

THOMAS ROTSCH

**DERECHO PENAL,
DERECHO
PENAL ECONÓMICO
Y *COMPLIANCE***

Artículos de dos décadas

Edición a cargo de
Jaime Winter Etcheberry
e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , <i>por Jesús-María Silva Sánchez</i>	17
AGRADECIMIENTOS	19

SECCIÓN I GENERAL

CAPÍTULO I. EN RELACIÓN CON LA HIPERTROFIA DEL DERECHO. ALEGATO EN FAVOR DEL ACERCAMIENTO ENTRE CIENCIA Y PRAXIS	23
I. INTRODUCCIÓN.....	23
II. INVENTARIO: ¿ABISMO PROFUNDO, INTERACCIÓN TRASTORNADA O RELACIÓN FRUCTÍFERA ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS?.....	24
III. DERECHO Y TIEMPO. EN BUSCA DE RAZONES PARA EL DÉFICIT COMUNICATIVO ENTRE CIENCIA Y PRÁCTICA	25
1. Sobre la hipertrofia del Derecho	26
<i>a)</i> La hipertrofia del Derecho penal.....	27
<i>b)</i> La hipertrofia del Derecho	32
2. Sobre el espíritu de los tiempos.....	33
<i>a)</i> El espíritu de la práctica	34
<i>b)</i> El espíritu de la ciencia.....	35
<i>c)</i> El espíritu del tiempo	37
IV. ALEGATO EN FAVOR DE UN ACERCAMIENTO ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS	38
V. CONCLUSIÓN	41

SECCIÓN II
PARTE GENERAL

CAPÍTULO II. EL CONCEPTO ECONÓMICO DE AUTOR: AL MISMO TIEMPO UNA CONTRIBUCIÓN SOBRE LA DIFERENCIACIÓN, DIVERSIFICACIÓN Y DIVISIONALIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	45
I. INTRODUCCIÓN	45
II. NOVEDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO. EL DOMINADOR DE LA ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL BGH.....	46
1. Primera etapa de la difuminación: el dominio de la organización en Roxin.....	47
2. Segunda etapa de la difuminación: la jurisprudencia del BGH sobre autoría mediata en Derecho penal económico	49
III. DIFERENCIACIÓN, DIVERSIFICACIÓN Y DIVISIONALIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	53
1. Diferenciación de la dogmática jurídico-penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (1)	53
2. Diversificación de la dogmática penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (2)	54
3. Divisionalización de la dogmática jurídico-penal. Tendencias hacia la hiperplasia compensatoria (3)	57
IV. RESULTADOS Y PERSPECTIVA.....	57
CAPÍTULO III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA «CAUSALIDAD ALTERNATIVA».....	59
I. INTRODUCCIÓN	59
II. EL CASO INICIAL: <i>BGHST</i> 39, P. 195.....	60
III. CAUSALIDAD (¿ALTERNATIVA?)	62
1. La solución alcanzada por el BGH y la literatura en el caso del abogado	62
2. La diferenciación entre causalidad cumulativa y alternativa	63
3. La concreción de la problemática de la causalidad.....	64
a) Sobre la falta de necesidad de tratamiento especial de los casos de «causalidad alternativa».....	65
b) Sobre el significado de una contribución causal <i>ex post</i>	66

	Pág.
c) Sobre el significado de toda teoría jurídica sobre la fundamentación de la causalidad	68
d) Sobre el significado de la perspectiva <i>ex ante</i> en el ámbito del juicio de causalidad	69
IV. IMPUTACIÓN OBJETIVA	71
1. La solución del caso del abogado	72
2. La solución de las constelaciones clásicas de envenenamiento	73
3. La solución de casos afines	75
V. RESULTADOS	76
CAPÍTULO IV. LA FIGURA JURÍDICA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES EN EL MARCO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER Y SU TRANSFERIBILIDAD A ESTRUCTURAS COMERCIALES ORGANIZADAS.	
I. INTRODUCCIÓN	79
II. LA FIGURA JURÍDICA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA COMISIÓN DE ILÍCITOS PENALES EN EL MARCO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	81
1. El desarrollo en la literatura	81
2. La fundamentación del BGH	83
3. Reflexiones	83
III. LA TRANSFERIBILIDAD DE LA FIGURA DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR A ESTRUCTURAS ORGANIZACIONALES COMERCIALES	86
1. Primer obstáculo de la aplicación: el colectivo	87
2. Segundo obstáculo de aplicación: grandes riesgos	88
3. Tercer obstáculo de aplicación: organización formal	89
IV. CONCLUSIONES	90
CAPÍTULO V. ¿DOMINIO DEL HECHO EN VIRTUD DE DOMINIO DE ORGANIZACIÓN?	
I. INTRODUCCIÓN	91
II. EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN LA LITERATURA	93
1. Autoría mediata en virtud de dominio de organización	93
a) Dominio del hecho a través del dominio de la voluntad en virtud del dominio del aparato organizado de poder (Roxin)	94

	Pág.
<i>b)</i> Dominio del hecho mediante la utilización de quien está decidido a llevarlo a cabo (Schroeder)	96
2. Crítica: necesidad político criminal <i>versus</i> contundencia dogmática.	97
<i>a)</i> El enfoque de Schroeder.....	97
<i>b)</i> El enfoque de Roxin	98
III. LA JURISPRUDENCIA DEL BGH SOBRE AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.....	108
1. <i>BGHSt</i> 40, p. 218.....	108
2. <i>BGHSt</i> 42, p. 65.....	112
3. <i>BGHSt</i> 44, p. 204.....	116
4. <i>BGHSt</i> 40, p. 257.....	118
5. <i>BGHSt</i> 40, p. 307.....	121
6. BGH, <i>NStZ</i> , 1997, p. 544.....	123
7. BGH, <i>NJW</i> , 1998, p. 767	125
8. BGH, <i>JR</i> , 1999, p. 205	127
9. BGH, 2 BJs 95/97, y 4 Stb 5/9	128
IV. CONCLUSIONES	130
CAPÍTULO VI. NOVEDADES SOBRE EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN	133
I. INTRODUCCIÓN	133
II. ESTADO DE LA DISCUSIÓN.....	134
III. NUEVOS DESARROLLOS EN LA LITERATURA Y EN LA JURISPRUDENCIA	135
1. La problemática construcción de Roxin.....	135
<i>a)</i> La crítica de la falta de incremento de la probabilidad de producción del resultado	136
<i>b)</i> La crítica de la escasa sustituibilidad de instrumentos especialmente cualificados	137
<i>c)</i> La crítica de la escasa fungibilidad en el marco del hecho concreto	139
2. La actual jurisprudencia del BGH.....	142
<i>a)</i> ¿Una aproximación definitiva a la teoría del dominio del hecho?	142
<i>b)</i> «Creación y aprovechamiento de condiciones»: ¿una nueva forma de autoría mediata?.....	144
IV. CONCLUSIONES	145

	Pág.
CAPÍTULO VII. DE EICHMANN A FUJIMORI: SOBRE LA RECEPCIÓN DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN TRAS LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE PERÚ	147
I. INTRODUCCIÓN	147
II. MEDIO SIGLO DE AUTORÍA POR DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN	148
1. El año de nacimiento del dominio de la organización: la concepción fundamental de Roxin en <i>GA</i> , 1963, p. 193	148
2. La tesis doctoral de Schroeder de 1965	149
3. La decisión fundamental del BGH en su fallo de 26 de julio de 1994, 5 StR 98/94 (<i>BGHSt</i> 40, p. 218)	150
4. La jurisprudencia posterior del BGH, en particular sobre Derecho penal económico	150
5. Doctrina disidente en Alemania	151
6. La recepción en el extranjero y en el Derecho penal internacional	151
7. La modificación de Roxin de su concepción original en 2006	152
8. La condena de Alberto Fujimori por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009	153
III. CONCLUSIÓN	153
CAPÍTULO VIII. «FRACASO CONJUNTO». SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA LEGALIDAD DE LA COAUTORÍA IMPRUDENTE.....	155
I. INTRODUCCIÓN	155
II. LOS REQUISITOS DE LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DOLOSOS.....	157
1. La decisión conjunta de cometer el hecho	158
<i>a)</i> La decisión para la comisión colectiva del hecho	158
<i>b)</i> El carácter común de la decisión de cometer el hecho	159
2. La ejecución conjunta del hecho	160
<i>a)</i> La contribución al hecho del autor individual	160
<i>i)</i> La causalidad de la contribución individual	160
<i>ii)</i> La esencialidad de la contribución causal individual	165
<i>b)</i> La imputación de los aportes al hecho en el § 25, párrafo 2, StGB	167

	Pág.
III. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE LA COAUTORÍA IMPRUDENTE.....	169
1. Caso de referencia en el marco de la discusión sobre coautoría imprudente	169
2. Sobre la transferibilidad de los principios de la coautoría dolosa a la imprudente	170
a) La decisión conjunta de cometer el hecho	170
i) La decisión para la comisión colectiva del hecho	170
ii) El carácter común de la decisión de cometer el hecho.....	171
b) La realización conjunta del hecho	171
i) La contribución al hecho del autor individual.....	172
ii) La imputación de la contribución al hecho a través de la aplicación del § 25, párrafo 2, StGB en los delitos imprudentes	172
3. ¿Necesidad de la coautoría imprudente?	172
4. La aplicación de la solución aquí propuesta a las constelaciones típicas de casos de supuesta coautoría imprudente	173
IV. RESULTADO.....	175
CAPÍTULO IX. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA DOGMÁTICA DE LA PARTICIPACIÓN. AL TIEMPO, UNA CONTRIBUCIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	177
I. INTRODUCCIÓN	177
II. EL DUALISMO DE LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN: ¿SISTEMA DE FORMAS DE PARTICIPACIÓN <i>VERSUS</i> AUTOR UNITARIO?	178
III. ESBOZO Y PRIMERA CONCRECIÓN DE UN POSIBLE MODELO NORMATIVO DE IMPUTACIÓN INDIFERENTE A LA PARTICIPACIÓN.....	181
1. Esbozo del modelo.....	181
2. Primeras concreciones del modelo	184
IV. RESULTADO.....	189
CAPÍTULO X. EL LUGAR DE COMISIÓN DE LA CONDUCTA EN EL SENTIDO DEL § 9, INCISO 1, STGB. SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL ALEMÁN EN CASOS DE OMISSION Y COAUTORÍA.....	191
I. INTRODUCCIÓN	191

	Pág.
II. OBJETO DE REGULACIÓN Y CONCEPTO DEL DERECHO DE APLICACIÓN DE LA PENA: UN INTENTO DE PRECISIÓN	192
1. El objeto de regulación del Derecho de aplicación de la pena.....	192
a) Precisión de la generalizada aseveración de que los §§ 3 y ss. StGB regulan la aplicación del Derecho penal alemán.....	193
b) Precisión respecto a la generalizada opinión de que los §§ 3 y ss. StGB regulan hechos que tienen conexión con el extranjero....	193
2. El concepto de Derecho de aplicación de la pena	195
3. La exclusión de los §§ 8 y 9 StGB del Derecho de aplicación de la pena.....	195
III. LA REGULACIÓN DEL § 9 STGB: UN INTENTO DE ANÁLISIS...	196
1. La construcción del § 9 StGB.....	196
a) La regulación del § 9, inciso 1, StGB en general	197
b) La regulación del § 9, inciso 2, StGB en general	197
2. La asunción de la teoría de la ubicuidad.....	198
IV. EL LUGAR DE LA CONDUCTA EN EL SENTIDO DEL § 9, INCISO 1, STGB EN LOS CASOS DE OMISIÓN Y COAUTORÍA: UN INTENTO DE SOLUCIÓN.....	199
1. El lugar de la conducta en los delitos de omisión: sobre el establecimiento de lugares del hecho dentro del Estado en casos de omisión.	199
2. El lugar de la conducta en casos de coautoría: sobre la imputación de lugares del hecho nacionales en casos de comisión conjunta.....	202
3. El lugar de la conducta en casos de omisión en coautoría: sobre la combinación de determinación del lugar del hecho e imputación del lugar del hecho	204
V. RESULTADO.....	205

SECCIÓN III PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO XI. SOBRE EL CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN EN EL HURTO	209
I. INTRODUCCIÓN.....	209
II. SUSTRACCIÓN COMO PROVOCACIÓN DE UN CAMBIO DE POSESIÓN.....	210
1. Los casos de incautación.....	211
2. Los casos de autoservicio	211
3. Los casos de hurto con engaño.....	213

	Pág.
4. Consecuencias	214
III. EL PUNTO DE REFERENCIA DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA	216
1. El consentimiento a la pérdida de posesión	217
2. El consentimiento al establecimiento de una nueva posesión	219
3. Consecuencias	220
IV. RESULTADO.....	223
CAPÍTULO XII. LA PÉRDIDA PATRIMONIAL DE GRAN MAGNITUD EN LA ESTAFA Y LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	225
I. INTRODUCCIÓN	225
II. LA «PÉRDIDA» DEL PATRIMONIO (BGH, <i>NJW</i> , 2003, P. 3717) .	226
1. El concepto de patrimonio	227
a) El concepto jurídico de patrimonio.....	227
b) El concepto económico de patrimonio	228
c) El concepto personal de patrimonio.....	228
d) El concepto jurídico-económico de patrimonio	229
2. Concepto de daño en el sentido del § 263, apartado 1, StGB.....	230
a) Concepto de daño objetivo e individual-objetivo	230
b) El peligro de daño.....	231
3. El caso especialmente grave en el sentido de los §§ 263, apartado 3, oración 2, número 2, variante 1, y 266, apartado 2, StGB. El concepto de pérdida.....	235
a) La opinión de Tiedemann	235
b) La jurisprudencia del BGH	236
c) La interpretación de Joecks.....	236
d) Toma de posición	238
III. LA «GRAN MAGNITUD» DEL PERJUICIO PATRIMONIAL (BGH, <i>NJW</i> , 2004, P. 169).....	243
1. ¿Determinación objetiva del monto del daño causado?	244
2. Criterios (objetivos) de valoración.....	246
a) El saldo promedio de daño	246
b) Consideraciones sistemáticas	247
3. Sobre la interpretación conforme a la Constitución de la «pérdida de gran magnitud»	248
4. Conclusión.....	249
IV. RESULTADO.....	249

	Pág.
CAPÍTULO XIII. MITOLOGÍA Y LOGOS DEL § 298 STGB	251
I. INTRODUCCIÓN	251
II. LA ESTRUCTURA DEL § 298 STGB	252
1. El bien jurídico tutelado	252
a) La competencia	253
b) El patrimonio como bien jurídico cotutelado	256
2. ¿Delito de peligro o de lesión?	258
a) Con respecto a la institución de la competencia como bien jurídico tutelado	258
b) En consideración al patrimonio del ente público licitante como bien jurídico tutelado	259
3. ¿Delito de mera actividad o de resultado?	260
4. ¿Delito especial o común?	269
5. ¿Ley penal en blanco o tipo penal con elementos típicos normativos?	273
III. LOS INTERVINIENTES EN EL ACUERDO (ANTI JURÍDICO) ...	274
IV. EL CÍRCULO DE AUTORES	278
1. § 25, inciso 1, primera variante, StGB	278
2. § 25, inciso 1, segunda variante, StGB	278
3. § 25, inciso 2, StGB	279
a) Imputación conforme al § 25 StGB por la participación en la presentación de la oferta	279
b) Imputación conforme al § 25, inciso 2, StGB por la participación solo en el acuerdo	280
c) Imputación conforme al § 25, inciso 2, StGB por la participación en la etapa de preparación del acto preparatorio	280
V. CONCLUSIÓN	280

SECCIÓN IV

DERECHO PENAL Y COMPLIANCE

CAPÍTULO XIV. COMPLIANCE Y DERECHO PENAL: PREGUNTAS, SIGNIFICADO, PERSPECTIVAS. OBSERVACIONES PRELIMINARES A UNA TEORÍA DEL LLAMADO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	285
I. INTRODUCCIÓN. PREGUNTAS	285
II. LA RELACIÓN ENTRE <i>COMPLIANCE</i> Y DERECHO PENAL: SIGNIFICADO	287
1. <i>Compliance</i>	287

	Pág.
2. <i>Criminal compliance</i> . Un intento de concreción	288
a) Finalidad.....	288
i) Desde el punto de vista de la empresa	288
b) Desde el punto de vista del Estado	291
c) Objeto	292
d) Fuentes	293
e) Destinatarios.....	294
f) Medidas.....	295
3. El concepto concretado de « <i>criminal compliance</i> »	297
III. OBSERVACIONES PRELIMINARES A UNA TEORÍA DEL <i>CRI-MINAL COMPLIANCE</i> . PERSPECTIVAS	297
1. Derecho penal del riesgo.....	297
2. Divisionalización del Derecho penal	298
3. De la heterorregulación a la autorregulación (regulada)	299
4. Globalización.....	299
5. Análisis económico costo-beneficio.....	300
IV. RESULTADOS.....	300
CAPÍTULO XV. CONTRA EL DEBER DE GARANTE DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO	301
I. INTRODUCCIÓN.....	301
II. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	303
III. LA PERSONA DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO	306
IV. EL DEBER DE GARANTE DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO	307
1. La diferenciación elemental de deberes de garante	308
2. Posibilidades de fundamentar un deber de garante del encargado de cumplimiento.....	309
a) El encargado de cumplimiento como garante de vigilancia ...	309
b) El encargado de cumplimiento como garante de protección.	311
c) Requisitos comunes de los deberes de vigilancia y de protección.....	312
V. LA RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE ACCIÓN Y EL DEBER DE GARANTE	312
VI. EL PROFUNDO PROBLEMA DEL <i>OBITER DICTUM</i>	317
VII. RESULTADO Y PERSPECTIVA	317

PRÓLOGO

Thomas Rotsch es uno de los profesores alemanes de Derecho penal que ha alcanzado una mayor proyección internacional en la última década. Su nombre aparece asociado a la discusión sobre el compliance¹, sin duda el mayor acontecimiento en el mundo de la ciencia penal europea e iberoamericana en lo que va de siglo. Pero, asimismo, resulta notorio que fue fundador y es director de la revista electrónica ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), que desde hace más de una década constituye otro acontecimiento en el ámbito de las publicaciones jurídico-penales. Ahora tengo el gusto de presentar al mundo penalista de habla hispana un primer libro que recoge algunos de los trabajos más representativos del profesor Rotsch. Estos, junto a los ya publicados en revistas de nuestro espacio lingüístico, van a permitir un buen conocimiento de su obra por parte de los académicos y prácticos del Derecho penal que no dominan la lengua alemana.

Se trata en su mayoría de trabajos de dogmática de la Parte General del Derecho penal, aunque también hay algunos de la Parte Especial y otros se refieren a problemas del compliance. El criterio rector de la selección es la relación entre el Derecho penal y la economía. Ya desde su tesis doctoral, Rotsch observa la teoría del delito —la dogmática del Derecho penal, en general— desde el punto de vista del mundo de la empresa y de los delitos económicos². Esta perspectiva me parece absolutamente aconsejable. Las categorías del Derecho penal deben someterse a la prueba de estrés de las complejas realidades de la economía, si es que pretenden su supervivencia más allá del homicidio, las lesiones y las apropiaciones. Ahora bien, Rotsch es crítico con la imagen que ofrecen las teorías dogmáticas aplicadas a la economía. Así, advierte en ellas una hipercomplicación, un exceso de refinamiento que, a su juicio, debilita cada vez más la relación entre la ciencia y la praxis. En su opinión, esa excesiva complicación trae causa, en amplia medi-

¹ ROTSCHE, «Criminal Compliance», *InDret*, 1/2012, pp. 1 y ss.; íd., «Sobre las preguntas científicas y prácticas del “criminal compliance”», *Derecho penal contemporáneo*, 3/2015, pp. 79 y ss.; íd., «Corrupción y Compliance», en GÓMEZ MARTÍN/MONTIEL/SATZGER (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 2018, pp. 227 y ss.; en portugués, íd., «Corrupção e Criminal Compliance», *Revista de Estudos Criminais*, 2019, pp. 31 y ss.

² ROTSCHE, *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998.

da, de la voluntad de acoger bajo un único manto conceptual soluciones ad hoc que se basan en pretensiones de solución justa del caso concreto. Como puede intuirse, su posición es pragmática y, en ese marco general, milita entre quienes ven difícil que la Parte General del Derecho penal siga rigiendo de modo verdaderamente «general» frente a una inevitable sectorialización. ¿Una Parte General o varias partes generales? Este es un tema que, sin duda, merece discusión.

Una de las preocupaciones permanentes en la carrera académica de Rotsch ha venido siendo el sistema de intervención en el delito. A esta materia dedicó ya su escrito de habilitación de 2009³. Su posición es crítica con los sistemas diferenciados de intervención y, muy en particular, con la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, también se manifiesta contrario a un concepto unitario de autor al modo clásico, esto es, con base en la causalidad. Frente a lo uno y lo otro, acoge una perspectiva constructiva de la teoría del delito que califica de «normativa-funcional». Desde esa opción metodológica, sostiene un concepto unitario de interviniendo con base en la doctrina de la imputación objetiva y, en particular, en la noción de incremento del riesgo. Este es el sustrato de sus reiteradas críticas a la concepción de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder, que tienen una buena representación en el texto que presento. Pero también es el fundamento de una toma de posición matizada en relación con el largo debate de la doctrina alemana sobre la coautoría imprudente. Un debate en el que sin duda desempeñó un papel esencial la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el famoso caso del «pulverizador para el cuero» (Lederspray)⁴.

En fin, como ya se anticipó, Rotsch se ha convertido en uno de los grandes especialistas alemanes en los problemas del criminal compliance. De hecho, ya en 2014 fue editor del Criminal Compliance Handbuch, si no me equivoco, el primero en su género. La obra que tengo el gusto de presentar también da cuenta de su posición sobre algunos aspectos de un concepto problemático que ocupa un lugar central en la discusión jurídico-penal global.

La publicación de este texto del profesor Rotsch es, sin duda, expresión de la centenaria colaboración entre las culturas jurídico-penales alemana e hispano-americana, que ahora tiene una especial proyección en el Derecho penal económico. Con mi deseo de que goce de una amplia acogida entre los académicos y los profesionales, quiero transmitir mi cordial enhorabuena al apreciado colega Rotsch por el éxito que esto supone para la difusión de su obra.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

³ ROTSCHE, «Einbeitstäterschaft» statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungssystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009.

⁴ La polémica sigue si se tiene en cuenta el relativamente reciente debate entre ROTSCHE y PUPPE sobre dicho caso: Rotsch, «“Lederspray” redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen, Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft», ZIS, 2018, pp. 1 y ss.; con réplica de PUPPE, «Das “Gremienproblem”, die Kausalität und die Logik», ZIS, 2018, pp. 57 y ss.

AGRADECIMIENTOS

Hace ya algunos años que varios colegas españoles y latinoamericanos me pidieron que publicara algunas de mis contribuciones de dogmática penal en un libro en español. El presente libro cumple ahora con esta honrosa petición. Como avanza su título, reúne quince artículos acerca de los fundamentos y la parte general y especial del Derecho penal, sobre el Derecho penal económico y sobre la esfera del *compliance* penal, que abarcan un periodo de casi veinte años.

Me gustaría agradecer a todos los que han hecho posible esta publicación. En primer lugar, están las/los colegas que se han tomado la molestia de traducir las contribuciones, Jorge Cabrera Guirao, Andy Carrión Zenteno, María Cecilia Dómine, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Mauricio Reyes López, Ítalo Reyes Romero, Jaime Luis Varela Ventura y Jaime Winter Etcheberry. Un agradecimiento especial es debido a mi estudiante de doctorado chileno Jaime Winter, que tradujo varias contribuciones y que también fue decisivo para impulsar el proyecto, así como a mi amigo y colega el profesor Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, de la Universidad Complutense de Madrid, que no solo apoyó incansablemente esta publicación, sino que también gestionó la mediación con la editorial. Cuando las diversas traducciones tuvieron que ser revisadas y corregidas, Íñigo impulsó con éxito la finalización del proyecto en el menor tiempo posible y con gran dedicación de su tiempo. Sin ellos, este libro no se habría publicado.

A la editorial Marcial Pons se le agradece sinceramente la publicación sin problemas del libro, incluso en tiempos difíciles.

Gießen, agosto de 2020.

Thomas ROTSCH

SECCIÓN I
GENERAL

CAPÍTULO I
EN RELACIÓN
CON LA HIPERTROFIA DEL DERECHO.
ALEGATO EN FAVOR DEL ACERCAMIENTO
ENTRE CIENCIA Y PRAXIS*

I. INTRODUCCIÓN

Está de moda lamentarse por la relación entre la ciencia del Derecho penal y su praxis, y no solamente en tiempos recientes. Ya en su *System des heutigen römischen Rechts (Sistema del Derecho romano actual)* de 1840 se lamentaba von Savigny de que «la principal causa del estado de nuestro Derecho radica en una separación entre la teoría y la praxis en constante aumento»¹. También en los últimos tiempos ha habido elocuentes quejas al respecto. Ya se han referido a esta problemática tres famosas lecciones inaugurales. Así, en 1957, Thomas Würtemberg escrutó de manera muy crítica la «situación espiritual de la ciencia penal alemana»²; en 2000, Lutz Meyer-Gößner distinguió una «teoría sin praxis y una praxis sin teoría»³, y Volker Erb, solo un año después, indicó que «la ciencia del Derecho penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la práctica del Derecho penal que hacen los tribunales de instancia» se encuentran en una «indisoluble tensión»⁴. Otros artículos especializados sobre el tema provienen de Fritz Loos⁵, Hans Joachim Hirsch⁶, Björn Burkhardt⁷ y

* «Zur Hypertrophie des Rechts – Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis», *ZIS*, 2008, pp. 1 y ss. Traducción de Jaime Winter Etcheberry.

El texto es una versión, levemente reducida en el texto y ampliada en las notas al pie, de la lección inaugural del autor en la Universidad de Augsburg el 26 de octubre de 2007. Se ha mantenido el estilo de conferencia.

¹ SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, 1840, p. 25.

² WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.ª ed., 1959.

³ MEYER-GÖßNER, *ZRP*, 2000, p. 345.

⁴ ERB, *ZStW*, 113, 2001, p. 1.

⁵ LOOS, en IMMENGA (coord.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pp. 261 y ss.

⁶ HIRSCH, en JESCHECK/VOGLER (coords.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70*, 1989, pp. 19 y ss.

⁷ BURKHARDT, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 111 y ss.

Rainer Zaczyk⁸. Hace poco, en el año 2007, Henning Radtke trató el fenómeno bajo el título de «¿Interacción trastornada?»⁹. Al respecto, ya en la exposición que realizó en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebradas en 1972 en Kiel, Wolfgang Naucke lo formuló de este modo: «La separación entre ciencia y praxis es decisiva ya desde 1850, y de ahí en adelante solo ha seguido tomando forma sutilmente»¹⁰.

Sin embargo, esta separación no es un fenómeno circunscrito a nuestro tema. Así, es por todos conocida la expresión «eso posiblemente sea correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica» que, como también es sabido, fue usada en 1793 por Kant como título de uno de sus escritos, con el que se defendió de los ataques a su filosofía moral¹¹. ¿Estará, entonces, el intento de superar el aquí constatado abismo entra teoría y práctica probablemente condenado al fracaso desde un principio? No me parece que sea así. Por eso en mi presentación, después de un breve inventario (epígrafe II), me referiré, primero, a la búsqueda de causas para el aquí constatado déficit de comunicación (epígrafe III). Que veo estas causas sobre todo como un *crecimiento excesivo de carácter patológico* de la dogmática penal alemana es algo que queda probablemente claro desde el título de este artículo. En virtud de ello, en la tercera parte me gustaría ofrecerles algunos ejemplos concretos de la hipertrofia del Derecho y de la dogmática jurídico-penal (subapartado 1). Sin embargo, con ello aún no se nombran las causas profundas de esta hipertrofia. De ello me ocuparé en el subapartado 2. En la cuarta parte (IV) me gustaría, finalmente, describir ciertas vías de aproximación, antes de que, en la quinta (V), resuma brevemente los resultados.

II. INVENTARIO: ¿ABISMO PROFUNDO, INTERACCIÓN TRASTORNADA O RELACIÓN FRUCTÍFERA ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS?

En su contribución al libro en homenaje a Tröndle, Hirsch constató que habría pocos Estados en los que el contacto profesional entre la ciencia jurídica y la jurisprudencia fuera tan estrecho como en Alemania¹². También Schünemann advierte que una agobiante presión de control (*Kontrolldruck*) como la que afrontan los tribunales alemanes por parte de la ciencia no tiene parangón en Inglaterra o Francia¹³. Y, finalmente, Rad-

⁸ ZACZYK, en WIDMAIER/LESCH/MÜSSIG/WALLAU (coords.), *Festschrift für Hans Dabs*, 2005, pp. 33 y ss.

⁹ RADTKE, *ZStW*, 119, 2007, p. 69.

¹⁰ NAUCKE, *ZStW*, 85, 1973, p. 399 (424).

¹¹ ZACZYK, *op. cit.*, p. 33.

¹² HIRSCH, *op. cit.*, p. 19.

¹³ SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70.*, 2001, p. 5.

kte responde de forma negativa al título —formulado como pregunta— de su ya mencionado trabajo sobre la «interacción trastornada»: la impresión general es positiva, predomina la armonía y esta cubre las en parte inevitables disfunciones¹⁴.

No se puede negar que en el seno del Tribunal Supremo alemán (en adelante, BGH), en general, se da una discusión de opiniones provenientes de la ciencia jurídico-penal. Y, en la práctica, en otros países la referencia jurisprudencial a opiniones científicas es de manera general algo realmente poco común¹⁵. Sin embargo, para el Derecho penal alemán y para la ciencia penal alemana, que la jurisprudencia *indudablemente* discuta y dialogue con la ciencia es algo que se da por hecho. Frente a este contexto es posible constatar una corrosión de la relación entre la ciencia jurídico-penal y la práctica que me recuerda la metáfora de la «rana hervida»¹⁶: si uno coloca una rana en una olla con agua caliente, el animal intentará inmediatamente saltar fuera de ella. Sin embargo, si uno deja la misma rana en agua fría y va subiendo poco a poco la temperatura, el animal se dejará cocinar hasta la muerte, sin defenderse en absoluto. Este fenómeno me parece que también puede predicarse de la situación actual de las ciencias jurídico-penales: ¡Hace décadas que nos damos cuenta de que el agua está cada vez más caliente y, sin embargo, no nos movemos!

En su extraordinariamente diferenciado y crítico artículo sobre la «Dogmática jurídico-penal exitosa y sin efectos», Burckhardt resaltó con exactitud la problemática de las relaciones entre ciencia y praxis, y, a partir de ello, llegó a una deprimente conclusión: «El breve listado de razones para esta desagradable situación de la ciencia jurídico-penal lleva a que la esperanza de una mejora se vaya, más bien, desvaneciendo»¹⁷.

III. DERECHO Y TIEMPO. EN BUSCA DE RAZONES PARA EL DÉFICIT COMUNICATIVO ENTRE CIENCIA Y PRÁCTICA

Los temores al contacto entre la teoría y la praxis tienen distintas razones que aquí no se pueden ni siquiera comenzar a abordar de forma exhaustiva¹⁸. Sin embargo, me gustaría intentar mostrar dos grandes grupos que parecen ser los principales responsables de la precaria relación de la teoría y la

¹⁴ RADTKE, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵ También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) renuncia a las referencias. *Vid.*, por ejemplo, STEDH, *NJW*, 2006, p. 3117, e *id.*, *NJW*, 2004, p. 2209.

¹⁶ La referencia al «principio de la rana hervida» («*boiling frog principle*») también se puede encontrar en BUCKHARDT, *op. cit.*, p. 137.

¹⁷ *Ibid.*, p. 156.

¹⁸ *Vid.* particularmente en *ibid.*

práctica. Se trata de la hipertrofia del Derecho (a continuación en el epígrafe 1) y el espíritu de los tiempos (epígrafe 2).

1. Sobre la hipertrofia del Derecho

El concepto de hipertrofia es utilizado principalmente en la medicina y en ese contexto describe el crecimiento de un órgano por el crecimiento de sus células¹⁹. Con el concepto de *hipertrofia compensatoria* se habla de la adaptación desmesurada a una saturación patológica²⁰. Me parece que con este par de conceptos²¹ se puede describir perfectamente bien la situación actual de la dogmática alemana: ningún otro sistema jurídico-penal del mundo se configura con una interdependencia de normas, teorías y decisiones judiciales en tal medida compleja y complicada como el alemán. Y tampoco en ningún otro sistema jurídico-penal los académicos del ámbito penal son tan meticulosos a la hora de perseguir el continuo refinamiento de teorías que no tienen ninguna relevancia práctica. Es evidente, sin embargo, que esta «especificación»²² —practicada hasta el exceso— de la dogmática no alcanza a una praxis cuyas necesidades se dirigen en un sentido completamente distinto. Por otro lado, este fenómeno tiene un aspecto más actual y urgente: en un mundo europeizado y globalizado en el que ya existe una búsqueda de una dogmática del Derecho penal internacional y en el que probablemente pronto se pretenda conseguir un concepto europeo común de Derecho penal no queda espacio para un sistema jurídico tan hipertrofiado²³. Y ninguno de nosotros quiere que el temor de Burkhardt se convierta en algún momento en realidad y en algunos años los dogmáticos jurídico-penales alemanes sean demasiado competentes para la supervivencia de la dogmática penal alemana²⁴.

No me malentiendan: no pretendo abogar por una dogmática demasiado *simplificada*. Pero sí quiero enlazar esta presentación con una llamada a despedirnos de una dogmática jurídico-penal sobrecomplicada y volver a reflexionar sobre un sistema de responsabilidad penal, uno no demasiado sim-

¹⁹ Voz «Hypertrophie», en PSCHYREMBEL/HILDEBRANDT, *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch*, 259.^a ed., 2002, pp. 753 y s.

²⁰ Voz «Kompensation», *ibid.*, p. 885, y «Aktivitätshypertrophie», *ibid.*, p. 35.

²¹ Si se considera que la inflación del Derecho penal ha causado excrecencias dogmáticas también fuera del sistema original, entonces se puede hablar de hiperplasia compensatoria. *Vid.* ROTSCH, *ZIS*, 2007, 260 (263). Para una distinción en sentido médico, *vid.* voz «Hyperplasie», en PSCHYREMBEL/HILDEBRANDT, *op. cit.*, p. 749.

²² ROXIN, *Täterschaft und Tatberrschaft*, 8.^a ed., 2006, p. 80, con referencia a BUSCH, *Moderne Wandlung der Verbrechenslehre*, 1949.

²³ *Vid.* al respecto, extensamente, ROTSCH, en HATTENHAUER/HOYER/MEYER-PRITZL/SCHUBERT (coords.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 2008, pp. 711 y ss.

²⁴ BURKHARDT, *op. cit.*, p. 157.

plificado, sino suficientemente simple y con la claridad necesaria, así como con la capacidad de estar abierto a hacer concesiones y, a su vez, que permita una discusión de contenidos entre la teoría y la práctica. La famosa frase de Albert Einstein: «Cada teoría debe ser tan simple como sea posible, ¡pero no más simple!» puede perfectamente invertirse: «Cada teoría científica puede ser tan compleja como sea necesario, ¡pero no más compleja!».

En lo que sigue me gustaría mostrarles, de la mano de algunos ejemplos, que la situación actual es completamente distinta a lo propuesto en esta última frase [epígrafe *a*)]. Luego se aventurará una mirada comparativa sobre temas más allá de los límites del Derecho penal [epígrafe *b*)], antes de que (en el epígrafe 2) vayamos al segundo grupo de razones a las que hago responsables del déficit comunicativo entre ciencia y práctica.

a) *La hipertrofia del Derecho penal*

El ya centenario²⁵ déficit comunicativo entre la teoría y la ciencia en el Derecho penal continúa profundizándose²⁶. Mientras la ciencia jurídico-penal se pierde en teorías cada vez más refinadas y en discusiones jurídico-teóricas y jurídico-filosóficas, además de intentar «europeizar» e «internacionalizar» sus resultados, el práctico se esfuerza por no ahogarse en un mar de expedientes y documentos y se alegra si logra que su departamento no se hunda. Es evidente que no tiene a su disposición el tiempo ni los medios para transportar los conocimientos científicos a una sentencia probablemente justa, a una completa acusación o a un convincente escrito. A esto se añade que, en la práctica, frecuentemente no existe la necesidad de tal trabajo científico.

En la revista *ZIS*²⁷ describí la evolución actual como *difuminación de la dogmática jurídico-penal* e intenté analizarla con la ayuda de las conceptualizaciones de la economía. La descripción de las tendencias hacia la difuminación que distinguí como *diferenciación*, *diversificación* y *divisionalización* tiene, a mi entender, varias ventajas: por un lado, probablemente se pueden aplicar a este asunto los conocimientos de la economía sobre los riesgos que traen aparejados las respectivas tendencias²⁸, y, por otro, esta clasificación podría ser una base para la reflexión sobre el camino para reducir el abismo entre ciencia y práctica. No quiero detallar esto aquí, sino que me circunscribiré a hacer una breve presentación de algunos ejemplos actuales de la hipertrofia de la dogmática jurídico-penal.

²⁵ *Vid. supra* nota 1.

²⁶ *Vid.*, junto con los trabajos citados en las notas 1 a 9, VOGEL, en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE/HAFFKE/RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 105.

²⁷ ROTSCH, *op. cit.*, p. 260.

²⁸ En extenso, *ibid.*, p. 260 (264).