (o similares): «¿Estás seguro de que quieres enviar esta solicitud?» o «¿Estás seguro de que quieres eliminar esta cuenta?». Dicho aviso brinda al usuario una segunda oportunidad para que piense con más calma que es lo que está a punto de hacer y evitar de este modo costosos errores. Como se dijo, las carreras contrarreloj, el estrés diario, el agotamiento o la falta de concentración son malos aliados al momento de realizar tareas en la empresa que requieren cierta tranquilidad y sosiego, para las cuales es bueno apelar al Sistema 2 so ries-

¹⁰⁶ HAUGH, T., «Nudging Corporate Compliance», pp. 683-741.

¹⁰⁷ HAUGH, T., «Cadillac Compliance Breakdown», p. 205; LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», p. 274.

¹⁰⁸ En más detalle, *vid.* SHU ET AL., «Signing at the Beginning Makes Ethics Salient and Decreases Dishonest Self-Reports in Comparison to Signing at the End», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 109, núm. 38, 2012, pp. 15.197-15.200.

¹⁰⁹ SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78.

go de cometer actos indeseados¹¹⁰. Incluso, podría ocurrir que el agente sea perfectamente consciente de que va a hacer algo incorrecto pero que ese tiempo de reflexión adicional le permita rumiar si realmente le compensa seguir adelante.

(ii) *Nudges* de segundo grado que o bien introducen una opción por defecto para aprovecharse del proceso de pensamiento dominante o reactivo, o bien modifican el contexto empresarial de una forma tal como para que sólo mediante un esfuerzo mental quepa superar la modificación contextual introducida.

De un lado, en este grupo se incardinaría, tomando en consideración el sesgo de *statu quo*, la introducción de opciones por defecto que se ajusten a la legalidad (p. ej., opciones *eco-friendly*) a fin de que la persona tienda a escogerlas por resultarle más cómodo y sencillo eso que no esforzarse por elegir aquella que implica cometer actos contrarios a Derecho. Y de otro, la posibilidad de diseñar espacios amplios y diáfanos en los centros de trabajo para promover vigilancia mutua entre los empleados¹¹¹, estrategia esta tan antigua que se remonta, como mínimo, al panóptico de Bentham, que tanta influencia tuvo en el diseño de espacios de control del comportamiento –disciplinarios en el lenguaje de Foucault–¹¹².

(iii) *Nudges de tercer grado que, apelando directamente al más irreflexivo Sistema 1, impulsan una previsible respuesta asociativa ante la emisión de un determinado estímulo.*

Contaría como ejemplo colgar posters de ojos observadores en los muros de los centros de trabajo con tal de generar una (falsa) sensación de vigilancia entre los empleados¹¹³. El estímulo percibido –la imagen– activaría inconscientemente en la mente del individuo una idea vinculada con éste, la de estar

¹¹⁰ Señalan SEZER, O., GINO, F., BAZERMAN, M. H., «Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior», p. 78 que cuando las personas están cansadas o atareadas confían en su Sistema 1 y es más probable que cometan actos censurables éticamente. Por su parte, LANGEVOORT, D. C., «Behavioral Ethics, Behavioral Compliance», pp. 268-269 apunta que, a nivel cognitivo, actuar de forma ética representa un duro trabajo y que el estrés y el cansancio minoran la capacidad para resistirse a quebrantar las normas.

¹¹¹ No está de más mencionar que este *nudge* parecería estar situado a caballo entre el fomento de una cultura de cumplimiento y el sistema de pura vigilancia y control. Aunque se propone configurar de un modo determinado el contexto corporativo, al final, lo que se consigue es básicamente la vigilancia entre pares.

¹¹² Una útil contextualización histórica y comparada de los «nudges» puede encontrarse en la obra colectiva KEMMERER, A., MÖLLERS, CH., STEINBEIS, M., WAGNER, G., (eds.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging*, Hart Publishing Nomos, Baden-Baden, 2016.

¹¹³ HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 9, nota a pie de página núm. 50; VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 71-72.

siendo vigilado y la necesidad de mantenerse en alerta. A esto se le llama efecto *priming*. Según investigaciones relativamente recientes, la presencia de esta clase de imágenes reduciría la probabilidad de comisión de comportamientos indeseados^{114 115}. Otra vía para sacar provecho al Sistema 1 sería la de recurrir a normas sociales. Suelen distinguirse dos clases de normas sociales: las descriptivas, que describen cómo se comporta el resto de la gente, y las prescriptivas, que dan cuenta de cómo la gente cree que se debería actuar. De lo que se trataría fundamentalmente es de emitir mensajes mediante los que se informe que o bien gran parte de la gente realiza conductas ajustadas a Derecho (p. ej., «el 90 % de contribuyentes satisface sus obligaciones fiscales») o bien que piensa que eso es lo correcto a hacer (p. ej., «el 90 % de ciudadanos españoles piensa que es bueno que se satisfagan las obligaciones fiscales»). Aparentemente ello serviría para que el individuo esté más inclinado a respetar las normas¹¹⁶. En la explicación del porqué contribuiría el llamado sesgo de conformidad (*following the herd*)¹¹⁷: como seres sociales que somos, con pretensión de ser aceptados en un grupo, a veces solemos dejarnos arrastrar por la actitud de la mayoría. En algunos campos, como el del cumplimiento de obligaciones fiscales, parece que funcionan mejor las normas sociales descriptivas que las prescriptivas¹¹⁸.

Así las cosas, los *nudges* serían formas de diseño contextual que permiten aprovechar el conocimiento que tenemos del comportamiento humano, particularmente de cómo funcionan las dos formas de pensamiento mencionadas, para conducir al sujeto o bien a deliberar e informarse más de lo que lo haría sin esa modificación –activación del sistema 2–, o bien para conducirlo hacia una determinada decisión sin que lo haga consciente –aprovechamiento del sistema 1–.

¹¹⁴ Vid. ERNEST-JONES, M., NETTLE, D., BATESON, M., «Effects of Eye Images on Everyday Cooperative Behavior: A Field Experiment», *Evolution and Human Behavior*, Vol. 32, 2011, pp. 172-178.

¹¹⁵ De nuevo el *nudge* mencionado daría la impresión de disponer de elementos tanto de fomento de una cultura de cumplimiento como de pura vigilancia y control. Bien es cierto que el método empleado tiene que ver con la modificación del contexto corporativo por medio de la introducción de estímulos visuales a fin de aprovecharse de una tendencia psicológica asociativa emergida de forma irreflexiva en el Sistema Uno del agente. Sin embargo, el efecto que se obtiene no es otro que la sensación de vigilancia, toda vez que el empleado percibe estar siendo monitorizado de igual modo que si la dirección corporativa hubiese instalado una cámara de seguridad, creyendo (erradamente) que la probabilidad de detección de sus comportamientos ilícitos es mayor que la que en realidad es.

¹¹⁶ VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, pp. 122 y ss.

¹¹⁷ THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. The Final Edition*, pp. 64 y ss., 83 y ss.

¹¹⁸ KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., WELLS, L., «Nudging Compliance», p. 560.

4.3 PUNTOS DE DISCUSIÓN

Pese a la innegable popularidad cosechada, los *nudges* no han terminado de convencer a todo el mundo. Se ha abierto así un debate, del que no han permanecido ajenos los propios Thaler y Sunstein¹¹⁹, que fundamentalmente pivotaría en torno a dos ejes: su limitada eficacia preventiva y las objeciones éticas a las que estarían sujetos.

4.3.1 *La limitada eficacia preventiva de los nudges*

A los *nudges* se le han asociado una serie de limitaciones para lograr conseguir con éxito comportamientos deseados, algunas de las cuales, han sido reconocidas por el propio Sunstein¹²⁰. Primero, su presunto efecto cortoplacista: puede que, una vez los *nudges* se acoplen a una actividad rutinaria, la gente deje de responder del mismo modo que cuando fueron introducidos por primera vez y de manera novedosa¹²¹. Segundo, su reducida capacidad para alterar determinados comportamientos: concretamente, los intencionales cuya comisión promete altos réditos personales¹²², y aquellos otros que acontecen en situaciones imprevisibles o azarosas¹²³. A ello se le uniría, en particular, la aparente dificultad de que aquellos *nudges* que se configuran desde lo aprendido sobre el efecto *prime* tengan incidencia significativa en la prevención de delitos graves¹²⁴. Finalmente, existe un riesgo de que los destinatarios del *nudges* hagan uso de tácticas cognitivas que anulen el efecto perseguido tales como *contra-nudges*¹²⁵ o racionalizaciones¹²⁶.

Tomemos como ejemplo las desagradables e impactantes imágenes insertas en las cajetillas de tabaco junto con los avisos sobre los peligros de su consumo (p. ej., cáncer de pulmón, cardiopatías, etc.)¹²⁷. Esta clase de imágenes bus-

¹¹⁹ En THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. The Final Edition*, pp. 309 y ss. se dedica la quinta y última parte del libro, titulada «Departamento de quejas», a responder las principales críticas formuladas contra los *nudges*.

¹²⁰ SUNSTEIN, C., «NUDGES THAT FAIL», *Behavioural Public Policy*, Vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 4-25.

¹²¹ KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., WELLS, L., «Nudging Compliance», p. 563.

¹²² KANTOROWICZ-REZNICHENKO, E., WELLS, L., «Nudging Compliance», p. 564.

¹²³ KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3.

¹²⁴ VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, p. 75.

¹²⁵ SUNSTEIN, C., «NUDGES THAT FAIL», pp. 11 y ss.

¹²⁶ HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 13.

¹²⁷ VID. FONG, G., HAMMOND, D., HITCHMAN, S., «The impact of pictures on the effectiveness of tobacco warnings», *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 87, 2009, pp. 640-643.

can despertar en el potencial fumador un efecto rechazo, bien para que no empiece a fumar, bien para que abandone este insano hábito. Pero dicha imagen, tras meses o incluso años consumiendo tabaco, quizás pierda el impacto del primer día. Además, lo más seguro es que el fumador empedernido la ignore directamente. Y no sólo eso: es posible que el potencial fumador se valga de mecanismos cognitivos para lidiar psicológicamente con los riesgos que fumar acarrea (p. ej., «total, de algo hay que morir», «Santiago Carrillo fumaba todos los días y falleció con 97 años»).

En rigor, la limitada eficacia preventiva de los *nudges* ni mucho menos obliga a prescindir de ellos. Más bien, justifica un par de cosas: que los *nudges* no son la panacea y que estos no deben permanecer estáticos.

Acerca de lo primero: ni los *nudges* ni ninguna otra medida de cumplimiento normativo pretenden prevenir por sí mismas la delincuencia corporativa. Como señala Killingsworth, los sistemas de gestión de cumplimiento son una gran caja de herramientas y ninguna de ellas hace sola todo el trabajo¹²⁸. Donde no llegue una determinada herramienta, puede que sí llegue otra, por eso, hace falta contemplar varias, tanto de vigilancia y control como de fomento de una cultura de cumplimiento, y garantizar su debida armonía en tanto componentes de un sistema de prevención que son. En cualquier caso, habrá que explorar el potencial de los *nudges*, verificando en qué terrenos pueden resultar realmente útiles y en cuáles no, y ser muy prudentes a la hora de querer extrapolar los resultados alcanzados en estudios empíricos llevados a cabo sobre estos mecanismos en campos distintos al cumplimiento normativo, dado que puede que estos sean operativos en un ámbito pero no en otro.

Por otro lado, tampoco es bueno que los *nudges* permanezcan estáticos. Con tal de preservar su eficacia y evitar que queden obsoletos, será preciso actualizarlos regularmente y pensar en nuevos e innovadores enfoques, como podría ser, p. ej., su combinación con herramientas de inteligencia artificial en caso de ser aplicados en entornos digitales¹²⁹. Es más, cuanto menos inalterada permanezca la plantilla de la empresa, porque los trabajadores sean siempre o casi siempre los mismos al no variar mucho las personas que desempeñan labores en la mercantil, más dinámicos deberán ser los *nudges* a fin de lograr sus propósitos. No hay que olvidar, en definitiva, que los *nudges* en cumplimiento

¹²⁸ KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3. También VAN ROOIJ, B., FINE, A., *The Behavioral Code. The Hidden Ways the Law Makes Us Better... Or Worse*, p. 216 comentan que lo que ellos llaman el *behavioral code* no opera a través de un solo mecanismo.

¹²⁹ Vid. CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., PONCE SOLÉ, J., «Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 28, 2022, pp. 225-258.

normativo han de ser aplicados con precisión quirúrgica, en el momento preciso y siempre que se den una serie de circunstancias concretas ¹³⁰.

4.3.2 *Las objeciones éticas contra los nudges*

Queda claro, conforme a lo explicado en el apartado anterior, que es preciso analizar qué *nudges* son útiles, ni que sea limitadamente, en aras de reducir riesgos de incumplimiento y, en su caso, en qué medida. Pero, independientemente de que sean más o menos operativos, hace falta también reflexionar acerca de las objeciones éticas que se han formulado contra su uso y analizar bien cuáles de ellos superarían los filtros necesarios como para que su implementación sea considerada moralmente aceptable. Las principales objeciones éticas relativas al uso de *nudges* planteadas hasta el momento podrían clasificarse en dos grandes grupos: objeciones éticas respecto a los propósitos perseguidos y objeciones éticas respecto a los medios utilizados ¹³¹.

Comencemos con las objeciones éticas respecto a los propósitos perseguidos. El principal objetivo que teóricamente los *nudges* perseguirían es el de mejorar el bienestar de la ciudadanía. Con tal fin, los *nudges* ayudarían a la persona a llegar hasta donde ella desea llegar. Es decir, satisfacer sus preferencias. Los *nudges* responderían, según sus ideólogos, a un paternalismo de medios, no de resultados. Thaler y Sunstein lo ilustran comparando la función de los *nudges* con la de un GPS que guía al conductor hasta aquel destino que él mismo ha escogido, sin imposibilitarle seguir por otro camino cuando así lo desee ¹³². El problema, de acuerdo con algunos autores, es que las preferencias de la gente no siempre son idénticas. P. ej., habrá quien realmente desee integrar en su día a día hábitos alimenticios saludables; en cambio, otros preferirán comer comida basura por priorizar el placer instantáneo a, a largo plazo, su estado de salud. Y lo problemático es que los *nudges*, careciendo de respaldo empírico, presumirían cuál de las opciones disponibles sería la preferible, de modo que, en rigor, quien

¹³⁰ KILLINGSWORTH, S., «Behavioral Ethics: From Nudges to Norms», p. 3.

¹³¹ En lo que sigue, nos limitaremos a reproducir someramente el debate ético que los *nudges* han suscitado. En mayor profundidad, entre otros, *vid.* HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», pp. 14 y ss.; DE QUINTANA MEDINA, J., «What is wrong with nudges? Addressing normative objections to the aims and the means of nudges», *Nueva Época*, núm. 25, 2021, pp. 24 y ss. BOVENS, L., «THE ETHICS OF NUDGE», en Grüne-Yanoff, T., Ove Hansson, S., (eds.), *Preference Change. Approaches from philosophy, economics and psychology*, Springer, New York, pp. 207 y ss.; SCHMIDT, A. T., ENGELEN, B., «The ethics of nudging: An overview», *Philosophy Compass*, núm. 15, 2020, pp. 1-13. También véanse las contribuciones de la primera parte de la obra de KEMMERER, A., MÖLLERS, C., STEINBEIS, M., WAGNER, G., (EDS.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging*.

¹³² THALER, R. H., SUNSTEIN, C. R., *Nudge. The Final Edition*, p. 312.

decidiría lo que es bueno para sí mismo no sería, como tal, el individuo al que desea ayudarse sino el arquitecto de decisiones que lo daría por hecho.

Esta crítica ciertamente merece ser atendida en campos en los que las alternativas disponibles son perfectamente legítimas y la elección de una u otra algo absolutamente válido (p. ej., tanto está permitido comer un plato de verduras como una bolsa de patatas fritas). Pero en el ámbito del cumplimiento normativo, particularmente el penal, pierde fuerza. En los negocios basta con echar un ojo al articulado penal para hacerse una idea de qué es lo correcto a hacer¹³³. Desde luego habrá quien considere que lo que más le merece la pena es estafar a clientes, contaminar el medioambiente u omitir introducir las mínimas medidas de seguridad en los centros de trabajo. Sin embargo, semejante alternativa, aunque esté disponible, no sería aceptable, fundamentalmente porque se hallaría prohibida al vulnerar intereses de terceros, con lo cual, no suena tan controvertido que los *nudges* pretendan alejar al individuo de ella. De hecho, en este ámbito, tampoco serían estrategias tan novedosas: piénsese, de nuevo, en el ejemplo de la arquitectura panóptica.

Continuando con las objeciones éticas respecto a los medios utilizados, se ha denunciado esencialmente las debilidades de los *nudges* más intrusivos –los dirigidos al Sistema 1– por sus riesgos para algunos de los principios o conceptos clásicos del orden jurídico. Los *nudges*, se argumenta, serían intervenciones demasiado manipuladoras y opacas en su funcionamiento como para resultar compatibles con el respeto a la autonomía y la dignidad de sus destinatarios. Y es que, por mucho que no bloqueen las opciones disponibles ni modifiquen los incentivos y desincentivos disponibles, lo cierto es que «tratan» al agente decisor más como un objeto al que conducir que como un sujeto racional o deliberativo. Otro tipo de objeciones son de naturaleza política: los *nudges* han sido criticados también por expresar una concepción del Estado como un «*nanny state*» –o una «*nanny corporation*», para nuestro tema– por asumir funciones educativas hasta el grado de infantilizar al destinatario a quien se conduce, mediante manipulaciones, hacia su propio bien¹³⁴. Se trata, como resulta obvio, de críticas dirigidas al aspecto paternalista de este tipo de regulaciones¹³⁵, que no afectan a todos los *nudges* por igual, y que no afectan

¹³³ HEATH, J., «Business Ethics and Moral Motivation: A Criminological Perspective», p. 596.

¹³⁴ VOLKMANN, U., «Nudging, Education, Paternalism: A Philosophical Perspective from the Old Europe», en Kemmerer, A., Möllers, C., Steinbeis, M., Wagner, G., (eds.), *Choice Architecture in Democracies Exploring the Legitimacy of Nudging*, Hart Publishing, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 143.

¹³⁵ Así, por ej., VOLKMANN, U., «Nudging, Education, Paternalism: A Philosophical Perspective from the Old Europe», pp. 141-161.

en absoluto a aquellos que apelan al Sistema 2 y que promueven la reflexión¹³⁶. A decir verdad, estos últimos son los que menos reparos han generado y cuya generalización parece menos problemática¹³⁷.

Muchos son los puntos meritorios de discusión que la crítica reproducida plantea. Por razones de espacio, únicamente señalaremos algunos de ellos. Primero, habría que reflexionar, desde las bases de la filosofía moral, sobre el tan debatido concepto de «autonomía» a fin de entender qué significa exactamente ser un agente autónomo¹³⁸. Y, a partir de aquí, explorar si, en términos contra-fácticos, faltando los *nudges*, el individuo realmente sería más autónomo que con ellos o si, por lo contrario, continuaría encontrándose bajo la influencia de sesgos y fuerzas situacionales que pondrían en tela de juicio algo así, cosa que debería restar capacidad de rendimiento a la crítica abordada. Otra cuestión relevante es la de si ciertos *nudges*, que se dice que funcionan mejor «en la sombra»¹³⁹, respetan suficientemente el llamado principio de publicidad¹⁴⁰ como para que quepa esquivarlos por la persona sobre cuyo comportamiento se pretende influir. En último término, cabe apuntar que los *nudges* suelen ser, en general, alternativas mucho menos intrusivas que las prohibiciones expresas de comportamientos indeseados. Desde esta óptica, sería bueno analizar si acaso tiene sentido que los *nudges* generen tanta incomodidad y si, en su caso, algunos de ellos deberían disfrutar de cobertura legal con miras a ser implementados por estimar que estos, en el fondo, acarrearán una importante limitación de derechos fundamentales.

III. EXCURSO A MODO DE CONCLUSIÓN: LA PREVENCIÓN CORPORATIVA MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO DEL HECHO

Tras el esbozo realizado sobre algunas de las principales tendencias en materia de prevención corporativa, uno podría hacerse la siguiente pregunta: ¿qué tiene todo esto que ver con el Derecho Penal y, concretamente, con el Derecho Penal del hecho? De primeras, la respuesta es: algo, pero poco. En

¹³⁶ HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 16; DE QUINTANA MEDINA, J., «What is wrong with nudges? Addressing normative objections to the aims and the means of nudges», pp. 28-29.

¹³⁷ Este tipo de *nudges* serían una buena herramienta para introducir elementos informativos que enriquezcan el proceso de deliberación y decisión en el ámbito empresarial; al respecto, CIGÜELA SOLA, J., «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», p. 10.

¹³⁸ Vid. BUSS, S., «Personal Autonomy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, pp. 1 y ss.

¹³⁹ HAUGH, T., «The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics», p. 15.

¹⁴⁰ GROSSERIES, A., «Publicity», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, pp. 1 y ss.

realidad, en el ámbito corporativo hechos antijurídicos y culpables, en sentido estricto, sólo encontramos en los comportamientos individuales que eventualmente realizan los tipos de la parte especial; del lado de la persona jurídica, encontramos otro tipo de injustos –no personales, sino estructurales–, que se corresponden con un concepto de «hecho» desnaturalizado, especialmente si lo que queremos es integrar en él dinámicas estructurales y culturales como las aquí expuestas¹⁴¹.

En esta línea, las medidas preventivas que, según lo expuesto, integran la cultura corporativa están situadas en una fase muy anticipada respecto de aquella en la que entra en juego el principio del hecho: aquellas afectan al diseño y desarrollo de los contextos de decisión corporativa, de modo que un deficitario desarrollo de estas –o incluso su total ausencia– en modo alguno puede calificarse como «hecho penal» de la persona jurídica. Dicho de otro modo: la incorrecta prevención de sesgos no constituye una infracción de un deber penal por parte de la persona jurídica –un hecho penal, por tanto–, sino, a lo sumo, un elemento más del injusto estructural que podríamos atribuirle en caso de que ello hubiera tenido influencia en el delito individual eventualmente cometido. En ese sentido, la prevención cultural en las corporaciones es un fenómeno que se da más allá del principio del hecho.

Lo anterior es, por otra parte, un botón de muestra más de una tendencia generalizada, diagnosticada desde hace décadas por la doctrina, por la que estaríamos transitando de un Derecho Penal del hecho a otro paradigma, condensado en la idea de un «Derecho Penal del riesgo» o uno «del conflicto»¹⁴². La idea fundamental es que el Derecho Penal lleva tiempo manejando formas de imputación y –en lo que aquí interesa– de prevención que se basan en un concepto de «hecho» más bien maleable y blando; a aquél ya no sólo le interesan los comportamientos inmediatamente conectados con el daño o la lesión, sino todo un conjunto de realidades –contextos, dinámicas culturales, climas, peligros– que tienen que ver con el conflicto en sentido amplio, pero cuya conexión con el hecho delictivo *stricto sensu* es más bien indirecta y en ocasiones hasta remota (piénsese en la relación entre el lenguaje sexista en una corporación y los delitos sexuales en que puedan incurrir sus integrantes). La lógica que existe detrás de ese tránsito tiene que ver, como ha expuesto Zabel, con la idea de seguridad y dominación del riesgo. Esa lógica proyecta sobre la

¹⁴¹ Razón por la cual autores como SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», *REDEPEC*, Vol. 1, 2023, p. 10 ss., vienen hablando de «estados de cosas peligrosos» y no de hechos. Con amplia bibliografía, *vid.* CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 297 ss.

¹⁴² Por todos, ZABEL, B., *Das Ordnung des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017.

prevención de la delincuencia corporativa la necesidad de una intervención en dos niveles: el de los hechos individuales y el de los contextos corporativos. Que el principio del hecho sufra una devaluación en este último constituye una consecuencia directa del tipo de fenómenos cuyo control se pretende.

Ahora bien, si el principio del hecho individual sirvió, entre otras cosas, para delimitar dogmáticamente qué tipo de conductas pueden constituir objeto de criminalización y cuáles no, a estas alturas sólo podemos advertir que carecemos de un principio semejante para hacer lo mismo con las personas jurídicas. Si el presente trabajo tenía como objetivo esbozar las estrategias preventivas que, en el plano cultural, permiten un mejor control del riesgo organizativo, resulta que la pregunta dogmática que ello abre para el futuro es cómo delimitar, de la infinita gama de estrategias, aquellas que incumben a la persona jurídica –como organización– y aquellas que exceden su esfera de responsabilidad¹⁴³. En realidad, hasta que no delimitemos ese extremo el concepto mismo de sanción colectiva permanecerá en la oscuridad –al no quedar claro su objeto–, y por extensión todo el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas.

¹⁴³ ZABEL, B., «¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad», *InDret* 1/2018, pp. 9 y ss.

LA CERTIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL

ARMANDO SÁNCHEZ-MÁLAGA *

En el presente artículo se analiza la relevancia de los procesos de certificación privada y pública de los programas de cumplimiento o modelos de prevención de delitos de las empresas. Se hace referencia a la relevancia que la certificación puede tener en el proceso penal. En base a algunos ejemplos de la legislación española, peruana y chilena, se aborda cuatro asuntos puntuales: el concepto de certificación, la certificación como mecanismo de garantía del particular, las formas de certificación según el momento y la entidad interviniente, y algunos posibles usos de la certificación en el proceso penal.

I. INTRODUCCIÓN

Según una concepción tradicional, el Estado tiene como rol proteger la libertad de las personas, evitar en la medida de lo posible la comisión de delitos y, en suma, promover una convivencia pacífica entre sus ciudadanos. Para lograr dichos objetivos, dispone de herramientas como el Derecho Penal y, particularmente, la normativa sobre cumplimiento normativo. Pawlik sostiene con acierto que «la principal tarea del Derecho y, sobre todo, del Derecho penal consiste en asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas». A partir de ello, el Estado permite a los

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio en Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados.

individuos «una configuración de su propia existencia que esté libre de un temor paralizante y de una heterodeterminación abrumadora»¹.

Por su parte, la empresa privada puede ser concebida como una estructura generadora de riesgos. La empresa implica organización, distribución de competencias, asignación de responsabilidades y establecimiento de procesos. Asimismo, según su actividad y las relaciones que emprenda con sus socios de negocios, se verá involucrada necesariamente en situaciones que ponen en cuestión, no pocas veces, intereses merecedores de protección por parte del ordenamiento penal. Uno de los riesgos más relevantes de la actividad empresarial consiste en que alguno de sus órganos (directivo, técnico o ejecutor) cometa un delito cuya responsabilidad pueda ser trasladada al ente colectivo. En ese marco, durante décadas y desde el derecho corporativo, se ha discutido la necesidad de implementar en las empresas políticas de organización y, específicamente, de buen gobierno corporativo, que generen una cultura de cumplimiento normativo y eviten la comisión de actos ilícitos –incluidos los delitos–.

Hoy asistimos a un proceso de cambios sustanciales en la organización de las actividades empresariales y financieras, que conlleva la aplicación de nuevas lógicas de prevención administrativa del delito que involucran cada vez más la participación del sector privado². Se entiende entonces que las tareas de prevención y sanción del delito entendidas como potestad exclusiva del Estado sean objeto de un fenómeno de parcial descentralización del control de riesgos penales en la empresa, generando un impacto en la valoración de los elementos del delito, la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas, y la posibilidad de persecución penal³. Lo que sí resulta difícil de asumir es que se imponga un deber de cooperación de los ciudadanos para el mantenimiento de un Estado de Derecho de libertades como propone Pawlik: «A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades»⁴.

Una primera forma a través de la cual el Estado pretende incentivar la contribución de los particulares con la tarea de prevención de riesgos es la regulación. La regulación es una forma de control, a través de principios, reglas y estándares, que gobierna el comportamiento del mercado y las conductas de

¹ PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona (Atelier), 2016, p. 36.

² CARLOS DE OLIVEIRA, A. C., «Blanqueo de capitales», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 640.

³ Cfr. SILVA-SÁNCHEZ, J. M. /ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Introducción al Derecho Penal Económico-Empresarial», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, pp. 27 ss.

⁴ PAWLIK, M., 2016, p. 43.

las empresas e individuos que participan de la actividad económica. Entre sus fines, se encuentran mantener la confianza en el mercado, proteger a los inversionistas y preservar la integridad del sistema. El medio para lograrlo es la creación de incentivos que reduzcan el riesgo de incumplimiento normativo de los agentes económicos, así como el establecimiento de medidas coercitivas propias del poder estatal⁵. Otra vía más intensa consiste en la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la cual el legislador expresa una amenaza directa a los particulares⁶. Cuando Nieto Martín señala que el Derecho penal «ha sido el último invitado a esta fiesta corporativa de la autorregulación»⁷ hace referencia al surgimiento de normas que, por un lado, regulan la responsabilidad de la empresa⁸ por actos delictivos cometidos por sus representantes e incluso por sus trabajadores, y, por otro lado, establecen mecanismos de defensa de la empresa que, por lo general, denominan «programas de cumplimiento» o «modelos de prevención».

Al ser el objeto central de este breve estudio la certificación o validación de los modelos de prevención o programas de cumplimiento, es necesario atender a la distinción entre la autorregulación normativa y la autorregulación declarativa⁹. Es en esta segunda en la que me concentraré a continuación. Más allá de la discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que no es objeto de análisis en este artículo, la certificación de los modelos de prevención de delitos como mecanismo para lograr la exoneración de responsabilidad penal corporativa y los límites de su aplicación merecen un análisis detenido a efectos de evitar la proliferación de programas aparentes o meramente estratégicos (*make up compliance*) en un marco jurisprudencial que es proclive a ampliar los pilares del delito corporativo como la actuación en provecho de la entidad y el grado de pertenencia del infractor a la organización¹⁰.

El objeto del presente artículo es analizar la relevancia de los procesos de certificación pública y privada de los modelos de prevención, y su impacto en

⁵ Al respecto, ver *ICA Certificate in Compliance. Course Manual*, 4.^a ed., Londres (International Compliance Training Ltd.), 2016, pp. 3 y 16.

⁶ NIETO MARTÍN, A., «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2017, p. 167.

⁷ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en Kuhlen et al. (ed.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid (Marcial Pons), 2013, p. 26.

⁸ En España, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por primera vez a través de la LO 5/2010.

⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Compliance», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 110.

¹⁰ NIETO MARTÍN, A., «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2017, p. 170.

el proceso penal. En esa línea, me concentraré a continuación en cuatro asuntos puntuales: el concepto de certificación, la certificación como mecanismo de garantía del particular, las formas de certificación según el momento y la entidad interviniente, y algunos posibles usos de la certificación en el proceso penal. Cuando resulte pertinente, haré breve mención a algunos ejemplos recogidos de las regulaciones española, peruana y chilena.

II. CONCEPTO DE CERTIFICACIÓN

La certificación o validación de los modelos de prevención de delitos implica la realización de un procedimiento por parte de un tercero ajeno a la empresa que tiene como objetivo establecer el cumplimiento de ciertos parámetros y requisitos, en algún caso legales, por parte de la persona jurídica y su alta dirección. No quisiera limitar el concepto de certificación al otorgamiento de una constancia de superación de un test predeterminado por una entidad de normalización. Por ello, me parece importante distinguir el concepto restringido de un concepto amplio de certificación.

El concepto restringido comprende la certificación como la simple evaluación de la conformidad, esto es, como el proceso que realiza un tercero ajeno a la empresa mediante el cual verifica la conformidad de la empresa, de sus productos, procesos, sistemas de gestión o servicios con los requisitos definidos en una herramienta concreta de especificaciones técnicas¹¹. En suma, la certificación se limita a la valoración del cumplimiento por parte de la empresa de un estándar específico, como podría ser la certificación de una entidad especializada o la certificación de una norma ISO.

En materia penal empresarial, los procesos de certificación más comunes son los referidos a sistemas de gestión de compliance penal y antisoborno. Entre los estándares específicos de referencia relacionados al cumplimiento normativo se encuentran: i) la norma UNE 19601 de Sistemas de gestión de Compliance penal, que está orientada a fomentar en la empresa una cultura de prevención de delitos y reducir su exposición al riesgo penal; ii) la norma ISO 37001 de Sistemas de gestión antisoborno, que especifica los requisitos para establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un sistema de gestión para la prevención de la corrupción y el soborno en la empresa; iii) la norma UNE 19602 de Sistemas de gestión de Compliance Tributario, que contiene los requerimientos para un sistema de gestión orientado a la identifica-

¹¹ Al respecto, ver: <https://www.aenor.com/certificacion/en-que-consiste-la-certificacion>.

ción y prevención de los riesgos en materia tributaria, entre los que se encuentra el riesgo de fraude tributario; y iv) la norma ISO 37301 de Sistemas de Gestión de Compliance, que busca reforzar en las empresas las iniciativas vinculadas a la gobernanza y al compromiso con la gestión del cumplimiento de las obligaciones relevantes. Las normas ISO, como es el caso de la ISO 37301 en su sección 9.1., establecen que la organización debe establecer, implementar, evaluar y mantener procesos de monitoreo sobre el funcionamiento de su modelo de prevención, procesos que se configuran como una primera línea de defensa frente al riesgo y que serán objeto de validación por el certificador imparcial. Ello intentaría alejar la evaluación de la conformidad a un proceso meramente formal.

Ahora bien, resulta mejor atender a un concepto amplio de certificación que la entienda como un proceso de validación de la idoneidad de los modelos de prevención de delitos, esto es, de la existencia y funcionamiento efectivos de los elementos esenciales del cumplimiento normativo en la empresa sin limitarse a la conformidad con un estándar específico. En esa línea, la verificación de la idoneidad del modelos de prevención implica por lo menos analizar los tres pilares básicos del cumplimiento normativo en la empresa: i) valorar la evidencia objetiva acerca de la existencia de cultura de cumplimiento en la empresa (por ejemplo, a través de la aplicación de las normas internas a los órganos directivos y la aprobación de un presupuesto específico para el área de cumplimiento normativo); ii) valorar la elaboración y, de ser el caso, actualización de un perfil de riesgos de la empresa, que incorpore procesos específicos de identificación, evaluación y prevención; y iii) valorar la implementación y puesta en funcionamiento de los elementos mínimos que ha de contener el modelo de prevención según la normativa estatal correspondiente.

III. CERTIFICACIÓN COMO MECANISMO DE GARANTÍA

En el marco de un sistema normativo en que se introducen fórmulas de autoregulación coaccionada, la certificación aparece como una vía o mecanismo de garantía que podrían utilizar las personas jurídicas para reducir el riesgo de ser imputadas y eventualmente condenadas ante la comisión de delitos por parte de sus órganos o, al menos, para contar con elementos de descargo en un posible proceso penal. En esa medida, existe relación entre las razones por las que las empresas adoptan un modelo de prevención de delitos y la mayor valoración que se proporciona a la certificación, más allá de la concreta regulación que exista sobre la materia.

La normativa peruana sobre cumplimiento normativo puede ser comprendida como una fórmula de autorregulación coaccionada, en la que «el Estado a través de sanciones positivas o negativas incentiva la autorregulación»¹². Así, se valora la existencia de un interés por parte de las empresas de adoptar programas de cumplimiento o modelos de prevención de delitos a efectos de evitar colocarse en un riesgo de condena de acuerdo con lo establecido en la Ley Núm. 30424, pero no se les sanciona, al menos directamente, por no implementar dichos modelos. Algunos autores sostienen que lo que tienen las empresas son incumbencias, entendidas como el interés de la persona jurídica en disponer de una defensa para evitar *ex ante* una eventual atribución de responsabilidad penal. Según Montiel, el incumplimiento de dichas incumbencias no trae como consecuencia una sanción penal o de otra naturaleza, sino la caducidad de una posibilidad de defensa¹³. Por su parte, Sánchez-Ostiz describe a la incumbencia como «una suerte de obligación de menor entidad, débil, o funcional, en cuanto encaminada a determinar y precisar otra obligación, que sería de carácter “fuerte”, en cuanto claramente expresada» y añade que en este caso el destinatario de la norma goza de un amplio margen de libertad de acción esperándose que sea él quien detalle la norma de conducta¹⁴. En consecuencia, cuando existe una incumbencia, no se establece un deber de cumplimiento categórico¹⁵, sino se limitan las posibilidades de defensa de la empresa a efectos de excluir su responsabilidad penal por el hecho delictivo cometido por su directivo, representante o trabajador¹⁶.

Las razones por las que las empresas adoptan modelos de prevención de delitos pueden ser de naturaleza ética, económica y legal. Con relación a las razones de naturaleza ética, estas podrían operar en aquellas estructuras en las que la alta dirección guíe sus decisiones por imperativos categóricos bajo el principio de que toda persona «existe como fin en sí mismo y no solo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en sus acciones, no solo las dirigidas a sí

¹² NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 36.

¹³ MONTIEL, J. P., «¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho Penal?», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2014, p. 9.

¹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Imputación e incumbencias en Derecho penal», en *Política criminal*, Vol. 12, Núm. 24 (diciembre 2017), Art. 15., pp. 1211-1227.

¹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona (Atelier), 2013, p. 71.

¹⁶ Ver más en: SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., «Compliance: ¿autorregulación o deber?», en *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*, 2018.

mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales»¹⁷. Al respecto, considero necesario tener en cuenta que la existencia de motivos morales para el cumplimiento normativo es independiente a cualquier decisión o accionar de lo público, a lo que se suma el hecho de que el sentido de una empresa es generar riqueza en el marco de la legalidad y esto podría concretarse a través de medios, que, siendo legales, podrían colisionar con criterios morales de un determinado grupo. En otras palabras, para el Derecho no es necesariamente relevante si el agente económico, en este caso la alta dirección de la empresa, actúa bajo un imperativo categórico, según el cual representa sus acciones por sí mismas como objetivamente necesarias sin referencia a ningún otro fin, o si lo hace bajo un imperativo hipotético en el que se representa la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera)¹⁸. Asimismo, es quizás la lógica del imperativo hipotético la que guíe mejor un sistema de incentivos económicos que traiga como resultado la adopción más eficiente de modelos de prevención de delitos.

Con relación a las razones de naturaleza económica, más allá de que un amplio sector considere superada la teoría del análisis económico para explicar la decisión de delinquir de los agentes económicos, las propias concepciones que se basan en la economía del comportamiento y verifican la existencia de sesgos cognitivos en la dinámica corporativa¹⁹ no niegan que la actividad empresarial tiene como un importante motor la generación de utilidad. En ese sentido, es posible entender que los motivos económicos tienen alta relevancia al momento de valorar si se adopta un programa de cumplimiento y en qué términos se adopta. Las empresas podrán tener en cuenta la existencia de incentivos estatales (como el otorgamiento de beneficios tributarios, de ventajas en la realización de trámites ante entidades del Estado, de subsidios, entre otros), así como la existencia de exigencias provenientes de la legislación de los países de los que dichas empresas son originarias (como la obligación de contratar únicamente con sujetos extranjeros que cuenten con un programa de cumplimiento).

Ahora bien, parece que son las razones legales las que tienen un lugar central en la toma de decisión acerca de la adopción del programa de cumplimiento. En el caso peruano, la implementación y puesta en marcha de modelos de prevención ha sido impulsada con la entrada en vigencia de la Ley

¹⁷ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 16.ª ed., Madrid (Espasa Calpe S. A.), 2004, p. 102.

¹⁸ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 16.ª ed., Espasa Calpe S. A., 2004, p. 83.

¹⁹ Al respecto, ver SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Introducción al Derecho penal económico-empresarial», en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 32.

Núm. 30424 – Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal, su Reglamento y los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado de Valores en esta materia. Estas normas establecen un sistema en el que las personas jurídicas son responsables administrativamente por determinados delitos cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias; por la persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas antes mencionadas, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización; o la persona natural antes señalada cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en primer lugar han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. En otro apartado, la norma peruana establece que la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de determinados delitos si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión; a lo que añade que es inaplicable la referida eximente cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica, caso en el que el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento.

Posiblemente la existencia de este sistema legal sea esta la razón más fuerte que ha llevado en el caso peruano a que las empresas implementen modelos de prevención de delitos, capaciten a su personal y busquen certificar determinados procesos (a través de normas como ISO 37001, que regula el protocolo de gestión antisoborno), aún cuando el Art. 49 del Reglamento de la Ley Núm. 30424 otorga expresamente un valor meramente referencial a la certificación.

IV. FORMAS DE CERTIFICACIÓN

Según el momento y la entidad interviniente, podemos distinguir procesos de certificación del modelo de prevención de delitos que se realizan antes de la comisión del delito (*ex ante*) y que se encuentran a cargo de entidades

particulares que pueden tener o no reconocimiento del Estado y la validación estatal de la idoneidad del programa que se realiza luego de cometido el hecho delictivo (*ex post*) y que puede estar a cargo de los órganos del sistema de justicia penal, de los peritos del sistema de justicia o de una institución ajena al mismo. El caso chileno hasta ahora vigente era un ejemplo de ordenamiento jurídico en el que el Estado otorga reconocimiento a la certificación *ex ante* del modelo de prevención, en el caso español existe una entidad del Estado que acredita a las certificadoras (ENAC) y tanto en el caso español como en el peruano el Estado lidera los procesos de validación *ex post* de la idoneidad del modelo y valora entonces solo de forma referencial los resultados de los procesos particulares de certificación. La diferencia entre el caso español y el caso peruano es que, mientras en el primero es el propio sistema de justicia penal el que se encarga de validar la idoneidad del modelo de prevención, con los efectos que ello conlleva para la valoración probatoria, en el caso peruano se ha encargado a un tercero, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), la realización de dicho examen. Presento algunas características de los tres sistemas legales que podrían ser útiles para el análisis de las formas de certificación y la identificación de sus ventajas y dificultades.

Según el modelo español, la certificación *ex ante* del modelo de prevención a manos de particulares no cuenta con reconocimiento del Estado, mientras que la validación *ex post* del modelo estará a cargo de los órganos del sistema de justicia penal, los cuales efectuarán el análisis de idoneidad como parte del proceso de verificación del cumplimiento de las cuatro condiciones establecidas por el artículo 31bis del Código Penal español para los casos de delitos cometidos por los representantes legales u órganos de decisión de la persona jurídica: i) que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; ii) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; iii) que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y iv) que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de control. Para el juicio de idoneidad exigido por la normativa española no resulta suficiente la existencia de una certificación privada previa. Al respecto, la Fis-

calía General del Estado, mediante la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme con la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, establece que es el órgano del sistema de justicia penal el que deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, entre los que se encuentran la identificación de riesgos, el establecimiento de protocolos de prevención, la implementación de modelos de gestión de recursos financieros, la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos al órgano de vigilancia, el establecimiento de un sistema disciplinario y la realización de una verificación periódica del modelo. Para coadyuvar con dicha tarea, la Fiscalía General del Estado ha establecido una serie de criterios de valoración de la eficacia de los modelos de organización y gestión, entre los que se encuentran: i) evitar que la mera adopción de un modelo constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica; ii) valorar la importancia de la toma de decisiones de los órganos directivos y empleados y en qué medida es una expresión de su cultura de cumplimiento; iii) valorar el compromiso y apoyo de la alta dirección de la empresa, a partir de lo cual puede presumirse la ineficacia del programa cuando un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito; iv) en los supuestos en los que el delito fue cometido por un sujeto en beneficio propio con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, valorar que el modelo establezca altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto; v) otorgar especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia empresa; vi) tener en cuenta que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo, pero este puede quedar seriamente entredicho según la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal; vii) analizar el comportamiento de la empresa en relación con anteriores conductas para deducir su voluntad de cumplimiento y en qué medida el delito representa un acontecimiento ajeno a su cultura de cumplimiento; viii) evaluar las acciones llevadas a cabo por la persona jurídica para sancionar internamente el hecho. El caso español muestra ventajas al establecer el valor referencial y no determinante de la certificación privada y al disponer la necesidad de que los órganos del sistema de justicia penal sean los que valoren la eficacia del modelo de prevención de delitos. Ahora bien, aun cuando cuenten con un catálogo de directrices para la valoración establecido por la Fiscalía General del Estado, podría echarse de menos la intervención de expertos en valoración de riesgos que trasciendan el análisis jurídico penal.

En el modelo chileno, la Ley 20393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El artículo 4.º de la norma vigente a la fecha establece un principio de validez de las certificaciones particulares que puedan efectuar las empresas de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos antes de la eventual comisión de un delito por parte de sus órganos. Al respecto, la ley establece como requisito que en el certificado conste que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos legalmente en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. A continuación precisa la norma que «los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador». Al tratarse de una verdadera transferencia de competencias del Estado, la norma puntualiza que «se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación (...) cumplen una función pública». Esta norma ha sido modificada recientemente por la Ley 21595, Ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente. La modificatoria, que entrará en vigencia el 01 de septiembre de 2024, suprime la mención a la certificación y establece en el nuevo artículo 4.º que el modelo de prevención efectivamente implementado por la persona jurídica es adecuado para los efectos de eximir la de responsabilidad penal cuando, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle, considere seria y razonablemente la identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que impliquen riesgo de conducta delictiva; el establecimiento de protocolos para prevenir y detectar conductas delictivas, los que deben considerar canales seguros de denuncia y sanciones internas para el caso de incumplimiento; la asignación de uno o más sujetos responsables de la aplicación de los protocolos que estén dotados de facultades efectivas de dirección y supervisión y acceso directo a la administración de la persona jurídica; y previsión de evaluaciones periódicas por terceros independientes. Puede valorarse positivamente del modelo chileno vigente la existencia de agentes especializados en la valoración de modelos de prevención de delitos y el funcionamiento de un órgano fiscal que regule esta materia. La modificatoria de su normativa parecería atender a la preocupación en torno al posible conflicto de intereses, al ser el mismo órgano particular que certifica el modelo el que luego pueda intervenir en el patrocinio de personas jurídicas o físicas en el proceso penal.

En el modelo peruano, el artículo 17.º de la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal,

establece los requisitos de implementación del modelo de prevención. En un sentido similar al de la norma española, la ley establece un listado de elementos mínimos del modelo de prevención, entre los que se encuentran el nombramiento de un encargado de prevención que ejerza su función con autonomía, la elaboración de un perfil de riesgos, la implementación de procedimientos de denuncia, la difusión y capacitación periódica del modelo y la evaluación y monitoreo continuo del mismo. Existe a su vez un reglamento de la ley, que deberá ser modificado por mandato de la Ley 31740, que hasta la fecha dispone que, estando al principio de autorregulación, el modelo de prevención puede ser complementado con otros elementos como políticas para áreas específicas de riesgos (como pagos de facilitación, hospitalidad y contribuciones a campañas políticas), registro de actividades y controles internos, integración del modelo en los procesos comerciales de la persona jurídica, designación de un órgano auditor interno, implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y la mejora continua del modelo. Con relación a la validación de la idoneidad del modelo, debe distinguirse tres momentos en la normativa peruana. Inicialmente la ley, en una línea similar a su par chilena aún vigente, dispuso que el modelo de prevención podía ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en la ley, y que el reglamento establecería la entidad pública a cargo de la acreditación de los terceros que certificarían, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención. En un segundo momento, la ley estableció que el fiscal, para formalizar investigación penal, debía contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que analizara dos aspectos: implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Este informe, a diferencia de las certificaciones particulares, tenía valor probatorio de pericia institucional. Es más, a diferencia del modelo español y en una supuesta intervención en la autonomía del Ministerio Fiscal, la norma disponía que, si el informe técnico de la SMV establecía que la implementación y funcionamiento del modelo antes de la comisión del delito era adecuado, el fiscal debía disponer el archivo de lo actuado mediante decisión debidamente motivada. En esa línea, en mayo de 2021, la SMV publicó un documento denominado «Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención», en el que se establecen directrices para, por un lado, orientar a las personas jurídicas en la implementación y funcionamiento de los cinco elementos mínimos del modelo de prevención del delito y, por otro lado, establecer las pautas para la emisión del informe técnico que solicite el fiscal. Entre otros elementos, este documento

proporciona un listado referencial de acciones y ejemplos que podrían adoptarse para evidenciar el compromiso y apoyo firme del órgano de gobierno, de administración, alta dirección de la persona jurídica o quien haga sus veces (por ejemplo, aprobar protocolos de prevención, participar en las capacitaciones, establecer una partida presupuestaria diferenciada para el modelo, establecer incentivos para su cumplimiento adecuado, etc.). Luego hace referencia muy específica a aquello que sería objeto de evaluación al verificar la idoneidad del modelo. En un tercer momento, la norma vigente, recientemente introducida por la Ley 31740, pretendería reforzar la autonomía de la Fiscalía y establece que el fiscal para formalizar la investigación preparatoria, siempre que la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención, deberá seguir contando con un informe técnico de la SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención con relación al delito imputado a la persona natural, aunque elimina la vinculatoriedad de dicho informe. La norma mantiene la condición de pericia institucional del informe de la SMV y establece que este será valorado con los demás elementos probatorios incorporados en la investigación o el proceso.

En el modelo peruano, valoro positivamente el detalle técnico de los lineamientos establecidos para la validación estatal del modelo de prevención de delitos. Más allá de que la potestad de la SMV haya sido modificada, la regulación ya existente tiene un alto valor referencial. A modo de ejemplo, con relación al perfil de riesgos, el organismo supervisor deberá verificar que la persona jurídica haya cumplido con cuatro etapas. En primer lugar, una etapa previa, en la que deberá haber definido las funciones y responsabilidades operativas, los procesos operativos y la responsabilidad de supervisión de estas actividades u operaciones, determinando las áreas o unidades orgánicas responsables. Una segunda etapa de identificación de riesgos, en la que deberá haber revisado e identificado las actividades, operaciones y/o procesos que tienen una mayor exposición al riesgo de comisión de delitos, así como aquellas conductas que puedan incrementar o crear nuevos riesgos, a fin de conocer sus posibles consecuencias en caso de materializarse. Una tercera etapa de evaluación y análisis de riesgos, en la que la persona jurídica deberá haber materializado un examen sistémico que le permita determinar (en términos cuantitativos y/o cualitativos) la probabilidad de que se materialicen los riesgos inherentes, así como la magnitud de sus consecuencias o efectos en caso de llegar a materializarse, a fin de establecer los niveles de prioridad que debe asignarse a cada uno de ellos. Finalmente, una etapa de mitigación de riesgos, en la que la persona jurídica, sobre la base de la identificación, evaluación y análisis de los riesgos inherentes a sus actividades u operaciones, deberá haber

asumido e implementado controles y medidas de prevención, detección o corrección proporcionales, razonables y adecuadas. A mayor detalle, con relación al encargado de prevención, la norma técnica establece que el supervisor deberá verificar que aquel fue designado por el máximo órgano de gobierno y tiene como función principal velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención; así como asegurar el cumplimiento de las políticas y objetivos del modelo de prevención, labor que debe estar investida de autonomía, autoridad e independencia. Podrá entonces verificarse, de forma referencial, si el encargado de prevención cumple con criterios mínimos como conocimiento de la organización, experiencia, solvencia moral y honorabilidad, y solvencia económica. Asimismo, con relación al procedimiento de denuncia, la norma técnica establece que el supervisor deberá verificar que aquel contiene: i) un canal de denuncias que permita el reporte de cualquier intento, sospecha o comisión de delitos, así como cualquier acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo; ii) mecanismos de protección para el denunciante que sean claros y concretos, y que aseguren la no represalia, discriminación o sanción por denuncias interpuestas de buena fe; iii) esquemas de incentivos para motivar el compromiso y la participación de sus colaboradores y directivos, de sus socios comerciales y partes interesadas, cautelando en todo momento que estos no produzcan un efecto contrario al esperado, ni que se fomente la utilización inadecuada del canal de denuncias; iv) un procedimiento de investigación interna; y v) medidas disciplinarias que resulten proporcionales y razonables, orientadas a la disuasión de actos contrarios al modelo de prevención. Por otra parte, con relación a la difusión y capacitación del modelo de prevención, el supervisor deberá verificar que la persona jurídica capacita periódicamente y difunde el modelo de prevención en todos los niveles de la organización y, de corresponder, a los socios comerciales y partes interesadas. Finalmente, con relación a la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención, el supervisor deberá verificar que la persona jurídica monitorea y revisa la adecuación de su modelo de prevención e implementa las mejoras y correcciones que sean necesarias, acciones que deben reflejarse documentalmente.

V. USO DE LA CERTIFICACIÓN

La certificación puede traer consecuencias positivas en el valor de mercado y el valor reputacional de las empresas dependiendo del sector de actividad y contexto de los negocios. Sin embargo, me interesa reflexionar muy breve-

mente en torno a los efectos que la certificación puede tener en el proceso penal. El valor probatorio de la certificación en el proceso penal está directamente vinculado con la clase de organización o institución que la emita. Si se trata de certificaciones realizadas por instituciones del Estado o por particulares previamente autorizados y regulados por el Estado, el valor probatorio podría ser relevante. En cambio, si se trata de certificaciones a cargo de particulares que no tienen un vínculo o reconocimiento del Estado, su valor probatorio puede ser mínimo, salvo que se trate de un caso en el que el delito haya sido cometido justo después del otorgamiento de la certificación²⁰.

En España, la Fiscalía General del Estado, mediante la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme con la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, ha establecido que las certificaciones sobre la idoneidad del modelo de prevención expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones «podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial». En la misma línea se pronuncia la normativa peruana. Acerca de la certificación privada, el artículo 49.º del reglamento establece que la SMV en la emisión del informe técnico adicionalmente puede tener en cuenta la existencia de las certificaciones relacionadas a sistema de gestión de riesgos, gestión de Compliance o sistema de gestión anti soborno, que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del exterior.

Más allá de la regulación legal vigente en los países objeto de estudio, debe tenerse en cuenta la importancia de cautelar los derechos y garantías de un debido proceso, en el que la controversia sobre la configuración de un delito y la imputación de responsabilidad penal es de naturaleza jurídica. No se trata de una mera evaluación de gestión corporativa o de cumplimiento de requisitos formales. En ese sentido, en ningún caso debería ocurrir que la certificación de un agente particular acredite la eficacia del modelo de prevención de delitos o sustituya la valoración que únicamente le corresponde a los órganos del sistema de justicia penal y, en su caso, a los peritos del sistema judicial. Del mismo modo, difícilmente una certificación particular realizada por agentes no necesariamente reconocidos por el Estado, en un momento y contexto por lo general no relacionados con el hecho delictivo, podría reunir requisitos

²⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Compliance», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 110.

mínimos que cualquier evidencia deba tener para ser valorada en el proceso penal. Si bien pueden servir de referencia o de elemento indiciario, la admisión a debate y la valoración probatoria sustantiva de una certificación particular pondría en cuestión principios de la prueba como el de igualdad y oportunidad, el de inmediación en la apreciación, el de contradicción en su actuación y el de objetividad.

VI. CONCLUSIÓN

El proceso de descentralización del control de riesgos penales se viene consolidando en distintos ordenamientos jurídicos, como el español, el chileno y el peruano. Ello ha conllevado el desarrollo de normativa que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, la construcción de criterios de imputación penal contra las personas jurídicas, el establecimiento de eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, los requisitos para la implementación y funcionamiento de modelos de prevención de riesgos penales. Sobre esto último, en el ámbito regulatorio de los distintos ordenamientos jurídicos, se vienen desarrollando distintos lineamientos y directrices que tienen como objetivo orientar a las personas jurídicas en la implementación y funcionamiento de los elementos mínimos del modelo de prevención de delitos y establecer las pautas para orientar a los operadores de justicia y a su soporte técnico (sean peritos, instituciones de la Administración o particulares autorizados por el Estado) en el proceso de validación de la eficacia del aludido modelo. En el presente artículo se ha analizado la relevancia de los procesos de certificación pública y privada de los modelos de prevención de delitos de las empresas y se ha puesto en evidencia que la certificación de estos modelos es un mecanismo al que pueden recurrir las empresas para plantear su pretensión de exoneración de responsabilidad penal corporativa, pero que encuentra límites derivados de la naturaleza jurídica de la decisión penal, así como de las garantías de un debido proceso. La delimitación de sus requisitos y efectos es un mecanismo útil para evitar la proliferación de programas aparentes o meramente estratégicos.

REQUISITOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: ELEMENTOS PERSONALES Y ELEMENTOS DEL HECHO

JULIO GONZALO MIRANDA *

En el marco del estudio de la responsabilidad penal por el hecho en un Estado Social y Democrático de Derecho, el análisis en términos dogmáticos recae habitualmente sobre la aplicación del derecho penal en cuanto este se expresa en sentencias dictadas en orden a las leyes penales respecto de acontecimientos pretéritos objeto de un juicio.

Sin embargo, la problematización de este principio basal de la aplicación penal se adelanta muchas veces durante el proceso judicial, lo cual agrava las dificultades ya que este recae sobre personas que gozan de la presunción de inocencia.

El tema que desarrollo tiene rendimiento para erradicar un derecho penal de autor y para definir, en cuanto decisión política, los estándares de prueba que deben ser tenidos en cuenta, por ejemplo, para el dictado de la medida de coerción más grave de nuestro sistema: la prisión provisional.

Si el hombre no delinque en cuanto es sino en cuanto obra; si el Derecho penal ha de sancionar al hombre por realizar una conducta humana («acción» reputada delictiva en la descripción normativa de un tipo legal), pero nunca por meros pensamientos o cualidades psicológicas, ideológicas, raciales o, en general, personales. Es decir, si estamos frente a la perspectiva del *Derecho Penal de Hecho* (de acto), se entiende que lo principal es la lesión al orden jurí-

* Doctor en Derecho. Universitat de Barcelona. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra. Magíster en Sistema de Justicia Penal, Universidad de Lleida. Abogado, Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado, Universidad de Buenos Aires. Fiscal General Federal, Ministerio Público Fiscal, Argentina. jgmiranda@derecho.uba.ar.

dico o al orden social debiendo otorgarse menor importancia a las características personales del autor.

Así, los elementos personales deben ser considerados secundarios, ya que por sí solos carecen de entidad para dar cumplimiento a presupuestos de aplicación de la pena; y nos encontraríamos, en caso contrario, frente a un *Derecho Penal de Autor*.

Por ello, si la actuación penal es solo la respuesta al hecho individual y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan de este (v.gr., ante la causal aún vigente en la legislación del encarcelamiento preventivo para la «evitación de reiteración delictiva»), jamás puede ser saludable considerar nuevas hipótesis de pena tomando como punto de referencia para habilitar la sanción condiciones personales, características estructurales o historias personales.

Finalmente, si el Derecho penal no castiga la personalidad, la forma de ser o la pertenencia del sujeto a un determinado grupo, sino solo hechos, con la aplicación de este principio se sanciona estrictamente la conducta ilícita, no la personalidad del delincuente.

Ahora bien, más allá de cuanto pueda opinarse acerca de la prisión provisional en cuanto no puede ser considerada legítimamente pena pero sí lo es a poco que se estudien las funciones que desempeña y la aflicción que produce, el estudio de las particularidades del adelantamiento de la aplicación de un derecho penal de autor durante el proceso debe ser observado bajo el prisma de la presunción de inocencia que está regulada, constitucional y legalmente, con un solo punto de no retorno, la sentencia condenatoria firme, que es lo único que desvirtúa la presunción. Hasta entonces, para todos los efectos (prueba, coerción, tratamiento) el imputado es inocente.

Y ello es así aun si este confesara desde un inicio un crimen ofreciendo las pruebas de su comisión. Para el derecho vigente, la persona de todas maneras es inocente hasta la condena firme.

Me opongo en tal sentido a las tesis de la graduación aunque las pruebas (y no solo los indicios) indiquen culpabilidad plena, ya que lo contrario implicaría no comprender la epistemología del proceso penal, por confundir el grado probatorio y la confirmación de la hipótesis acusatoria con las funciones que debe cumplir un principio como el de inocencia, que no cede, aunque sea falso, hasta la sentencia condenatoria firme.

El derecho penal de autor encuentra pese a ello en el proceso resquicios para entrometerse y, so pretexto de que aún no es pena, los derechos fundamentales terminan jugando *contra reo*. En la prisión provisional se verifica

aquel fundamentalmente cuando es decidida para evitar el peligro de reiteración delictiva.

También debe advertirse acerca del grave riesgo para las garantías penales, en especial respecto del principio de responsabilidad penal por el hecho, señalándose que la lógica de aquellas teorías que fundamentan la reacción estatal punitiva únicamente en la situación de peligrosidad podría terminar prescindiendo de la determinación de los tipos delictivos, de la prohibición de la analogía y de la irretroactividad de la ley penal favorable¹. Y ello llevaría a la renuncia del derecho penal del hecho hacia un derecho penal de autor.

Por ello es importante atender a esta problemática desde el primer momento del proceso. No solo en la aplicación del derecho sustantivo que ocurre recién en la sentencia. Antes podemos discutir si el proceso penal es ya pena. O si la prisión provisional lo es anticipadamente. No podemos negar que, cuanto menos, la afectación de derechos es similar sino mayor. La propia «pena del proceso»² se incorpora sin dificultad a la dimensión afflictiva de la sanción, ya que la «carga» del proceso penal³ se observa asimilada.

Puede afirmarse que, incluso sin que ocurran violaciones procesales o agravamientos ilícitos de las condiciones de detención⁴, el componente afflictivo de la actuación estatal ya es muy alto a partir de la privación de derechos sufrida durante el proceso⁵, y es aún mayor cuando es utilizada para ello la prisión provisional.

El presente trabajo se propone identificar elementos del hecho y elementos de la personalidad del sujeto en la decisión sobre el encarcelamiento preventivo, con miras a comprender la problemática que subyace. Dichos elemen-

¹ RÍOS CORBACHO, J. M., «Los fines de la pena a través del cine: aspectos filosóficos y penales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.15, 2011, p. 435, nota 36.

² PASTOR, D., «Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal», *JpD*, núm. 49, 2004, p. 66; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 149; MONTERO AROCA, J., «La ausencia del imputado en el proceso penal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 557, también advirtió que cuando se discutieron las excepciones a la necesaria presencia del acusado en el juicio oral tal excepción ha obedecido al «deseo de evitar los perjuicios que la presencia obligatoria ocasionaría al imputado, mayores (...) que la propia pena».

³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, p. 150.

⁴ Cfr. el vasto trabajo de campo de VACANI, P., *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Tomo I: Prisión Preventiva*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 2015, pp. 97 ss., que sistematiza los diversos modos de «trato punitivo» que se verifican en las cárceles.

⁵ Entre otras, la STS 1045/2013 sostuvo que dado que la pena es por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. También las SSTs 934/1999, 283/2003, 391/2011, 52/2015, 151/2015, 332/2015 reconocen que incluso la libertad provisional, por sí, es una medida de naturaleza restrictiva, con independencia de que sus efectos sean más o menos intensos atendiendo a las circunstancias personales del afectado (se incluyen, por ende, las comparecencias periódicas obligadas durante el proceso).

tos, que funcionan como datos, están normalmente identificados con circunstancias como la escala penal amenazada; la posibilidad o no de prever una condena de ejecución condicional; la falta de residencia; la ausencia de arraigo familiar y/o de trabajo o negocios; las facilidades para dejar el país o mantenerse oculto; la declaración anterior de rebeldía. También el sometimiento a proceso o cese de prisión provisional anterior; el comportamiento previo en otro proceso; la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que la ley penal prevé para juzgar la reincidencia; la personalidad; la tendencia a delinquir y a sustraerse al rigor de la ley; ciertos hábitos de vida; ciertas frecuentaciones; los antecedentes penales; la naturaleza de las imputaciones; etc.

Los decisores entienden muchas veces que la relación entre esos datos y la conclusión constituye una plausible argumentación sobre razonables juicios de prognosis⁶. En ocasiones son los propios jueces quienes alegan que tales datos son idóneos como indiciarios, aun en casos en que no son contemplados por la legislación, remontándose explícita o implícitamente a ciertas máximas de experiencia que sustentarían su uso en las inferencias⁷; pero en muchas otras oportunidades son los propios textos legales los que sugieren o establecen catálogos de datos como los mencionados⁸.

Sin embargo, considero que debe descartarse la posibilidad de utilizar esos antecedentes como presuntivos *iuris* y su idoneidad inferencial en términos probatorios dependerá de que sean aptos como datos indiciarios, lo cual requerirá de la presencia de un respaldo fáctico justificado. En otras palabras, es insoslayable una fundamentación empírica, y no normativa, que cimiente la regla de paso del dato indiciario a la pretensión, para que esa regla constituya una genuina máxima de experiencia⁹.

El hecho de que los textos legales proporcionen catálogos como el mencionado es a estos efectos del todo irrelevante en términos epistémicos. Que tal o cual dato sea o no idóneo para inferir de él la presencia de otro hecho (por caso, la peligrosidad procesal), fungiendo como prueba, es una cuestión por completo independiente de cualquier listado plasmado en la legislación¹⁰.

Como ha sostenido el Tribunal Constitucional (TC), las resoluciones deben encontrarse motivadas y explicar cómo llegan en cada caso a la convicción

⁶ DEI VECCHI, D., *Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar*, Buenos Aires (Ad-Hoc), 2015, p. 145.

⁷ *Ibidem*, p. 145.

⁸ Es el caso, a título meramente ejemplificativo, del nuevo Código Procesal Penal Federal argentino, al menos en lo relativo al peligro de fuga, por el cual se establece un listado.

⁹ DEI VECCHI, D., 2015, p. 147.

¹⁰ *Ibidem*, p. 147.

positiva de la existencia de ese riesgo que justifica la adopción de la medida, cuando esta representa la más grave intromisión que puede realizarse en el derecho a la libertad de una persona (detención intramuros). Y de ellas debe deducirse «si el peligro conjurado era real» o «meramente presumible en abstracto en función de frecuencias estadísticas»¹¹. En este último caso se afectaría el principio de responsabilidad por el hecho.

La enumeración de elementos a tener en cuenta –que ha sido incorporada por diversos cuerpos normativos¹² para servir de base a los jueces en la apreciación de este riesgo– ha mejorado la delimitación legal del supuesto pero, para una parte de la doctrina concentrada en razones epistemológicas sobre la prueba, este listado solo aporta posibles indicios que no constituyen un verdadero estándar de prueba adecuado para la delimitación del peligro¹³. Desde esta perspectiva serían meros ejemplos de algunas circunstancias que el juez puede analizar para realizar una ponderación de la situación fáctica existente de cara a considerar el riesgo. A ellas pueden añadirse otras que no fueron consideradas por el legislador.

Es válido sostener que esta mayor explicitación de indicios sí sirvió hasta aquí para erradicar progresivamente la importancia dada con preeminencia a la gravedad del hecho o a la escala penal prevista para el delito por el que se acusa. Entre aquellas circunstancias que suelen apreciarse en la práctica con mayor o menor grado de ponderación –muchas veces descritas hoy por los propios legisladores pero, en general, contempladas directamente por los jueces más allá de la legislación– encontramos: la naturaleza del hecho¹⁴, la gravedad de la pena, las circunstancias personales del imputado (arraigo¹⁵ patrimonial,

¹¹ STC, Sala 2.ª, 62/2005, de 14 de marzo de 2005. Cfr. BENAVENTE, C./OUBIÑA BARBOLLA, A., «Prisión provisional: ¿Una solución a los malos tratos?», *InDret*, núm. 4, 2005, p. 8.

¹² Artículo 503.3 LECrim: «Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido. (...) Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores»; o el similar artículo 221 del nuevo CPP argentino.

¹³ FERRER BELTRÁN, J., «Los estándares de prueba en el proceso penal español», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007, p. 11.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., «La necesaria reforma de la prisión provisional», *DLL*, núm. 5411, 2011, p. 1325, ejemplifica que, a diferencia de los asesinatos terroristas, v.gr., los homicidios no suelen provocar la ocultación del homicida. También la pertenencia a una organización delictiva.

¹⁵ No es un criterio válido para disponer el riesgo de fuga la falta de arraigo de un sujeto. Esa falta de arraigo, es decir, de domicilio fijo, puede llevar al juez a disponer una libertad provisional con comparencias periódicas, pero actualmente se dispone de medios más que suficientes para poder localizar a una persona que no tenga residencia fija. MÁLAGA DIÉGUEZ, F., «El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal», *Justicia 2002*, Barcelona (Bosch), 2002, p. 204, describe el arraigo como un cúmulo

profesional, familiar¹⁶, social; la facilidad de movimientos: nacionalidad¹⁷, edad y estado de salud¹⁸, conexiones con otros países, medios económicos; antecedentes¹⁹, requisitorias), la incomparecencia injustificada en el mismo o en otro proceso –o falta de disponibilidad–²⁰ y la fuga intentada o consumada en el mismo proceso²¹.

También suele contemplarse «el estado de la causa». En función del momento del proceso en que se plantee la petición de prisión provisional, el grado de información fiable disponible por el tribunal puede ser diverso. En este sentido, la doctrina del TC asume que en los primeros momentos de la investigación los datos de los que disponga el juzgador puedan ser escasos o confusos y admite que se pueda decretar la prisión provisional a pesar de esa menor fiabilidad.

Respecto a otra de las referencias aludidas habitualmente tenida en cuenta, no debe pasarse por alto aquí la apreciación de la posibilidad difusa de que las circunstancias personales pueden ser utilizadas en un doble sentido: ¿es acaso una persona sin recursos más proclive a fugarse por no contar con arraigo²², o lo es aquella con gran disponibilidad económica para procurarse una nueva vida?²³

de circunstancias personales del imputado que denotan un vínculo entre este último y un ámbito territorial determinado.

¹⁶ *Ibidem*, p. 206, menciona los supuestos de cónyuge, hijos menores o personas de edad avanzada que conviven o pueden encontrarse a cargo del imputado. Asimismo, pueden constituir un indicio para este autor y para la STC 304/2000 de 11 de diciembre los vínculos que el encausado pueda tener en otro país.

¹⁷ Ha sostenido la STC 164/2000, de 12 de junio, que la condición de no nacional puede constituir un indicio relevante de riesgo de fuga si el extranjero se encuentra de paso, o si está en situación irregular y carece de trabajo y domicilio fijos en el país donde tramita el proceso penal.

¹⁸ MÁLAGA DIÉGUEZ, F., 2002, p. 203, sostiene que ni una ni otra pueden constituir indicios de riesgo de fuga pero sí pueden valorarse como contraindicios que excluyan dicho riesgo en un caso concreto. Así, v.gr., un mal estado de salud puede impedir que el acusado intente huir.

¹⁹ Según MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *Ibidem*, p. 208, este elemento no está referido a los antecedentes determinantes de reincidencia sino más bien al análisis del punto en que la conducta del imputado en el pasado permite sospechar que tratará de sustraerse a la acción de la Justicia si permanece en libertad.

²⁰ El legislador español ha considerado como motivo suficiente *per se* para presumir que concurre un riesgo de fuga y que procede la prisión provisional por tal motivo el dato de que el imputado ya se hubiera sustraído en ocasiones anteriores a la acción de la Justicia: en concreto, cuando hubieran sido dictadas en los dos años anteriores al menos dos requisitorias para el llamamiento y búsqueda del imputado por cualquier órgano judicial, en relación con otros procesos penales (art. 503.1.3.º a) III LECrim. En estos casos ni siquiera rige la exigencia de que el delito tenga asignada una pena cuyo máximo sea igual o superior a los dos años de prisión.

²¹ Como afirma MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *Ibidem*, p. 199, «nada puede haber más indicativo de un riesgo de fuga que el propio intento de practicarla».

²² Según MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *Ibidem*, p. 207, la carencia de trabajo puede servir como indicio de riesgo de huida, mientras que lo contrario puede valorarse como determinante de arraigo.

²³ Ello atento al costo que implica generar una nueva vida, radicarse e incluso obtener una nueva identidad y subsistir fuera de su ámbito laboral o económico previo; además del riesgo de aplicar supuestos de un derecho penal de autor por tomar el modo de vida del investigado como justificación para encar-

Nieva Fenoll²⁴ sostiene que no basta con un riesgo de fuga leve, sino que este tiene que ser grave, evidente y no fundamentado en una simple conjetura, debiendo el juez explicar motivadamente con qué medios podría eludir la acción de la justicia el imputado²⁵, aun reconociendo que no puede obligarse a que el juez acredite una «certeza», puesto que el cálculo del riesgo casi siempre se traducirá en una hipótesis sin premisas, es decir, sin auténticas razones.

La CIDH ha señalado que una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando estuviera establecida en la ley²⁶.

La justificación del riesgo de fuga, más allá de la disposición de los medios antes enumerados, es extremadamente compleja, puesto que solo en caso de que el imputado haya protagonizado una fuga anterior –o al menos un intento– podrá sostenerse con contundencia el nuevo peligro. Incluso en caso de que otros miembros de la misma banda criminal hayan optado por la evasión²⁷, se estaría haciendo responsable a una persona de las culpas de otro mediante un juicio sumarísimo –como el que implica la decisión sobre la medida cautelar– que habitualmente se realiza mediante un procedimiento y una motivación sumamente débil, si se lo compara con la regulación del verdadero juicio penal, pese a las consecuencias muy graves –cercanas a las de una condena– que acarrea la medida.

Para la jurisprudencia europea, el riesgo de repetición de delitos es una causa compatible con el artículo 5.3 CEDH²⁸, en tanto se ha sostenido incluso que la mera gravedad de una imputación puede permitir a los jueces la presunción de que el sospechoso cometerá nuevas infracciones²⁹, no requiriéndose

celarlo. Para NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III. Proceso penal*, Madrid (Marcial Pons), 2017, p. 285, además, ninguna de estas circunstancias superarían ni en lo más mínimo un análisis de riesgo a cargo de los profesionales de la materia, los psicólogos de la personalidad, que habrían de invertir días en su evaluación.

²⁴ *Ibidem*, pp. 285 ss.

²⁵ El artículo 503.1.3.a) LECrim ofrece algunos parámetros para asistir al juez en esta evaluación, pero estos o son absolutamente ambiguos («naturaleza del hecho») o bien es difícil, en puridad, relacionarlos con el riesgo de fuga más allá de tópicos («situación familiar, laboral y económica del reo»).

²⁶ CIDH, Informe Núm. 84/10, caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010. Consideró, además, que el hecho de que tal presunción se aplique en función de un pronóstico de la pena constituye una violación al derecho a la presunción de inocencia.

²⁷ NIEVA FENOLL, J., 2017, p. 287.

²⁸ El TEDH, pese a que en el CEDH no hay una norma específica que establezca esta causal de prisión provisoria, la convalidó en los precedentes *Matznetter* y *Guzzardi*. En el primer caso tuvo en cuenta la continuidad de los actos reprochados, el daño causado y la nocividad del acusado, como la experiencia y capacidad de este para cometer nuevos delitos. En el segundo caso, sostuvo que los posibles delitos que podría cometer el acusado debían ser concretos y específicos.

²⁹ STEDH «Clooth» de 12 de diciembre de 1991, «Toth» de 12 de diciembre de 1991 y, sobre todo, «W. c. Suiza» de 26 de enero de 1993.

datos objetivos sobre el riesgo futuro (basándose, por ende, en una presunción). Esta conclusión resulta a mi juicio desafortunada, ya que lo que caracteriza a esta clase de peligros, como probabilidad del evento dañoso, refiere a ciertas condiciones personales del individuo³⁰.

Nieva Fenoll³¹ sostiene que este supuesto requiere un plus sobre los anteriores³² y es que la personalidad del individuo debe ser evaluada en la resolución. Pero el juez no es un psicólogo experto para hacerlo, por lo que será preciso someter al imputado a pruebas psicológicas sobre la probabilidad de «reincidencia» (que existen ya para algunos delitos, como la violencia de género o los delitos sexuales, pero que deberían ser ampliadas a otros casos con un seguimiento psicológico posterior del que el legislador tampoco habla)³³.

Como analiza Ragués i Vallès³⁴, la posibilidad de utilizar la prisión provisional como un auténtico medio de prevención de delitos debe apreciarse junto con la posibilidad de una grave conculcación de garantías individuales (libertad personal y presunción de inocencia)³⁵. Esto encuadraría al instituto en el fenómeno del «Derecho penal del enemigo»³⁶ por ser –además de la conculcación de garantías señalada– una «legislación de lucha» contra determinados perfiles criminales que se hallarían descritos en el propio texto de la ley³⁷.

El Derecho penal vigente ha excluido a los imputables peligrosos de la posibilidad de aplicarles cualquier medida de seguridad³⁸, siendo la pena por

³⁰ DEI VECCHI, D., 2015, p. 94. Lo que ha de probarse, se dice, es la personalidad proclive, la inclinación del individuo hacia la delincuencia o el accionar socialmente lesivo. De ello se deduce la incertidumbre jurídica al respecto, ya que tal inclinación o proclividad puede significar tanto que ha hecho tal o cual cosa en el pasado o, por el contrario, que probablemente hará tal cosa en el futuro.

³¹ NIEVA FENOLL, J., 2017, p. 291.

³² La pista de ese plus la ofrece el ordenamiento italiano, que obliga a observar diversas circunstancias, pero especialmente «la personalidad del imputado derivada de su comportamiento» (art. 274 CPP).

³³ NIEVA FENOLL, J., 2017, p. 292, además «la seguridad del juez debe ser máxima».

³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prisión provisional y prevención de delitos. ¿Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid (Edisofer), 2006, pp. 714-715.

³⁵ También NIEVA FENOLL, J., 2017, p. 290; BENAVENTE, C./OUBIÑA BARBOLLA, A., *InDret*, núm. 4, 2005, p. 8.

³⁶ En el sentido desarrollado en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Madrid (Civitas), 2006, pp. 19 ss.

³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prisión provisional...» en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, 2006, pp. 714-715; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La Prisión Provisional*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2004, pp. 19-20.

³⁸ Estas han sido declaradas inconstitucionales por el TC ya que «No caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado previamente culpable de la comisión de un ilícito penal» (STC 23/1986 de 14 de febrero), por lo que también lo sería la prisión provisional adoptada si es considerada una medida de esta naturaleza. Por lo tanto se constituyen en un instrumento de prevención especial, que en nuestro sistema democrático solo puede aplicarse como reacción a la comisión de un delito que revele peligrosidad en su autor –medidas de seguridad postdelictuales– y nunca como previsión anticipativa del mismo –me-

el delito cometido la única consecuencia penal posible para estos, habiendo renunciado el legislador a fundamentar cualquier medida penal en la mera peligrosidad criminal del sujeto. Si ello no es posible cuando el sujeto ya ha sido condenado por la previa comisión de un delito, menos podrá serlo cuando el antecedente de esta sea la mera presunción de que lo ha cometido³⁹. El Estado debe garantizar la seguridad ciudadana mediante otro tipo de políticas públicas, no instrumentalizando a los ciudadanos. Además, si así se actúa en relación con los sospechosos de un ilícito, no habría mayores obstáculos para permitirlo respecto de cualquier ciudadano⁴⁰.

Por su parte, la utilización de la prisión provisional con una finalidad simbólica que reemplace al prolongado desarrollo del proceso y al tardío dictado de una sentencia, característicos del sistema, no puede redundar en un perjuicio mayor al que el propio proceso conlleva para los investigados. Además, el hecho de que el acusado sea finalmente condenado no puede tener incidencia en la razón que debe identificar si en el momento en que se adoptó la prisión provisional existía un riesgo concreto, real y cierto. Por todas estas razones, la prisión provisional no es el instrumento más idóneo para luchar contra ilícitos penales especialmente sensibles para la sociedad⁴¹.

Cuando no se busca proteger a una víctima concreta no está en riesgo este proceso en concreto, sino la peligrosidad del acusado. Y cuando sí se persigue ello, debe contemplarse la posibilidad que brinda el artículo 544 ter (orden de

didas de seguridad predelictuales que están prohibidas—, como las que en su día se permitían en la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

³⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «La pretensión de configurar la prisión provisional en los casos de peligro de reiteración delictiva como una medida de seguridad. Posibles alternativas a la fundamentación de la misma», en Zugaldía Espinar, J. M./López Barja de Quiroga, J. (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, Madrid (Marcial Pons), 2004., p. 1356.

⁴⁰ Pese al argumento señalado por la Corte Suprema de los EE. UU., que sostiene que «las sanciones de encarcelamiento preventivo no son impuestas a todas las personas que se consideran peligrosas, solo a aquellas que están sometidas a persecución penal. Así, es la presencia de la culpabilidad que surge desde la imputación aún no demostrada la que actúa como disparadora de la detención» (cfr. la opinión de Rehnquist en *US v. Salerno*, 481 US 739, 746-747 –1987), obsequiando un peligroso valor de culpabilidad a la mera imputación de un ilícito. Conforme explica BOVINO, A., *Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo*, *Foro: revista de derecho* 8 (II Semestre), 2007, p. 35, se debe tener en cuenta que la detención preventiva, en los EE. UU., se aplica con fines penales sustantivos a los que eufemísticamente se los llama «regulatorios».

⁴¹ BENAVENTE, C./OUBIÑA BARBOLLA, A., en *InDret*, núm. 4, 2005, p. 7. Respecto a la orden de alejamiento, señala MORENO CATENA, V. ET AL., *Derecho Procesal Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 302, que «desde un punto de vista jurídico debe reconocerse, sin embargo, que el nuevo artículo 544 bis LECrim desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y posibles agresiones; por tanto, el legislador está autorizando estas medidas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia».

protección para las víctimas de violencia doméstica). Mientras la decisión sobre la prisión provisional debe partir del amparo que brinda la presunción de inocencia, la prevención de peligros delictivos parte, si se la adopta mediante esta institución, de la previsión no constatada de culpabilidad delictiva⁴² y del pronóstico futuro de reiteración.

Otras consecuencias deducibles del análisis del principio bajo estudio y su deformación ya en la prisión provisional son que si la prevención especial es función típica de la pena –junto a la función reeducativa indicada por la CE– es inadmisibles, a la luz de la presunción de inocencia, la anticipación de un tratamiento ejemplar o reeducativo. Por ello debe excluirse la detención dispuesta para prevenir la responsabilidad del imputado que remite a la peligrosidad criminal del supuesto autor y busca la neutralización de actividad delictiva independiente ulterior⁴³.

Aquí también la referencia conduce a que son peligros íntimamente vinculados con las teorías justificativas de la pena de orientación consecuencialista⁴⁴. De tal modo, fijar una premisa normativa cuyo supuesto de hecho esté constituido por cualquiera de esos motivos implica indefectiblemente «sustantivar» la prisión provisional en perjuicio del imputado. Ello así en tanto que la tutela de la sociedad pasaría de representar un fin punitivo a uno procesal, con lo cual se borraría el límite conceptual entre prisión cautelar y punición, violándose, en consecuencia, el principio de inocencia en su manifestación de regla de tratamiento⁴⁵.

Además, aquí es donde el sistema tiene mayores riesgos de caer en un verdadero Derecho procesal penal de autor⁴⁶. Así, la amenaza de ceder ante un fenómeno en el que el sujeto ya no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es, no ha sido superada por completo: se mantiene como un peligro plenamente vigente a la luz de la expansión del Derecho penal⁴⁷. Con

⁴² MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones sobre la prisión preventiva», *Anales de derecho*, Vol. 34, núm. 1, 2016, p. 24.

⁴³ DEI VECCHI, D., 2015, p. 94.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁶ Puede resultar interesante a este respecto la observación de las características del llamado Derecho penal del enemigo que realiza CANCIO MELIÁ, M., en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid (Civitas), 2006, pp. 110-111, cuando habla de la lucha contra determinados perfiles criminales que implica una merma de garantías procesales, y cuando caracteriza «el Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor». En tal sentido, no deja de ser significativo que en el vigente artículo 503 LECrim se admita la posibilidad de aplicar la prisión provisional sobre la base, fundamentalmente, de perfiles criminales.

⁴⁷ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., ¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?, Nicaragua (INEJ), 2007, p. 309.

mayores razones, el proceso penal –donde debe arraigar fuertemente el principio de inocencia– debe cuidarse de ser gobernado por tales consideraciones.

La prisión provisional no es una pena ni puede servir para penar. Los fines de prevención que persigue la pena solo pueden alcanzarse racionalmente mediante la aflicción del sujeto que ha realizado probadamente el hecho delictivo, pero no mediante la del sospechoso⁴⁸.

Como reseña Andrés Ibáñez⁴⁹, coligar a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, responde a una finalidad de prevención de la comisión de otros delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña una función ejemplarizadora, alcanzándose así un grado máximo de identificación entre imputado y culpable. En esos casos no existe duda. El efecto profiláctico que se busca a través de la privación de libertad parte, explícitamente, de presuponer que el imputado podría «reincidir» en el delito cuya realización ya se le atribuye sin rodeos⁵⁰.

El respeto del principio de la dignidad de la persona humana se vería quebrantado si se autorizara una pena anticipada; como sucedería si se le asignaran, al igual que las penas, funciones de protección de bienes jurídicos a la detención provisional. La penalización del imputado sin previa condena lo degradaría a la condición de un mero objeto⁵¹.

De todas maneras, debe ser evitado todo automatismo resultante de los antecedentes penales para pronosticar el peligro de reiteración delictiva. Su adopción, en estos casos, responde a una clara intención punitiva, de sanción anticipada como remedio o satisfacción a las demandas sociales de seguridad⁵² y contraria, por lo tanto, al derecho fundamental a la presunción de inocencia⁵³.

La doctrina procesalista mayoritaria admite la prioridad que la función cautelar tiene en la prisión provisional en estos términos instrumentales, tanto en los países de Europa occidental como en Latinoamérica⁵⁴. En esa clave de

⁴⁸ En contra de los fines preventivos, también LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Prisión provisional mínima», en da Costa Andrade, M./ANTUNES, M. J./Aires de Sousa, S. (Coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 3, Coimbra (Universidade de Coimbra), 2009, pp. 897-922.

⁴⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Presunción de inocencia y prisión sin condena», *CDJ*, núm. 18, 1996, p. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁵¹ LLOBET RODRÍGUEZ, J., «La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)», *Revista de derecho procesal*, núm. 2, 1995, p. 560; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, p. 231.

⁵² ASENSIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Madrid (Civitas), 1987, p. 98.

⁵³ SANGUINÉ, O., 2003, p. 226.

⁵⁴ GIMENO SENDRA, V., *La necesaria reforma de la prisión provisional*, *DLL*, núm. 5411, 2011, p. 1324; VARGAS VENCEDOR, R., *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia*, TFM, Univer-

lectura, el dato de la gravedad del delito podrá ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia –impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación–, pero no como un adelanto de pena o como un pacificador social⁵⁵. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, ya que tales lecturas responderían a una consideración del derecho penal de autor.

Más allá de los problemas de prueba de hechos hipotéticos futuros mediante indicios, los elementos personales deben ser considerados con muchísima precaución. Incluso los elementos del hecho a la luz del principio de inocencia deben ser considerados solo en cuanto permitan, en el caso concreto, demostrar fundadamente el grave riesgo para el proceso que estos acarreen. Nuevos desafíos a este respecto se presentan en los estudios que proliferan respecto de la posibilidad de utilizar Inteligencia Artificial para predecir conductas futuras y evaluar los riesgos procesales.

Mi propuesta apunta a minimizar el uso de la prisión provisional, a reducirla solo a aquellos casos en que el riesgo sea muy alto y que esté verificado mediante un verdadero marco probatorio. Un peligro objetivamente comprobable, que revele una tendencia a impedir los fines del proceso, que contrarreste y justifique con suficiente fuerza la gravedad de derechos que por intermedio del instituto cautelar se afectan. También considero importante erradicar el peligro de reiteración delictiva. La seguridad ciudadana tiene que ser resguardada mediante políticas públicas y no utilizando como atajos institutos del proceso penal.

sidad de Baja California Sur, México, 2017, pp. 19 ss.; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona (Bosch), 1987, p. 20.

⁵⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Presunción de inocencia y prisión sin condena», *CDJ*, núm. 18, 1996, p. 9.

Mirentxu Corcoy Bidasolo

Es Catedrática emérita de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. Ha sido, en diversas ocasiones, Directora del Departamento de Derecho penal y Ciencias penales, coordinadora del Grado de Criminología y del Máster de Derecho penal, impartido por la UB y la UPF desde su inicio. Durante doce años (1995-2007) ha ejercido de Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona. Se ha especializado en la delincuencia imprudente, delitos contra la salud de los consumidores y el medio ambiente, así como en cuestiones de política criminal acerca de la legitimidad de la intervención penal y sus límites. Es miembro del Observatorio de Bioética y Derecho, habiendo trabajado y publicado en temas como el aborto, la eutanasia, el consentimiento o la objeción de conciencia.

Víctor Gómez Martín

Es Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. En la actualidad es Coordinador de la Sección de Derecho penal y Criminología y del Máster Oficial en Criminología, Política criminal y Sociología jurídico-penal, así como Co-director del Máster de Derecho penal impartido por la UB y la UPF, y Director del Curso de Experto y del Curso Superior en Compliance de la UB. Coordina, además el Grupo de Investigación en Derecho Penal, Política Criminal y Criminología de la Universidad de Barcelona, financiado por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya y es evaluador del Programa Academia de ANECA. Durante cuatro años (2004-2008) ejerció de Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona.

Juan Carlos Hortal Ibarra

Es profesor Agregado de Derecho penal en la Universidad de Barcelona, donde se doctoró en 2004. Considerado uno de los máximos especialistas en Derecho penal del trabajo, también se ha interesado por el estudio de los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del Derecho penal vial (conducción temeraria y excesos de velocidad punibles) y sexual (online child grooming), así como de la delincuencia de cuello blanco y patrimonial menor. En la actualidad, ocupa el cargo de Adjunto al Síndic de Greuges de la UB y es miembro desde 2009 del Comité Ético de Investigación con Medicamentos del Hospital Universitario Vall d'Hebron. Durante siete años ejerció como Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona.

Vicente Valiente Ivañez

Es profesor Lector de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, donde se doctoró en el año 2018.

Colección Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

12. Delitos de género y de violencia familiar.
Cuestiones sustantivas y procesales
Carmelo Jiménez Segado
13. Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo
Directores: Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardon, José-Ignacio Gallego Soler, Juan Carlos Hortal Ibarra, Ujala Joshi Jubert
Coordinadores: Vicente Valiente Ivañez, Guillermo Ramírez Martín
14. Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional
Coordinadores: Laura Pozuelo Pérez y Daniel Rodríguez Horcajo
15. Estudios sobre el Código penal de 1822 en su bicentenario
Coordinadores: Gregorio M^a Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón
16. Códigos penales españoles, dos volúmenes
**Jacobo Barja de Quiroga
Luis Rodríguez Ramos
Lourdes Ruiz de Gordejuela López**
17. Minería de ADN en la investigación criminal
Fernando Ruiz Domínguez
18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
Mónica de la Cuerda Martín
19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
Cristian Sánchez Benítez

La presente obra constituye el resultado final del proyecto de investigación «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (FACTUM, RTI2018-097727-B-I00), financiado desde el Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia e Innovación. Su objeto, el principio de responsabilidad por el hecho, se erige, sin duda, en uno de los límites de la intervención penal de un Estado democrático de mayor relevancia. El proceso de inexorable deconstrucción que este principio viene sufriendo en la actualidad, obliga a indagar en las causas de esta crisis y a reflexionar sobre sus eventuales vías de solución.

El grave retroceso que están sufriendo las garantías constitucionales propias de un Estado social y democrático de Derecho también está afectando, como no podría ser de otro modo, al principio de culpabilidad. Con la entrada en vigor de la Constitución se albergó la fundada esperanza de que el Derecho Penal se correspondiera, después de la dictadura, con el de un Estado verdaderamente democrático. Quizá por ello, el modo en que este derribamiento se está produciendo resulta particularmente desilusionante: mientras que la consolidación de esas garantías ha representado un proceso lento y difícil, por desgracia su desintegración parece haber transcurrido de un modo mucho más rápido y sencillo.

En los diferentes capítulos del libro, los integrantes del proyecto analizan aquellos aspectos de la responsabilidad por el hecho que actualmente resultan afectados, en mayor medida, por las múltiples reformas legislativas, especialmente por las operadas en la última década y, en algunos supuestos, también por su aplicación en los tribunales e incluso por determinadas teorías doctrinales. Ojalá que algunas de las alternativas aquí insinuadas, sirvan para mostrar a la política criminal el camino que nunca debió haber abandonado: el del innegociable respeto de las garantías constitucionales.