

RECENSIÓN AL LIBRO DE:

**GARCÍA CAVERO, PERCY: *DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL*,
COLECCIÓN JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA – ARA EDITORES,
LIMA 2003, 872 PÁGS.**

José Antonio Caro John

Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5 (2004), pp. 441-449

(p. 441) El libro del Prof. Dr. García Caveró viene a enriquecer la producción científica peruana del Derecho penal del nuevo siglo. No había pasado mucho tiempo desde que el joven autor nos diera a conocer su magnífica tesis doctoral –*La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona 1999–, y ahora nos entrega un nuevo libro, al que cabe calificar de *excelente*, siendo su mérito principal el logro de un nuevo “sistema” del Derecho penal en el que lleva evidentemente al máximo desarrollo la línea de pensamiento que orientó su investigación doctoral. El presente estudio de los delitos económicos bajo la lente de la Parte General muestra un dominio de los temas que conforman ese segmento del Derecho penal. Por esta razón, se la puede tener perfectamente como una obra de Parte General, aunque ciertamente no de una Parte General cualquiera, sino de una donde se analiza con admirable rigurosidad y envidiable exhaustividad sus institutos dogmáticos. Asimismo, dentro del género de Parte General, constituye el primer libro escrito en castellano que recoge en su sistemática la influencia del sistema funcional del Derecho penal de Günther Jakobs; si bien con una crítica inteligente y distante en algunos puntos esenciales, pero coherente en general con los fundamentos de ese novedoso sistema, lo que añade a la sistemática alcanzada una impronta muy personal del autor.

La obra presenta una estructura dividida en tres partes notoriamente diferenciadas. La primera parte, referida a los *Fundamentos* (págs. 13-129) engloba el “concepto y delimitación”, “evolución histórica” y “legitimación” del Derecho penal económico. La segunda parte, dedicada a la *Ley (p. 442) penal económica* (págs. 131-249) comprende el estudio del “principio de legalidad” y la “aplicación e interpretación” de la ley penal económica. La tercera parte, consagrada a la *Teoría de la imputación en el Derecho penal económico* (págs. 251-783), es la más extensa y supera los dos tercios de la obra. En esta última se concentra, a mi juicio, la mayor potencia dogmática del libro y forman parte de ella los siguientes capítulos: “la perspectiva de análisis del delito económico”, “la unidad de sentido de la imputación jurídico-penal: el concepto jurídico-penal de acción”, “la imputación jurídico-penal del hecho”, “la imputación objetiva”, “la imputación subjetiva”, “causas de justificación: estructuras de descargo de la imputación jurídico penal”, “la culpabilidad o imputación personal”, “los grados de la imputación jurídico-penal” y “los concursos en la imputación del delito económico”.

Con sólo echar una ojeada al índice ya se puede formar la idea, acertada sin duda, de que este libro tiene un contenido atractivo y prometedor de nuevas cosas en comparación a lo tradicionalmente escrito en su género. Sin embargo, unas consideraciones sobre cada uno de sus capítulos ocuparían muchas páginas, lo cual escapa al propósito de la presente recensión. Aquí solamente se resaltarán algunos de los aspectos fundamentales que permiten calificar este libro de *excelente*, sin faltar, por supuesto, algunas consideraciones críticas, pero siempre dejando constancia que sobran razones para recomendar su lectura a los estudiosos del Derecho penal moderno.

La Parte General de García Caveró está despejada de la comprensión usual del delito como un fenómeno teñido por los delitos de sangre y por una línea de pensamiento que encuentra el sentido de los conceptos dogmáticos en un campo previo a la problematización normativa del Derecho penal, cual fue, por ejemplo, el proceder de las doctrinas causalistas y, sin exagerar, en la actualidad del finalismo. El concepto de acción, que constituye el punto de partida metodológico en el análisis del delito, recibe en este libro un sentido eminentemente “jurídico-penal”, esto es: no determinado empíricamente, ni en base al movimiento del cuerpo y sus órganos, sino, todo lo contrario, como una construcción propiamente normativa del Derecho penal (p. 293 ss.). Lo interesante de esta forma de concebir la acción es que el contenido que se le asigne siempre estará vinculado a la función que se atribuya al Derecho penal. Es decir, si se entiende el Derecho penal, por ejemplo, como un sistema de directivas de conducta, entonces la acción penalmente imputable responderá a una desviación de la directriz de la pauta fijada por la norma. Por contra, si se asocia la función del Derecho penal a la estabilización de expectativas normativas, (p. 443) el concepto de acción se concibe como una defraudación de esas expectativas. García Caveró opta con acierto por un concepto de acción basado en la defraudación de expectativas normativas garantizadas por el Derecho penal, destacando la utilidad de este concepto sobre todo para explicar posteriormente, de una manera convincente, el sentido de la imputación objetiva y subjetiva como fenómenos no ahincados en una individualidad inmutable del sujeto de la imputación, sino como el resultado de un proceso social de evolución y de atribución de significado normativo de la conducta. Quiere decir, la mera puesta en movimiento del sistema psicofísico en base a una representación natural de un objetivo a alcanzar es *per se* irrelevante como elemento de base para definir la acción en el Derecho penal; bien lo que cuenta es el sentido jurídico-penal que se atribuye a una acción por haber infringido una norma elemental depositaria de la identidad normativa de la sociedad. Así la relevancia penal de la acción responde a un esquema de interpretación basado en el deber del ciudadano de comportarse respetando la vigencia de la norma.

Al responder la sistemática general del libro al modelo funcional de Jakobs no podía faltar una explicación del concepto de “rol” de persona, aunque García Caveró prefiera emplear el término “estatus de ciudadano” (p. 296 ss.). En este sentido existe un rol o estatus general y especial de ciudadano. En el primero, al ciudadano se le reconoce una libertad de organización, delimitado esencialmente por el deber negativo “no lesiones” o “no daños” –*neminem laede*–, que constituye la base normativa más general de las relaciones entre personas en la sociedad. Para el Derecho penal la libertad de actuar se desenvuelve, en este punto, en un sinalagma de *libertad* de actuación y *responsabilidad* por las consecuencias, es decir, según cómo se administre la libertad así se responderá por las consecuencias de esa administración. Por otro lado, se encuentran los roles especiales del ciudadano que, a diferencia del rol general basado en una relación negativa, se fundamentan más bien en instituciones positivas dando lugar a relaciones institucionales entre las personas vinculadas por la institución, con la característica de que el deber positivo impone al obligado especial la obligación de fomentar y mantener seguros los derechos encomendados a su protección frente a los peligros de lesión. El ejemplo más palpable se encuentra en el deber positivo de los padres frente a sus hijos en base a la institución positiva denominada relación paterno-filial. También la institución de la administración pública, en virtud de la cual, por ejemplo, el policía (u otros funcionarios públicos como jueces, fiscales, etc.) tiene el deber institucional de actuar positivamente en favor de los administrados. De esta manera, la distinción general de los ámbitos de (p. 444) competencia en base a roles aporta la explicación más esclarecedora de la imputación jurídico-penal del hecho. En consecuencia, el quebrantamiento del rol general antes descrito da lugar a la imputación de un delito de dominio, mientras que la lesión del rol especial (institucional) genera la imputación de un delito de infracción de deber. Esta problemática se explica con sobrada amplitud en las págs. 331 y ss., del libro del Dr. García Caveró.

El instituto de la imputación objetiva recibe un tratamiento exhaustivo en este libro, con una exposición reluciente en claridad, lo cual constituye otro de los méritos principales de

esta obra. Como es sabido, este instituto dogmático es probablemente el más investigado en la actualidad, sin que hasta ahora por lo menos la doctrina dominante haya conseguido establecer una sistemática más o menos definida a partir de sus elementos más importantes. Pero este panorama, espinoso en sí mismo, no impide al Dr. García Caveró tratar la imputación objetiva de una forma interesante y sugerente, dividiendo su estudio en dos grandes grupos: imputación objetiva en los *delitos de dominio* (p. 408 ss.), e imputación objetiva en los *delitos de infracción de deber* (p. 479 ss.). Dentro de estos dos grandes grupos la imputación objetiva se concreta como imputación objetiva del comportamiento (p. 408 ss.) e imputación objetiva del resultado (p. 447 ss.). Acogiendo la sistemática jakobsiana en la parte referida a la imputación objetiva del comportamiento analiza los institutos dogmáticos conocidos como riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima. En la imputación objetiva del resultado enfoca el resultado de la acción liberándolo de su usual connotación naturalística que lo entiende, bien como producción causal de daños, desenlace fatal del destino o del infortunio, bien como lesión de bienes jurídicos provocada por una acción final. Antes de considerar el resultado en atención a semejantes criterios, el autor resalta que esta cuestión se debe comprender más bien como la concreción de un riesgo jurídicamente *desaprobado*, estudiándolo con todas sus posibles implicaciones normativas. La introducción de la desaprobación jurídica como elemento consubstancial a la imputación es acertada porque ésta presupone la existencia de un deber jurídico cuya infracción aporta precisamente el elemento valorativo determinante de la desaprobación.

Los demás institutos dogmáticos de la Parte General son analizados con extraordinaria profundidad y buen manejo de la literatura especializada, esencialmente la alemana. Por ejemplo, la *imputación subjetiva* (p. 509 ss.) que abarca los temas clásicos de dolo, culpa y problemas de error; las *causas de justificación*, que García Caveró prefiere denominar de una forma novedosa “estructuras de descargo de la imputación jurídico-penal” (p. 445) (p. 611 ss.) más allá de una mera cuestión de nomenclatura por razones contundentes de fundamentación y coherencia con el sistema funcional del Derecho penal; lo que también ocurre con el concepto de *culpabilidad* (p. 651 ss.), o “imputación personal” en la terminología del autor; lo mismo con el *iter criminis* y la *tentativa*, o “grados de la imputación jurídico-penal” (p. 707 ss.); así como con el no menos difícil, pero sin lugar a dudas interesantísimo, capítulo de “los concursos en la imputación” (p. 743 ss.).

Sólo una cuestión que, a mi juicio, amenaza con “zafarse” de la sistemática general funcionalista de esta obra es el concepto de “persona” penalmente responsable. El tema no ha quedado ayuno de fundamentación, sino, todo lo contrario, el autor lo estudia concienzudamente por ser éste el punto principal de divergencia de su adhesión jakobsiana, lo que demuestra que el autor sabe perfectamente a qué se refiere cuando nos habla de su concepto *realista* de persona (p. 28 ss., 653 ss.). Yendo a la cuestión esencial del asunto, García Caveró en una dirección distinta a Jakobs en esta parte, señala que “el reconocimiento de una persona no se debe (...) a las especiales reglas de constitución de la sociedad, sino al hecho natural de ser un ser humano” (p. 655). Es decir, el elemento natural *ser humano* por sí mismo adquiere una importancia considerable al punto de integrar y condicionar en definitiva el concepto de persona. Como si esto no fuera poco, el autor agrega que el problema que genera un concepto social de persona como el de Jakobs equivale a describir un edificio sólo con lo perceptible al ras del suelo, cuando lo que realmente interesa ver pueda que esté más bien en los fundamentos de ese edificio, cual puede captarse sólo mediante un concepto realista de persona que reivindica su lado individual (p. 31). Pero esto no quiere decir al mismo tiempo que García Caveró asuma una defensa acérrima de la individualidad natural de la persona, pues tampoco puede permitírsele siendo él un funcionalista, sino su interés se centra más bien en el desafío de armonizar la dimensión individual con lo social de la persona bajo un único concepto. No cabe duda que el concepto logrado por el autor es sugerente, pero encierra un problema: es irreconciliable con el concepto de persona defendido por Jakobs, quien es el padre del modelo funcional del Derecho penal que orienta la sistemática general de este libro. En efecto, lo dicho por Jakobs, que “uno no nace persona, no se es (persona) a partir de la

naturaleza, sino que se es bajo determinadas relaciones sociales, esto es, en el momento en que se atribuyen derechos y obligaciones” (Cfr. FS Lüderssen, p. 560), es una muestra que corrobora lo acabado de anotar. Esta definición de la persona es una estrictamente normativa en la (p. 446) que la constitución psicofísica “ser humano” no aporta un solo elemento configurador del concepto de persona. El ser humano como tal, sin referencia a un sistema normativo que le asigne un significado de valor, constituye para este modelo únicamente un sistema psicofísico gobernado por procesos mecánico-biológicos. La persona es, por el contrario, el resultado de una atribución social. Nadie es persona en cuanto persona, sino se es persona porque así se es atribuido por la sociedad y reconocido por el sistema jurídico. Visto el concepto de persona desde este ángulo, entonces se aprecia que el concepto *realista* de García Caveró no puede librarse de un tinte de *empirismo*. Este tinte se cuela en su concepto de persona cuando al lado del reconocimiento del carácter social de la persona también concede importancia a la *individualidad* del ser humano (p. 296 ss., 653 ss.), con lo que el concepto *realista* de persona viene a ser una conjunción de elementos naturalísticos y normativos.

Ahora bien, si esta característica va a distinguir al concepto *realista* de persona, cabe advertir entonces que de este modo dicho concepto se enfrenta al concepto *social* de persona, sin poder divisarse ninguna señal en favor de una armonización de estos dos modelos en torno a un único concepto. Pero esta situación en sí no plantea un problema, porque perfectamente puede optarse por uno u otro modelo y, a partir de sus premisas, construir una sistemática del Derecho penal. El único problema que veo es que si el punto de partida es un modelo *realista* del sujeto de la imputación, esto es, uno donde lo empírico con lo normativo se encuentran formando una especie de delta denominado “persona”, ¿cómo explicar luego la construcción de un sistema funcional del Derecho penal cuando este modelo en su prístina configuración se rehúsa a toda individualidad? Esta cuestión es capital porque dependiendo del concepto de persona que se defienda así se concebirá en general la norma y su infracción y, por ende, la construcción teórica de sus elementos que lo conforman. El Derecho penal funcional jakobsiano concibe a la persona en lo fundamental a partir del idealismo de la Filosofía del Derecho de Hegel como un concepto eminentemente normativo. Nadie es persona en sí misma, sino se es persona porque el sistema social así lo atribuye. Esto es, la persona es un producto de la socialización. Nadie es persona por el hecho de tener dos ojos, una boca y saber hablar, esos aspectos muestran únicamente una naturaleza psicofísica, a la que Jakobs denomina “individuo”, y todo lo relacionado con el individuo es irrelevante para la imputación jurídica. Cuando al individuo se le reconoce el estatus de persona es un indicativo que la individualidad quedó atrás, o que fue superada, por lo que ahora se le reconoce una capacidad de imputación y entonces ya se le puede (p. 447) tomar en cuenta en el mundo normativo. Todo esto demuestra que para un Derecho penal funcional no existen elementos naturales inmutables del ser humano que soporten la inclemencia de todos los tiempos, porque todo responde a una evolución, a un proceso de desarrollo histórico y social, un proceso en el cual el Derecho penal no se queda al margen. Significa que el edificio aludido por el autor está construido más bien, desde sus fundamentos hasta lo más elevado, únicamente de elementos normativos.

Lo interesante es que García Caveró no niega lo acabado de anotar. Todo ello constituye más bien sólo una parte de su exposición, porque él a la dimensión social (única válida para el funcionalismo) agrega otra, la dimensión individualista, otorgándole relevancia dentro de su concepto *sui generis* de persona. Si cabe levantar una objeción es entonces ¿para qué conservar la individualidad dentro del concepto de persona, cuando después va a defender un concepto de normas como expectativas de conductas normativamente estabilizadas y no como directivas de conductas? Justamente los elementos de individualidad del ser humano han servido de base para la fundamentación del carácter directivo o motivador de las normas y el mejor ejemplo lo constituye la prevención general negativa que reduce a las personas a meros procesos psíquicos, por lo que hay que amenazarlas o intimidarlas para que actúen respetando las normas. El problema se presenta cuando, por esta vía, como el mismo Hegel lo destacó, el Derecho penal se expone a negar la autonomía de la persona asumiendo una función de un palo que se

levanta para castigar a un perro. Pero la protesta hegeliana no tarda en llegar enfatizando contundentemente que no hay razón para tratar a la persona como un perro, pues por algo es persona, que ha superado su individualidad, su estado de naturaleza de ser sensorial para convertirse en un ser racional que encarna en sí el sistema normativo porque él mismo es parte de aquél. García Caveró no razona lo contrario, pero pienso que en su esfuerzo innovador por unir lo individual con lo social termina concediéndole una importancia inmerecida a la vetusta reliquia de la individualidad, abriéndose así un agujero en su construcción teórica por donde luego le resulta difícil impedir la infiltración de determinados elementos inmutables del ser humano, que finalmente no aportan nada a favor de una configuración coherente de la sistemática funcional de su libro.

En el mismo nivel de observación también cabría indicar que la defensa de las peculiaridades individuales contradice la fundamentación de una imputación jurídico-penal basada en roles, como la adoptada por García Caveró (p. 346 ss.). La teoría de los roles ha demostrado con sobrada contundencia precisamente que el rol trasciende a la individualidad (p. 448) de tal modo que la expectativa de conducta se identifica con un rol determinado –siendo el rol más general el de persona– mas no así con un individuo determinado. Cuando las expectativas se vinculan a los titulares de roles se establece en el Derecho penal la garantía de no exigir a su titular el deber de conocer más allá de lo que debe saber en el marco de su rol. Por esta vía no se castigan los conocimientos especiales, porque se substraen al estándar trazado por el rol. Como es de esperarse, García Caveró se opone al castigo de los conocimientos especiales. Por ejemplo, en el supuesto del asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, éste no se hace cómplice del delito de defraudación tributaria de su cliente si se limita a dar a conocer las deficiencias de la regulación tributaria “aún cuando el asesor conociese o sospechase de las intenciones (scil., delictivas) de su cliente” (p. 430). La solución es del todo correcta, pero, como se acaba de señalar, ella es posible sólo si se analiza la conducta del actuante en el marco de su rol, o de su ámbito de competencia, renunciándose por completo a su mera representación naturalística, en concreto: a su individualidad. Nuevamente ¿para qué conservar la individualidad dentro de la imputación jurídico-penal cuando el presente supuesto demuestra que no sirve para la resolución de casos?

Otra observación por hacer, si bien en menor grado y de corte metodológico, es sobre la ubicación sistemática de la culpabilidad (pp. 653 ss.). En el libro la culpabilidad aparece en un lugar posterior al injusto aun cuando de su contenido se deduce la influencia jakobsiana que comprende la culpabilidad como un presupuesto del concepto de acción. En mi opinión, el libro habría ganado estupendamente una coronación sistemática en el marco de un sistema funcional del que parte si la culpabilidad hubiera sido estudiada al comienzo, en el capítulo correspondiente al concepto de acción. Naturalmente, se observa que la opción elegida por García Caveró ha sido guiada más por “fines expositivos”, como quien pisa tierra siendo consciente ante todo que en la actualidad en la doctrina penal dominante en el Perú y demás países de habla hispana existe prácticamente unanimidad en estructurar las exposiciones de Parte General siguiendo el modelo del injusto personal conquistado por Welzel que divide el delito en injusto y culpabilidad, correspondiéndole a la culpabilidad un segundo lugar. El mismo autor reconoce que “son más razones de tradición” (p. 662) que le han impulsado a colocar la culpabilidad en segundo lugar, después del injusto. Pero, si bien esta postura es legítima y respetable en todo sentido, pienso que con sólo mirar el índice se advierte rápidamente que el libro se inscribe de cabo a rabo en un sistema novedoso (p. 449), provocativo y completamente innovador. Por tanto ¿qué más da incluir la culpabilidad antes del injusto?, cuando el contenido de esta Parte General en sí misma ¡ya ha quebrado toda estructura e interpretación tradicional del concepto de delito!

En definitiva, la construcción teórica de esta Parte General es admirable. Hay que darle las gracias muy sinceramente a García Caveró por presentarnos tan excelente libro en el que se condensan muchas horas de rigor investigador y del que, sin duda, todos tenemos mucho que aprender. Después de esta publicación ¿quien se atrevería a decir que en el Perú no se hace un buen Derecho penal?