

ExLibris**Sección coordinada por Pablo Sánchez Ostiz****Recensiones:**

Recensión a Felipe DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 124 páginas, por Mario VILLAR

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

Recensión a Alejandra VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2019, 346 páginas, por Antoni GILI PASCUAL

Réplicas:

Réplica a la recensión de Gustavo BEADE a *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (*InDret*, (1), 2020), por Javier CIGÜELA SOLA

-

Felipe de la Fuente Hulaud, ¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 124 páginas

Mario Villar
Universidad de Buenos Aires
mariovillar@hotmail.com

-

El libro propone una pregunta en su título “¿Qué prohíben las normas de comportamiento?”. Para preparar su respuesta el autor comienza planteando los dos modelos que va describiendo y comparando, es decir la teoría tradicional de la imputación (TTI) y la teoría analítica de la imputación (TAI). El libro se divide en seis capítulos: el primero contiene las líneas básicas de la doctrina de la imputación; el segundo desarrolla la TTI; el tercero lo dedica a exponer la TAI; el cuarto, a un análisis de dos modelos de la norma de comportamiento; el quinto, al silogismo práctico y el contenido de la norma; y el último se refiere a los deberes de actuación y cómo ellos se pueden deducir del silogismo práctico.

La formulación de la TAI es tomada de KINDHÄUSER y MAÑALICH, aunque el autor aclara (p. 17, Introducción) que, entre las posturas de ambos, existen matices, en particular en lo referido al contenido de la norma de comportamiento, sin que signifiquen una diferencia relevante a los fines de dar respuesta a la pregunta que guía al libro. La TAI parte de que las normas de sanción están lógicamente precedidas por normas de comportamiento que se dirigen al individuo, y no al juez, informándole qué conductas se encuentran ordenadas o prohibidas, pero el objeto de sus mandatos o prohibiciones es el estado de cosas descrito en el tipo penal. Las normas de comportamiento, en particular en los delitos de resultado, comunican qué conductas están prohibidas u ordenadas, pero no establecen nada acerca de la clase de acciones que los destinatarios tienen que ejecutar u omitir para evitar la producción del resultado típico. La norma de comportamiento es el reverso exacto de la norma de sanción, por lo cual, se refieren al mismo estado de cosas que fundamenta la aplicación de la norma secundaria. La norma solo se refiere al estado de cosas, es decir, a las acciones que efectivamente causan el resultado, por lo que solo serán antinormativas las conductas que producen el resultado. De este modo, en concreto, la tentativa será una infracción de deber sin antinormatividad (p. 42, capítulo III). En palabras sencillas, la norma no indica qué conductas deben ser evitadas o ejecutadas, según se trate de una prohibición o un mandato, sino que ello se conoce recién cuando se produce el resultado, es decir *ex post*. Mientras que *ex ante* solo se sabe que deben evitarse las conductas que el autor reconozca que pueden producir el resultado. En este caso tengo un deber de no ejecutar una conducta que aún no es antinormativa.

En el primer nivel de imputación se resuelve qué conductas se corresponden con el seguimiento de la norma, ello mediante el uso del silogismo práctico. Desde esta perspectiva, el delito es, esencialmente, una conducta mediante la cual su autor expresa que no reconoce la respectiva

norma de comportamiento como vinculante para la acción. Al aplicar el silogismo práctico, se supone que el agente tiene la motivación correcta de evitar el comportamiento contrario a deber. Este primer nivel se dirige a establecer la existencia de un acto incompatible con una motivación de seguimiento de la norma: para ello, se toman los conocimientos y capacidades del agente en el caso concreto. En cambio, el segundo nivel de imputación se orienta a descartar la concurrencia de razones que pudieran explicar la falta de motivación normativa de la conducta ejecutada por el agente. Es decir, qué impedimentos relevantes existieron para que el agente no se motivara correctamente. La norma no se refiere a las acciones previas al resultado. La determinación de las acciones que, en atención a sus circunstancias, tendrían que ser omitidas o realizadas en pos de la evitación del estado de cosas prohibido debe realizarse deductivamente en función de las intenciones de un ciudadano no fiel al derecho.

Este modelo supone la distinción entre contenido y función de la norma. Para ello utiliza la teoría de los actos del habla (p. 45, capítulo III): Como es sabido, esta teoría opera con una tríada conceptual que comprende el llamado nivel *locutivo*, que se corresponde con lo que se dice; el nivel *ilocutivo*, que indica la clase de acto que se realiza con la emisión lingüística (ordenar, pedir, etc.); y el nivel *perlocutivo*, que es aquello que el emisor pretende conseguir con su manifestación (es posible incluir otros conceptos o tratar parcialmente en forma distintos estos conceptos de la teoría de los actos del habla, se podría distinguir entre los llamados actos de pronunciación o *Utterance acts*, que consisten en la actividad física requerida para expresar una oración, y los actos perlocutivos o de perlocución, que se refieren a los efectos intencionales o no intencionales sobre los destinatarios de las actuaciones de los actos de habla. Ambos son de carácter fáctico. En contraste con estos últimos, los actos proposicionales y los actos ilocutorios se refieren a los significados de los actos de habla en cuestión. En aras de la simplificación, podríamos decir que el acto proposicional se refiere a lo que se quiere decir con la pronunciación de alguna frase, mientras que el acto ilocutorio se refiere a cómo se quiere decir: RUITER, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, 1993, p. 39).

Para la concepción analítica, la teoría tradicional de la norma, al considerar como parte de su contenido algo que corresponde a su función directiva, comete el error de mezclar las dimensiones locutiva e ilocutiva (p. 45, capítulo III). En realidad, el emisor comunica al destinatario u oyente el estado de cosas que debe ser evitado o producido, para que el destinatario saque las consecuencias apropiadas a las circunstancias en que le corresponda actuar u omitir. El contenido de la norma de comportamiento está vinculado con el nivel semántico de análisis, mientras que su función, con la dimensión pragmática. Esta distinción es la que no realizaría la perspectiva tradicional y en lo que consiste su error.

La norma de la TAI indica que *las únicas acciones prohibidas por la norma de comportamiento son las acciones que efectivamente producen el resultado*, y que las acciones previas al resultado son contrarias a deber, pero no antinormativas. Esta distinción puede apreciarse con claridad en la postura que adopta la TAI con relación a la tentativa (en este sentido, es ilustrativo también el trabajo de MAÑALICH, “La tentativa de delito como hecho punible. Una perspectiva analítica”, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 461-493). Hay que diferenciar lo que la norma establece y lo que implica para sus destinatarios, puesto que estos deberán deducir qué conductas han de realizar u omitir para que no se produzca el resultado.

Sin embargo, la crítica que efectúa DE LA FUENTE a la TAI se refiere a que esta, en definitiva, hace un rodeo para acabar diciendo lo mismo que la postura tradicional. En efecto, el deber que consiste en no hacer realidad un mundo posible en que existe cierto estado de cosas, implica prohibir las conductas que signifiquen un riesgo de que ese mundo posible se produzca. Entonces, qué sentido tendría diferir la prohibición de las conductas a cuando ese estado de cosas resulte efectivamente realizado. La norma diría: yo no te prohíbo ninguna conducta, te prohíbo que generes un estado de cosas X. El agente se las debe arreglar para evitarlo; y si no lo hace, se le imputa, salvo que no tuviera el contenido subjetivo mínimo.

En el fondo, parece que la TAI viene a fundamentar el disvalor de resultado mejor que la TTI, puesto que la norma se refiere al resultado y no se vulnera hasta que se este produce, mientras que en la teoría tradicional siempre hubo dificultades para sostener el disvalor de resultado como parte del ilícito, dado que el quebrantamiento de la norma de conducta se produce ya con anterioridad, en el momento de la tentativa acabada. Esta suposición se refuerza al percatarnos de que el único punto de relevancia práctica de la discusión resaltado por el autor es el de la tentativa, que para la TAI no sería antinormativa. Con todo, como es sabido y el texto trata brevemente (p. 107, capítulo VI), tiene efectos sobre el concepto de la teoría de la imputación objetiva, así como también para los delitos de tenencia de la parte especial.

Considero que las críticas formuladas por DE LA FUENTE a la TAI son razonables. Con todo, es posible que el autor no parta de una postura ecuaníme, pues las críticas surgen con la propia presentación de la teoría que pretende rebatir, lo cual no le da la oportunidad al lector de tomar partido libremente, sino que es conducido, anticipadamente, mediante esas objeciones, a oponer resistencia a la TAI. Esto me recuerda, de alguna manera, a la propuesta de DWORKIN de interpretar una teoría bajo la mejor luz posible. Pero el autor no traiciona, pues en el subtítulo ya indica su postura crítica para con esta teoría.

Por otra parte, el libro es moderado en el uso de ejemplos, los cuales servirían para marcar las diferencias entre la TTI y la TAI, y permitiría percibir mejor el significado para la teoría del delito resultante de adoptar una u otra postura. Hay que decir, sin embargo, que eso quizás excedería del objeto del trabajo, que hace un aporte clarificador de la discusión, en el nivel de la construcción de la norma penal.

A su vez, el libro comentado es sumamente recomendable para entender la estructura de la TAI y para quien quiera adentrarse en textos de autores que defienden esta postura con una puesta en perspectiva adecuada para entender el por qué de sus soluciones a problemas de la teoría del delito puntuales.

Está muy claro que el autor tiene un gran conocimiento del ámbito de la disputa y de la trama interna de la teoría analítica, y que sus críticas no solo son valiosas y, sumamente, razonadas, sino que, además, revitalizan este debate. Y este debate, con sus altibajos a lo largo del tiempo, sigue siendo vital para la dogmática penal.

Considero que hoy en el Derecho penal, por lo menos desde que el finalismo fue abandonado, la conducta dejó de ser el centro de atención, para ser reemplazada por una perspectiva funcionalista; de este modo, poner el foco en la creación de cierto estado de cosas parece una puerta abierta a un cambio de perspectiva que debe alentarse. Sin embargo, esto no significa que no existan normas previas a las conductas, ni que ellas dependan de la capacidad de

reconocer el deber por parte del agente. Es posible que la teoría analítica tenga mucho que aportar al Derecho penal, pero no exclusivamente desde el enfoque de la norma penal.

Sin embargo, en mi opinión, ambos modelos analizados en el libro parecen ser, en alguna medida, insatisfactorios. Esto es, quizás, porque a la persona se le reprocha algo que va más allá de la conducta puntual. Y si no somos solo nuestras acciones, tampoco somos solo nuestros resultados. Hay algo que tiene que ver con los conceptos de persona y, a partir de allí, de imputación, que escapa a simplificaciones. Este conjunto de elementos no es escindible, si no se quiere perder algo del sentido que tiene el ser persona frente a la Ley y el Derecho. Los dos optan por preservar algo de esta complejidad. Queda para el lector la elección de qué parte de lo que captan les parece más importante, y con mejores razones, para la construcción de la teoría de la imputación penal.

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

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Universidad de La Laguna
fsanche@ull.es
-

I.

La obra comienza ubicando el riesgo permitido en el marco de la desaprobación jurídico-penal de la conducta, en cuanto instituto que, mediante la remisión a los estándares de conducta socialmente vigentes, permite la construcción de la norma penal (pp. 13, 19 s., 23 ss., 117). Se avanza así ya, una relativización del principio de legalidad que propicia un equilibrio entre la estabilidad de la ley en el tiempo y las cambiantes exigencias de los distintos sectores de actividad regulados (pp. 15 ss., 20), así como seguidamente, una comprensión de la ley positiva como “un elemento más” de la norma penal, de limitada capacidad para “generar la garantía de tipicidad”, pero que encuentra en su adecuación a las representaciones sociales un criterio material de legitimidad (pp. 20 s., 35, 118). Comprensión no exenta de riesgos, en tanto que los cuerpos normativos a los que remite, se generan por sectores sociales que persiguen fines diversos a los que inspiran al Derecho penal (pp. 18 ss., apunta en particular el fin de ahorro de costes que inspira la cultura de cumplimiento).

Seguidamente, PASTOR MUÑOZ ejemplifica su planteamiento de la mano de dos grupos de ejemplos. Primero, la remisión a la norma de cuidado en el delito imprudente, norma y deber de cuidado que no se encuentran definidos en la propia ley (pp. 24 ss.). Avanza aquí la autora tres cuestiones de particular interés: la determinación de estos estándares socialmente vigentes, el camino epistemológico para acceder a estos, así como la concreta formulación de la norma que rige para el sujeto de imputación (pp. 29-31, 36, 45, 47). Segundo, la remisión a valoraciones sociales en la constitución de lo injusto doloso, señalando cómo desde planteamientos normativistas, “la diferencia entre imputación objetiva del comportamiento y contrariedad al deber de cuidado es solamente una diferencia de etiquetas” (p. 33). La autora evidencia la vinculación de la valoración jurídico-penal a la valoración social, en la conformación del concepto material de delito (p. 35), si bien la infracción del estándar de conducta socialmente vigente no implica sin más la relevancia penal de la conducta, sino que ofrecen un primer criterio para la determinación de su desaprobación jurídico-penal, en el marco categorial del riesgo permitido (pp. 40 ss.).

En el capítulo IV, la autora profundiza en las consecuencias de su planteamiento para el principio de legalidad, pues sujeta al legislador “a las valoraciones sociales vigentes en un determinado momento histórico” (pp. 49 ss.), de modo que toda ley penal contiene una remisión a esta, a las valoraciones sociales en la definición de los estándares de conducta que, en un segundo momento, sujetan igualmente al juez (pp. 51, 59, 71 s.). De este modo, se

despoja al principio de legalidad de sus pretensiones ilustradas, de modo que “*el mero texto de la ley y la previsibilidad semántica que de este deriva no genera la garantía de tipicidad vinculada al principio de determinación*”, sino que es necesario que “*concurra, además, previsibilidad axiológica y metodológica*” (p. 53), o con otras palabras: “el mandato de determinación (y la consiguiente garantía de tipicidad) solamente se cumple cuando confluyen tres elementos... la ley positiva..., los principios y los criterios interpretativos, por la dogmática jurídico-penal” (pp. 54, 56, 58 s.).

PASTOR MUÑOZ no obvia las eventuales patologías de su planteamiento. Tal remisión a valoraciones sociales, pueden incidir en la realización del principio democrático, cuando se concreta en cuerpos normativos privados que persiguen otros principios y sustraen el control de los contenidos de la norma penal (pp. 61 ss., 65, 67). Ello puede reproducirse igualmente, mediante remisiones a normas administrativas, cuando se confían a agentes del sector, y que pueden obedecer a fines tan distintos como los de mera ordenación. La autora sugiere, por ello, su consideración como meros indicios de los límites de lo permitido, salvo en los supuestos de remisiones expresas, que condicionan necesariamente la norma penal (pp. 74 ss., 80 ss., 85; sobre las remisiones totales, pp. 83 s., 118). Con ello, se concreta el problema no en la remisión en sí, sino en la forma de esta, cuando propicie la pérdida de control de su contenido normativo por el legislador (pp. 64, 66, 68 ss.; sobre el mandato de publicación, pp. 72 s.). Tal planteamiento afecta asimismo a los principios de separación de poderes y reserva de ley (pp. 77 ss.), que relativiza desde la perspectiva del principio de legalidad apuntada, una vez que se entiende que “el paso de la ley penal a la norma penal requiere siempre el recurso a instrumentos y criterios que no están positivizados en la ley” (pp. 77 s.; en relación con el mandato de determinación, p. 86).

En particular, el fundamento y contenido del riesgo permitido, se aborda en el capítulo VI de la obra (pp. 87 ss.), en función de la definición social de los estándares de conducta correcta (pp. 88 s.), sobre la base de los criterios de atribución de vigencia social (pp. 91 ss.). La autora señala la insuficiencia al respecto de los consensos sociales de carácter formal, en cuanto vías procedimentales que no reflejan necesariamente la racionalidad profunda (o real) de la sociedad, el sentido objetivo de sus querer (pp. 92 s., señalando igualmente el problema de la exclusión de las minorías). Los criterios de utilidad social, desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto, desdibujan, por su parte, “los límites entre esferas individuales de libertad, permitiendo el sacrificio de unos en beneficio de otros”, sobre premisas valorativas no explicitadas (pp. 93 s.). Mientras que los criterios de utilidad en concreto conducen a un problema práctico, “si en cada caso se han de ponderar todos los intereses en juego, para poder decidir si se permite una conducta o no (conducir un camión, ir en bicicleta, fabricar medicamentos), se bloquea la interacción social” (p. 95), de ahí sus inconsecuencias (pp. 96 s.). La identidad histórica de la sociedad se reduce, por su parte, a su aceptación en el presente, pues no es la mera facticidad de la historia lo que fundamenta la permisión de riesgos, sino “*su aceptación en el pasado no revocada en el presente y, por ello, tácitamente renovada*” (p. 101). Línea esta última en la que apuntan las tesis del consenso normativo y la aceptación social, atendiendo para ello a la racionalidad del ciudadano, no individualmente determinado, sino a la luz de la racionalidad social (pp. 101 ss., 119).

En este último sentido, entiende PASTOR MUÑOZ que “el camino más adecuado tiene que ver con nuestra identidad (históricamente conformada) en la medida (y solamente en la medida) en que, en términos materiales, se pueda fundar en una aceptación o consentimiento normativos,

es decir, en un consenso profundo (no formal) vinculado a la «racionalidad social» (pp. 105, 107). La autora diferencia aquí dos planos de juicio, el primero relativo a las valoraciones fundamentales indisponibles, y un segundo, donde procede la concreción del riesgo permitido, en el marco de la relatividad histórico-cultural del Derecho (pp. 108, 110). Dentro de esta, el ámbito de aplicación del instituto se concreta, en particular, en las denominadas actividades inherentes a la vida social o ubicuas, frente a las no inherentes regidas por el consentimiento. Ahora bien, dentro de los riesgos ubicuos se plantean sucesivos problemas. Por una parte, en relación con las actividades ubicuas especializadas, los ciudadanos no se encuentran en una situación de simetría de conocimiento, de modo que la definición en los mismos de los estándares de conducta deviene sectorial. Ello presupone especialización al respecto, y dificulta, en consecuencia, a la dogmática y la jurisprudencia cualquier control material (pp. 111 ss.). Apunta aquí la autora que, ante la ausencia de una cláusula de cierre cognitiva que asegure un conocimiento adecuado sobre los estándares de conducta especializados, nuestro Ordenamiento prevé una cláusula de cierre normativa, mediante la imposición de deberes de veracidad a los peritos en el proceso penal, arts. 459 s. CP (pp. 114 s., 119). Y concluye, por otra, señalando la eventual influencia en este proceso de las precomprensiones del dogmático y los operadores jurídicos, la incidencia de sus representaciones subjetivas a la hora de formular sus pretensiones de corrección (p. 116).

II.

Las anteriores líneas debieran mostrar la entidad del reto afrontado por Nuria PASTOR en la presente obra, la autora aborda un tema de gran complejidad, esboza una sugerente propuesta, en el marco de la teoría jurídica del delito, y honestamente, también, apunta los límites de la misma. En este sentido, cuando concluye, en pp. 114 s., “*la imposibilidad de acceder epistemológicamente a dichos estándares por otra vía*” distinta a la pericial, o que “lo único con lo que cuenta el sistema es con una *cláusula de cierre normativa*”, en la línea de lo apuntado en relación con los arts. 459 s. CP, ofrece una solución concreta y practicable, frente a otras propuestas que evidencian en sus inconsecuencias su impracticabilidad. Sucede que la complejidad de la cuestión tratada la expone correspondientemente a crítica. Y en este segundo sentido, la principal duda que nos suscita el planteamiento de esta autora proviene de su abierto recurso al discurso moral, a las valoraciones sociales sobre lo correcto e incorrecto, pero obviando en ello elementos del discurso jurídico, en particular, su componente institucional y de autoridad.

Así, cuando la autora señala, en p. 109, “la necesidad de introducir límites externos a la dogmática derivados del Derecho natural («ontología de la persona como... ser digno»)", cabe apuntar que la dignidad se encuentra en la “base de nuestro sistema de derechos fundamentales” (cfr. STC 68/2018, ponente Conde-Pumpido Tourón, fundamento jurídico cuarto; ilustrativa también BVerfGE, del 20 febrero 2009 (Akt.Z: 2 BvR 2266/04), marg. 19, señalando el “*sämtlichen Grundrechten innewohnenden Menschenwürdekern*”), y que se concibe como un “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, ponentes Begué Cantón y Gómez-Ferrer Morant, fundamento jurídico octavo). Pretensión de respeto frente al Estado, pero también frente a terceros, de modo que, de hecho, ya funge en nuestro Ordenamiento como límite frente a aquellas intervenciones que “cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel

material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (STC 181/2004, ponente Casas Baamonde, fundamento jurídico décimo tercero; en un sentido próximo BVerfGE, del 17 enero 2017 (Akt.Z: 2 BvB 1/13), marg. 541).

Es por ello que cuando la autora plantea, en relación con el “sujeto que pronuncia un juicio desde el velo de la ignorancia”, la cuestión de si “le hemos de dotar de determinadas valoraciones... si, al hacerlo, hemos de partir de determinados mínimos de dignidad humana indisponibles que, ciertamente, constituirían un referente de mínimos, dejando después un amplio espacio a la relatividad histórico-cultural” (pp. 107 s.), podemos adelantar una respuesta positiva, sobre razones de validez, o negativamente, lo contrario no sería válido a la luz de la doctrina expuesta de nuestro Tribunal Constitucional.

Con ello no se está incurriendo en el primero de los paradigmas desechados, el consenso formal, pues la dignidad humana, y en general, los principios de derecho fundamental que se extraen de la misma enraízan en el discurso moral al que recurre la autora para extraer los estándares de conducta socialmente vigentes (ilustrativos ATIENZA, *Tras la justicia*, 1993, pp. 234 s., siguiendo a NINO. En un sentido próximo PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª ed., 2003, p. 68: “la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir”. Anteriormente, también NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, pp. 46, 287 ss. Más recientemente, véase BVerfGE, del 17 enero 2017 (Akt.Z: 2 BvB 1/13), marg. 539.) Pues más allá de su significación jurídica, principios como el de dignidad constituyen el “fundamento del orden político y de la paz social” (STS 7555/1991, ponente Bacigalupo Zapater, fundamento de derecho primero). Sucede que el discurso jurídico institucionaliza y refuerza los mismos, y en buena medida, con ello, reduce la complejidad del discurso moral.

Alejandra Verde, La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2019, 346 páginas

Antoni Gili Pascual
Universitat de les Illes Balears
antoni.gili@uib.es
-

La historia de las aportaciones doctrinales relativas a los delitos que toman otro hecho previo (*Vortat*) como referencia para concretar el contenido de la prohibición penal, señaladamente los de encubrimiento y receptación, ha venido marcada en una porción destacada por la necesidad de trascender las estrechas costuras de las descripciones legales que los han cobijado en cada latitud y momento histórico, tributarias muchas, en mayor o menor medida, de las construcciones decimonónicas europeas. La afirmación, claro está, es lo suficientemente genérica como para que su exactitud se resienta, pero si se está dispuesto a introducir las matizaciones que hagan falta, se podrá advertir esa permanente búsqueda de la sistematización adecuada de estos comportamientos como hilo conductor capaz de remontarnos hasta las contribuciones más antiguas, como las que ya tuvieran lugar con el Código penal para los Estados prusianos sancionado en 1851 como telón de fondo. De esa porción de las cavilaciones doctrinales tradicionales en relación con estos delitos no escapa tampoco la reciente obra *La receptación como delito contra el mercado formal*, que constituye la traslación editorial de la tesis de Alejandra VERDE, defendida en la Universidad de Córdoba, Argentina, en 2018. En ese país la receptación se integra, como forma de encubrimiento, entre los delitos contra la Administración de Justicia, opción sistemática que (al igual que la postura acomodaticia sostenida por la doctrina mayoritaria argentina al amparo de esa regulación), propicia el vaciamiento de contenido de la figura para transformarla en una modalidad de favorecimiento, razón por la que resulta combatida frontalmente por la autora, que llega a cuestionar incluso, fundamentalmente, que la receptación propiamente dicha haya llegado a estar alguna vez tipificada en ese país.

Pero el trabajo de VERDE dista mucho de ser una exégesis de aquel o de cualquier otro ordenamiento *de lege lata*. Bien al contrario: en él las referencias al Derecho positivo comparado, que se centran en el caso alemán, argentino y español, se usan solo como recursos argumentales al servicio de la reconstrucción conceptual de la receptación que persigue la autora, quien, elevando el foco, sumerge su análisis en la búsqueda de los parámetros universales de este ilícito, los que habrían de resultar válidos en cualquier legislación. Y es que el trabajo de referencia constituye, por encima de cualquier otra consideración, una reflexión profunda y documentada sobre la legitimación y justificación de esta incriminación, análisis que presenta como activo, de entrada, el valor de construirse intentando no dar nada por supuesto, incluyendo en la aseveración la propia lesividad de estas conductas, cuya presuposición, a juicio de la autora, ha hecho pasar por alto numerosas discusiones relevantes.

Por ello, y aunque el trabajo se estructure formalmente en dos partes diferenciadas conforme a un criterio de clasificación sencillo, que contrapone el estado de la cuestión y las propuestas *de lege ferenda*; lo existente y, en suma, lo que se pretende nuevo (pese a que –se adelanta– no todo lo que como tal se presenta efectivamente lo sea), en realidad el núcleo central del libro debe localizarse a caballo entre esas dos partes tan nítidamente diferenciadas, abarcando el último capítulo de la Primera (a) y los dos primeros capítulos de la Parte Segunda (b), en los que me centraré a continuación:

a) En el primero de los aludidos la autora revisa críticamente los planteamientos de la doctrina contemporánea sobre el fundamento de la incriminación. Se rechaza en él, así, el antes mencionado, que contempla la receptación como delito contra la Administración de Justicia, lo que constituye un acierto tanto en términos de deslinde con las figuras de favorecimiento como de retirada de conceptos superfluos del primer plano de la fundamentación del delito, que de tal modo –hay que entender– dejarán de operar como criterio de interpretación de los contornos típicos de esta figura (más difícil puede resultar, en cambio, negar que la afectación de la Administración de Justicia permanezca como realidad neutral en un segundo plano –bien que no sea como bien jurídico fundamentador de la prohibición–, puesto que objetivamente tal afectación en efecto se produce, concretada en la pretensión de decomisar los efectos de un delito –al igual, en esto, que en el favorecimiento real–, y sin que en ello tenga por qué verse confusión alguna con la idea hegeliana de justicia, con el desvalor del delito previo –el distanciamiento respecto del cual constituye un auténtico *leit motiv* en el trabajo– ni con un correctamente perfilado delito de favorecimiento real, cuyo elemento subjetivo sí se orienta, a diferencia de lo que ocurre en la receptación, al auxilio del autor del delito precedente. En este mismo capítulo se combaten asimismo, y sobre todo, los postulados de las teorías que justifican el castigo en el mantenimiento del estado antijurídico creado con el delito previo (*Perpetuierungslehre*) –tanto en sus versiones más añejas como en las más actualizadas, que ponen el acento en el peligro abstracto de no recuperar el objeto–, al igual que se hace con los de la teoría del aprovechamiento (*Nutzniessungstheorie*), que por sí misma no da razón bastante para prohibir la conducta, o los de las tesis que han propugnado la protección, mediante este y otros tipos penales, de la propia vigencia del Derecho en general (*Rechtsgeltungstheorie*). La argumentación, que hace propias aquí buena parte de las críticas ya doctrinalmente esgrimidas frente a dichos planteamientos, terminará descartando la validez de cualquiera de los mencionados para ofrecer una justificación plausible a la incriminación.

b) A cambio, en los dos capítulos siguientes (I y II de la Segunda Parte) se exponen los pilares en los que la autora sustenta su propia concepción, imprimiendo aquí al argumentario su mayor fuerza de tracción. El primero de ellos, intitulado «El daño en la receptación», se dedica a la concreción del desvalor de resultado de esta conducta. En tal cometido opera como presupuesto la convicción de que el daño económico a la víctima del delito previo queda agotado en él, lo que lleva a VERDE a desplazar el centro de gravedad de la figura hacia los comerciantes legales o formales, en la medida en que «de algún modo» (no de forma individual) se ven afectados por el hecho de que su producto sea igualmente comprado o adquirido en el mercado negro, y no en el formal. Naturalmente, la profundización por ese camino en la búsqueda del objeto de protección de este delito no exime a la investigación de las inconveniencias propias de la espiritualización de la lesividad que comporta. Tal efecto acaba irremisiblemente apareciendo producto de la combinación que se propone entre la identificación de un bien jurídico difuso (las legítimas expectativas de los participantes en el mercado legal, esto es, las de los comerciantes y compradores) y una forma de afectación débil

de aquel, su mera puesta en peligro abstracto, dado que no es obviamente posible identificar un daño de naturaleza individual al patrimonio concreto de los intervinientes en el mercado. Pero ese no es, en todo caso, un demérito de la investigación, sino producto de las limitaciones del propio concepto de bien jurídico. De hecho, los resultados en este punto no hacen sino apuntar en la misma dirección de otras autorizadas opiniones doctrinales, que tienden a configurar la receptación desde una perspectiva macroeconómica, superadora de las visiones estrictamente individualistas, y desde las que ya se ha propuesto hace tiempo un abordaje conjunto con las conductas que, como el blanqueo, inciden en la incorporación en el tráfico legal de los bienes obtenidos delictivamente, sean o no procedentes de delitos patrimoniales.

Más novedoso, y seguramente más expuesto a la crítica, es el segundo de dichos capítulos, nuclear en la obra comentada, y con el que la autora viene a complementar la lesividad de la receptación antes identificada sosteniendo también ahora su «incorrección moral», en lo que en su planteamiento representa un segundo pilar irrenunciable para justificar la incriminación. Para ello, y teniendo como referente el método del equilibrio reflexivo propuesto por RAWLS, se descarta que lo genuinamente inmoral de la receptación pueda localizarse tanto en su carácter *tramposo* con las reglas del mercado como en el *enriquecimiento ilícito*, para acabar formulando el principio moral específicamente vulnerado, tras sucesivos ajustes, en los siguientes términos: «es inmoral aprovecharse, aunque sea indirectamente, del sufrimiento que en otro ha producido un delito penal, para obtener una ventaja económica». Tras comprobar, partiendo del principio matriz del que procede, que la máxima así identificada es deontológicamente consistente (tanto por medio del procedimiento de la posición originaria y del velo de ignorancia, de la ética del discurso o de otras posiciones intermedias), la exposición, ávida de resultados, avanza, por un lado, para presentar como congruentes con aquel hallazgo tanto la exigencia de ánimo de lucro en este tipo de conductas como la equiparación, en términos de incorrección moral, de las conductas de venta de cosas provenientes de un delito con las de adquisición o compra (aunque aquellas no se incluyan en los tipos de receptación); por otro, para poner a prueba el propio rendimiento del criterio diseñado, procediendo a delimitar con él esta conducta respecto de otras que, aunque consistentes también en la adquisición o entrega de cosas provenientes de situaciones ilegales y generadoras de un daño similar, no son conceptualmente equiparables a ella, ni resulta por tanto procedente prohibirlas como supuestos de receptación.

Esta segunda parte del planteamiento, de más difícil digestión para concepciones más familiarizadas con, solo, los términos del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (dentro del que ya se contemplaría la dignidad, necesidad y susceptibilidad de protección penal del valor en cuestión, como legitimador de la intervención) habrá de obtener el predicamento que merezca la propia concepción de partida que lo sustenta, que en palabras de la autora combina «tanto el requisito del daño a terceros como el de la incorrección moral de la conducta de que se trate». Y es que, en efecto, a su juicio «para considerar legítima una prohibición penal es necesario demostrar no solo que la conducta prohibida causa alguna clase de daño o que afecta a un bien jurídico (que es con lo que suele conformarse –apostilla– la doctrina de base continental europea), sino también que es materialmente ilícita, en el sentido de que se trata de una conducta moralmente incorrecta desde una consideración intrínseca o deontológica de esa inmoralidad». En otras palabras: «No basta con decir que esa conducta es mala porque daña, sino que es necesario demostrar por qué es mala en sí misma, con independencia de las consecuencias (dañinas) que provoque».

En un plano general, excede las pretensiones de esta recensión profundizar ahora en los fundamentos filosóficos que deberían determinar si realmente la incorrección moral de una conducta tiene que ser considerada condición necesaria para la legitimidad de su prohibición penal. Pero en el ámbito más específico no puede dejar de observarse, en cualquier caso, que en relación con la receptación la introducción del complemento de la incorrección moral disociada del daño (disociación que se reconoce contingente, no necesaria, en otras figuras) se usa en último término en este trabajo para administrar la conexión con el delito previo, conexión que, aunque se pretende desterrada desde el punto de vista de la lesividad (el rechazo a las teorías del mantenimiento o la perpetuación se hace descansar en buena medida en el resabio participativo que destilan), constituye una realidad estructural insoslayable en este delito, con múltiples implicaciones que históricamente han intentado canalizar por distintas vías las sucesivas propuestas doctrinales. Es precisamente «el hecho de que la receptación presente esta estructura compleja –señala la autora–, pues consiste en cometer un delito que conecta con otro delito, [el que] sugiere que, en este peculiar caso, tal vez la incorrección moral de la conducta no esté relacionada tanto (o únicamente) con el daño que provoca, sino, antes bien y especialmente, con esa conexión que, en tanto *conducta*, la vincula a un delito previo». La incómoda gestión de las implicaciones últimas del *Vortat*, por consiguiente, pudiera encontrarse entre las razones últimas que acaban motivando realmente ese reflexivo periplo por los caminos de la filosofía moral. Sea como fuere, parece claro que el sentido, justificación y límites de la amenaza punitiva es cuestión que puede discurrir por otros derroteros. En la incriminación de ciertas adhesiones postejecutivas se advierte precisamente y de manera especial que el sentido de la pena no descansa solo en la respuesta al daño generado por el delito previo, sino en la desincentivación de los de su clase combatiendo las posibilidades de agotamiento del delito, lo que revierte justamente en la intensificación de la protección de esos bienes iniciales, al combatir la creación de contextos favorables a la comisión de nuevos delitos. Precisamente ello ha permitido a cierta doctrina distinguir, por ejemplo, entre normas principales y normas de flanqueo (*flankierende Normen*), signo de la política criminal contemporánea. Es otra explicación posible. En cualquier caso, y volviendo al plano general, lo que a todas luces no parece es que distanciándose de la doble fundamentación de la incriminación que se propone se corra necesariamente el riesgo «de penar conductas dañinas pero correctas desde un punto de vista de moral positiva», que acaben deslegitimando al Derecho penal frente a la sociedad, como en cambio se afirma. Puntualizaciones pretendidamente aclaratorias como la que sostiene que ello «es lo que sucedería, por ejemplo, si el Derecho penal castigara –en vez de justificar– un homicidio cometido en legítima defensa con el fundamento de que, en definitiva, ha causado un daño» no resultan en ese sentido esclarecedoras ni tranquilizadoras, sino que antes parecen reclamar inmediatas consideraciones sobre la desvaloración general del hecho y la antijuridicidad.

Pero ninguna de las anteriores reflexiones críticas resta un ápice de interés al sugestivo estudio de VERDE, que a partir del núcleo central comentado se completa con la exposición de diversas cuestiones que la autora presenta como derivados de él, en contenidos que se suceden perfectamente compartimentados en los capítulos posteriores de la mencionada Parte segunda. El lector hallará aquí respuestas argumentadas, desde aquellos fundamentos, a la limitación del objeto material del delito a cosas que ya existían como tales antes de la comisión del ilícito patrimonial previo, negando la corrección de una eventual punición de la «receptación del subrogante» (receptación sustitutiva) y admitiendo solo muy excepcionalmente la de dinero (capítulo III); a la impunidad, por atipicidad (y no por considerarla un acto posterior copenado) de la autorreceptación (capítulo IV); y a las ya anticipadas sobre la relevancia penal que desde

aquellas premisas debe otorgarse a las conductas de venta o entrega lucrativa de cosas provenientes de un delito (capítulo V) y sobre la inherencia del «fin de lucro» en este delito, sin el cual «la conducta de receptar no puede ser considerada *prima facie* inmoral» (capítulo VI).

Réplica a la recensión de Gustavo Beade a Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (InDret, (1), 2020)

Javier Cigüela Sola
Universitat de Barcelona
jciguela@ub.edu
-

La ciencia es una tarea dialógica, en la que los avances toman la forma de una discusión y replanteamiento permanente de ideas, tesis y argumentos entre quienes escriben y quienes leen. Ciertamente es, al menos desde que el soporte de ese avance es el medio escrito, que se trata de un diálogo extraño: y es que en el proceso de escritura el destinatario de las ideas es desconocido para quien las escribe, y en ese sentido uno habla con otro (todavía) ausente, incluso teme en ocasiones estar hablando para sí mismo (cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Buchdruck*, 2013, § 2.3). La existencia de un lector implica ya una primera materialización de ese diálogo, un primer encuentro, a menudo desconocido para el propio autor, con uno de esos “ausentes”; encontrar un recensionador, esto es, alguien que no solo lea sino que analice y critique públicamente lo escrito, no sería entonces sino la máxima expresión de esa materialización, y en ese sentido la fortuna de todo el que se dedica a la ciencia.

En mi caso esa fortuna ha venido de la mano de la excelente recensión del prof. Gustavo BEADE; tengo que decir que primero fui yo el lector ausente y él quien había plasmado sus ideas en sus artículos sobre castigo y pobreza, los cuales estuvieron permanentemente encima de mi mesa mientras escribía la obra que ahora ha reseñado. Ese diálogo tiene ya, por tanto, cierto recorrido; espero y deseo que lo siga teniendo.

Dicho lo anterior, la presente réplica pretendería comentar las dos críticas o puntualizaciones que el prof. BEADE señala acerca de *Crimen y castigo del excluido social*. Señala BEADE acerca de la primera parte –en la que trato de hacer un recorrido expositivo por las diferentes corrientes históricas de filosofía jurídico-política y su tratamiento del problema de castigar a los pobres y excluidos– que los puntos de partida de estos autores (ARISTÓTELES, Santo TOMÁS, HEGEL, MARX, FOUCAULT, LUHMANN, entre otros) son tan diversos que presentarlos como si hablasen de lo mismo no ayudaría a clarificar el problema. Creo que tiene razón en relación a la diversidad de puntos de partida metodológicos, y creo que la puntualización de BEADE capta bien el hecho de que la primera parte tendría una consistencia casi propia, aparentemente independiente, respecto del resto de la obra, mucho menos “manualística” y más cercana a lo que conocemos como ensayo académico. Sin embargo, digo “aparentemente independiente” porque sí creo que la primera parte explica algo acerca de por qué nos preguntamos actualmente acerca de la legitimidad del castigo de aquellos que están socialmente excluidos. Ese algo es precisamente el hilo conductor que permite conectar los planteamientos, diversos entre sí, pero interpelados por una misma pregunta, a saber: cómo es posible el orden social en contextos de pobreza y de extrema desigualdad, y en qué medida es eficaz y legítimo utilizar el Derecho penal para asegurar ese orden. Con independencia de que tal orden sea concebido como “moral” (PLATÓN,

PUFENDORF) o como “social” (HEGEL, ARENDT, LUHMANN), con independencia también de que la perspectiva sea acrítica (PLATÓN, JAKOBS, LUHMANN) o por el contrario crítica (MARX, FOUCAULT, WACQUANT, B.-Ch. HAN), el problema no deja de ser el mismo. Por ello, entender cómo se ha desarrollado la discusión permite, o así lo creo, al menos situar los presupuestos filosófico-políticos que subyacen a la pregunta por la legitimidad política del castigo del excluido; una pregunta que solo tiene sentido en una sociedad que –*grosso modo* más allá de HEGEL– entiende la pobreza como una cuestión social e institucional, y no como un problema perteneciente al reino de la moral y la caridad; y que entiende el castigo como un derecho condicionado y no absoluto del Estado, cuyo contexto ideal son sociedades inclusivas y democráticas.

La segunda crítica que apunta BEADE es que si admitimos que existen casos en los que el Estado carece de legitimidad para castigar a personas socialmente excluidas, no tendría sentido preguntarse acerca de cómo resolver dogmáticamente el caso en cuestión: el Estado debería simplemente dejar de investigar tales conductas y renunciar el proceso penal. La crítica es interesante, y la agradezco en tanto me permite explicar una toma de posición sistemática, sobre cómo se relacionan la teoría de la pena y la teoría del delito, que quizás aparece poco explícita en la obra. La réplica en este punto daría la vuelta a la objeción y sería la siguiente: solo mediante un correcto desarrollo dogmático de la teoría del delito es posible dar respuesta a los problemas de legitimidad de la pena en casos de exclusión social, en la medida en que la teoría de la pena, necesariamente abstracta, no puede ofrecernos el tipo de distinciones y argumentaciones que serían necesarias para determinar el alcance de la des-legitimación. Es precisamente en la teoría del delito, y concretamente mediante una re-construcción de la idea de inexigibilidad (pp. 329 ss.), donde podemos encontrar esas distinciones: según entiendo, aplicando una serie de ponderaciones (gravedad de la exclusión, gravedad del delito, conexión entre la conducta delictiva y la situación excluyente, entre otras), podremos llegar a la conclusión de que el castigo es ilegítimo y por tanto inaplicable o necesitado de moderación, pero sin ellas no encuentro el modo de que un juez pueda, con la suficiente seguridad jurídica (en este caso también conceptual), declarar que una conducta no se puede perseguir. No es, como indica BEADE, que los déficits prestacionales del Estado no sean importantes, sino al contrario: tan importantes son que las consecuencias que ellos tengan han de hacerse operativas mediante un fino bisturí –la teoría del delito– y no mediante trazos gruesos (sobre ello: p. 259). En ese sentido la propuesta, a diferencia de muchas de las que se han ido produciendo en la discusión, se inserta en una tradición muy concreta –la ciencia penal continental, muy influenciada por la dogmática penal alemana–, y de ella brota la tendencia a hacer dogmática de las cuestiones filosóficas.

Agradezco de nuevo a Gustavo BEADE las observaciones y críticas, y celebro que el debate sobre estas cuestiones –que tanto le debe a él, y también a otros colegas latinoamericanos– se encuentre hoy tan vivo entre nosotros.