

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Víctor Gómez Martín, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicables*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2016, por Roberto Cruz Palmera.

Javier Wilenmann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017, por Carmen Tomás-Valiente Lanuza.

Réplicas

Réplica a la recensión de Víctor Gómez-Martín a *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, por Beatriz Goena Vives.

Réplica a la recensión de Juan Pablo Mañalich R. a *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, por Daniel Rodríguez Horcajo.

Réplica a la recensión de José Manuel Paredes Castañón a *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, por Mario Villar.

Réplica a la recensión de Bernardo Feijoo Sánchez a *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, por Tonio Walter.

Reseña

Filosofía del derecho penal. Sobre *Emociones, responsabilidad y derecho*, de Daniel González Lagier, y *Las razones de la pena*, de Josep Vilajosana, por Juan Pablo Mañalich R.

Recensiones

Recensión a GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicables*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2016 (202 págs.)

Roberto Cruz Palmera

Universidad Autónoma del Caribe (Colombia)

Víctor GÓMEZ MARTÍN es profesor titular (catedrático acr.) de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Es autor de más de cincuenta publicaciones. No se trata de la primera publicación sobre el tema, dado que se conocían con anterioridad otras ("Imprescriptibilidad y terrorismo: quo vademos?", *Critica penal y poder*, núm. 4, 2013; "Arts. 131 y 132 CP", en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2015; entre otros).

La tesis básica de esta obra es la siguiente: la regla de la prescripción del delito se configura y opera en conexión con el concepto de «Estado democrático de Derecho». La prescripción reposa sobre la idea de «Estado democrático de Derecho», (lo cual exige rescatar un *concepto jurídico de proporcionalidad penal* (p. 25) y no sobre la potestad arbitraria del legislador de establecer las reglas que estime oportunas sobre prescripción (tesis que, a pesar de generar serios problemas, se sigue aplicando: p. 90). No se trata de un libro meramente divulgativo; en mi opinión, leer un texto como este implica volver hacia atrás varias veces para asegurarse de que se han comprendido las ideas sugeridas de su autor. En ocasiones asciende hasta difíciles cotas intelectuales y en otras corre por la llanura de nociones básicas, llevándonos a descubrir con asombro nuevos problemas o una nueva manera de analizarlos.

En el cap. I ("La prescripción del delito: Naturaleza jurídica y fundamento material"), el autor describe la *prescripción*, entendiéndola como una figura de orden público. De sus características resaltan las siguientes. Una institución que puede proclamarse de oficio en cualquier estado del proceso siempre que sea posible manifestar con claridad la concurrencia de sus presupuestos. En ese sentido, al encontrarnos ante una figura de obligada evaluación, la interpretación deberá efectuarse de modo restrictivo por mandato del principio de legalidad (pp. 6-8). Después, no solo describe la compleja naturaleza jurídica de la institución, sino que entra en ese debate. Expone las posturas más relevantes: *naturaleza mixta, procesal y sustantiva*; para luego argumentar que la naturaleza debería ser relativa. Más allá de esa opinión, sostiene que el punto central de la materia no reside en la naturaleza de la figura, sino en otros aspectos como *los plazos, el ámbito de la imprescriptibilidad, el régimen de interrupción de la prescripción...* Respecto al fundamento de la figura, el autor no comparte que la prescripción tenga por finalidad contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (dilaciones indebidas). Esos problemas no se resuelven ampliando o reduciendo los plazos de la prescripción, sino a través de reformas integrales del sistema (pp. 18-19). Otro de los fundamentos emana del "principio de seguridad jurídica" como garantía política irrenunciable de que goza el presunto responsable. No obstante, afirma que la *seguridad jurídica* no es un fundamento en sí, sino una consecuencia. En definitiva,

solo es posible entender el fundamento de la prescripción al conectarlo con los fines de la pena, esto es, la función preventiva.

El cap. II (“Determinación de los plazos de prescripción”), se refiere a la determinación de los plazos. Al respecto, se describen dos posiciones, por un lado, la posición jurisprudencial que defiende, actualmente, la imposición de la *pena en abstracto*. Por otro lado, la propuesta doctrinal que defiende la *pena en concreto*, postura que al parecer apuesta por la proporcionalidad. Frente a estas posiciones, si no lo malinterpreto, Víctor GÓMEZ se pone de lado de la lógica de la proporción que caracteriza a la *pena en concreto*. Sobre este asunto, su autor resalta la necesidad de establecer criterios de igualdad en casos de tentativa de delito o en supuestos donde el *extraneus* actúa en calidad de partícipe (pp. 29, 32). Sin embargo, la posición dominante es la de la *pena en abstracto*, dado que la gravedad se determina por la pena que fija el legislador sin tener en cuenta acontecimientos que puedan conducirnos a determinar la tentativa o, circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal. En lo que respecta a la ampliación de los plazos que introdujo la L.O. 5/2010, como se sabe, la reforma modificó el plazo de prescripción de tres años, ampliando el término a cinco para los delitos que antes lo hacían a los tres años. Esa modificación obedece —en palabras del autor— al deseo de contrarrestar tanto la sensación de impunidad como la desconfianza de los ciudadanos ante la Administración de Justicia. El capítulo termina refiriéndose a las reglas para computar el plazo de prescripción del hecho típico (sabemos que comienza en el momento en que se comete el delito). No obstante, como bien anota, es bastante discutible la determinación en no pocos supuestos; por ejemplo, en el delito fiscal tanto en casos de *no práctica de retención* como en aquellos de *omisión de retención*.

En el cap. III (“Los delitos imprescriptibles”), además de otros asuntos, el autor explica la nueva regla de la imprescriptibilidad del *delito* descrita en el art. 131 del Código penal. Sobre este particular, apunta —en conformidad con la ley— las características que debe tener un delito para alcanzar el estatus de imprescriptible. Así, acciones delictivas que, en razón de su gravedad, y el grado de incidencia en las bases fundamentales del sistema democrático, puedan dejar en la sociedad una *huella indeleble*. Sin embargo, este reconocimiento genera problemas en la práctica, pues no todos los delitos que se contienen en esas rúbricas merecen —según el autor— el estatus de *delito imprescriptible*. En definitiva, la decisión entra en fricción con el *principio de proporcionalidad*, dado que ese estatus cobijaría acciones delictivas de gravedad desigual. La dependencia lógica de la gravedad del hecho con la determinación de la pena y, a su vez, con el *plazo de la prescripción* no parece ser compatible en todos los supuestos delictivos. El autor trae a colación el caso del *delito de negación o justificación del genocidio* (cfr. pp. 57-59). Al parecer, tanto el resultado como la escasa gravedad de la pena difícilmente justificarían calificar a una conducta con estas características como “imprescriptible”. A mi modo de ver, no puede olvidarse que se trata de un «delito de expresión», pues incrimina la transmisión de *ideas u opiniones*, produciendo un adelantamiento de la intervención que erosiona el concepto de injusto, dado que ni siquiera logra constituirse en un acto de preparación para cometer un genocidio...

En el cap. IV (“La prescripción de los delitos con víctimas menores de edad”), el autor explica los problemas político-criminales de la prescripción en delitos con víctimas menores de edad. En concreto, se refiere a delitos contra la integridad e indemnidad sexual, donde el inconveniente principal es la «impunidad». Antes de revelar su postura personal, acude al Derecho comparado

para mostrarnos las medidas que aplican otros países para impedir la impunidad que se puede producir con la prescripción de estos delitos, puesto que las víctimas, por diversos factores, no suelen denunciar estos hechos de inmediato, sino que se conocen mucho tiempo después de la consumación. En ese sentido, Víctor GÓMEZ nos explica las reglas especiales que utilizan algunos países para ampliar los plazos de prescripción. Pero también hace un comentario de la decisión que han tomado otros legisladores (como Argentina y El Salvador) de declarar esos delitos como imprescriptibles (pp. 77, 90). Seguidamente, expone, con detalle, la estrategia legislativa de otros países. Por ejemplo, en el caso italiano se incrementa la pena, decisión que produce un aumento en el plazo de la prescripción. En el caso alemán se suspende el *dies a quo* hasta que la víctima cumpla una determinada edad, es lo que se conoce como la excepción a la regla del cómputo a partir de la consumación. Del mismo modo, dicha excepción se utiliza de manera similar en los Códigos penales francés, suizo y austriaco. Asegura que la imprescriptibilidad de delitos contra los menores no es del todo una decisión razonable, pues no respeta el principio de proporcionalidad. No obstante, la propuesta de solución a este problema se recoge en otra parte (concretamente, en la conclusión número 10). Al respecto, afirma que «la regla de extensión de la prescripción no tendría que constituirse en la suspensión de la prescripción del delito hasta que la víctima llegue a una edad concreta, sino hasta que se rehaga del bloqueo psicológico o supere la vinculación material, emocional o económica con el agresor que le impide denunciarlo» (p. 187).

En el cap. V (“La prescripción del delito en supuestos de concurso de infracciones y conexidad delictiva”), recoge algunos problemas de la prescripción en casos de pluralidad de infracciones. En cuanto a los primeros, la discusión se centra en determinar si en realidad el plazo de la prescripción se corresponde con la infracción más grave, plazo que debería iniciarse con el momento de la consumación. En lo que concierne a supuestos de concurso real, el autor analiza el problema de la regla penalística del concurso de delitos, regla que se configura como *un arma de doble filo*, porque favorece al reo y al mismo tiempo puede perjudicarlo en materia de prescripción (pp. 101-103). En lo que tiene que ver con la *conexidad delictiva*, nos explica los diferentes problemas que pueden presentarse entre *conexidad material* y *conexidad procesal*, apoyando su análisis, principalmente, en la doctrina jurisprudencial (pp. 106-113).

El cap. VI (“La interrupción de la prescripción del delito”), expone brevemente (pp. 116-123) la *prescripción interprocesal* por paralización del proceso penal, analizando las dificultades que presenta la inactividad de la jurisdicción por motivos ajenos a la finalización del proceso penal (pp. 117-118). La segunda parte está dedicada a la *prescripción extraprocesal* (pp. 124-179) donde su autor ofrece un balance acerca de los criterios que deben interpretarse para que la exigencia del procedimiento se dirija contra el culpable para poder otorgar la interrupción de la prescripción. Nos dice cuándo, y bajo qué circunstancias, debe dirigirse el procedimiento contra el culpable, seguidamente, expone su planteamiento sobre el art. 132.2 (2010). Por último, analiza la conveniencia de la suspensión e interrupción de la prescripción del delito, recogiendo algunas críticas relacionadas con el grado de determinación del sujeto contra el que debe dirigirse el procedimiento para poder interrumpir la prescripción. En concreto, se refiere a la imprecisión para la valoración nominal del autor, así como a otras circunstancias en donde no puede otorgarse la interrupción de la prescripción (pp. 174-179).

Hasta este punto la exposición trazada por Víctor GÓMEZ. A mi modo de ver, a tales planteamientos, se podrían presentar muy pocas observaciones. Concretamente, me permite manifestar mi discrepancia en cuanto a la decisión de declarar *imprescriptibles* ciertos delitos.

Resulta discutible considerar la imprescriptibilidad de los delitos *contra la indemnidad sexual* (con víctimas menores de edad) como una decisión relativamente irracional (pp. 92-94). Tiene razón el autor al afirmar que la medida resultaría, hasta cierto punto, excesiva al confrontarla con la regla general de la prescripción y la excepción a esa regla. En el planteamiento de GÓMEZ MARTÍN la ausencia de los *requisitos básicos* para la imprescriptibilidad es un obstáculo a la posibilidad de atribuir a estos delitos dicho rango; sin embargo, nos recuerda que la *última palabra* corresponde al legislador (p. 92). Dicho esto, los presupuestos para que un delito sea elevado a rango de *imprescriptible* son —más o menos— los siguientes. *Deben ser acciones que en razón de su gravedad, y el grado de incidencia en las bases fundamentales del sistema democrático puedan obstaculizar la convivencia y dejar en la sociedad una huella indeleble* (pp. 56, 91, entre otros lugares). En lo que respecta a los delitos contra la libertad e integridad sexual, podemos decir que se encuentran presentes, por lo menos, dos de los presupuestos. Por una parte, sabemos que en el CP en esta materia se contienen *delitos graves*, en razón de la pena establecida por el legislador (cfr. art. 183). Por otra parte, son acciones que pueden dejar una huella imborrable en la sociedad; no dispongo del espacio necesario para argumentar esta última afirmación, pero creo que bastaría con revisar las obras de autores no juristas citados en el trabajo (psicólogos, psiquiatras) que resulta sin duda muy enriquecedor; como bien se puede comprobar con la variedad de títulos citados, véase la Bibliografía. Ahora bien, considero que dejar un hecho en la impunidad a causa de la prescripción supondría trasladar a la sociedad un mensaje claramente criminógeno, como de hecho sucede... Por eso, para garantizar que esto no ocurra, al menos por causa de la prescripción, es posible incrementar las penas para determinados delitos, de modo que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico una *imprescriptibilidad de facto* (por arreglo del art. 132 CP). A mi modo de ver, la naturaleza jurídica de las penas previstas para los delitos contra la indemnidad sexual de los menores debe ser completamente distinta para aquellas en donde el sujeto pasivo no ostente esa condición: inferioridad física y psíquica. Desde esta perspectiva, entiendo que la proporcionalidad debe ser reinterpretada. La proporcionalidad «*debe ceder*» si la medida logra no solo la impunidad, sino que, además, contribuye a garantizar que un sujeto deje de constituirse como una potencial amenaza frente a otros sujetos que ostenten esas condiciones de inferioridad. Soy consciente de que esta posición es imperfecta; pienso en la recopilación del material probatorio que no estaría exento de dificultades suscitadas por el transcurso del tiempo, lo que podría repercutir en la presunción de inocencia... Empero, un incremento de la pena que produzca una *imprescriptibilidad de facto* dejaría un mensaje contundente: no hay espacio en nuestro país para la impunidad por prescripción en lo que respecta a la indemnidad sexual de los menores.

Considero que esta observación no disminuye, de ningún modo, el mérito de la obra del Prof. GÓMEZ. El valor del trabajo consiste no solo en el variado grupo de problemas que presenta, sino además en la propuesta de soluciones que brinda para cada uno de ellos. También, considero justo reconocer el mérito de elaborar un balance después de seis años de la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 que afectó significativamente la figura de la prescripción.

Recensión a WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017 (777 págs.)

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Universitat de les Illes Balears

La excelente y muy extensa monografía del profesor chileno Javier WILENMANN persigue —y ciertamente logra— un doble objetivo en relación con las causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad: aportar, por una parte, una fundamentación teórica y una construcción sistemática sólidas de las que puedan extraerse soluciones coherentes para los múltiples problemas dogmáticos que cada una y la relación entre ellas suscitan, y hacerlo sin perder de vista, por otra, el enfoque práctico propio de la manualística y los grandes comentarios alemanes. Tras un primer capítulo netamente teórico, la estructura de los cuatro capítulos restantes (consagrados a legítima defensa, estado de necesidad defensivo, estado de necesidad agresivo e intervenciones a favor de otro) reproduce este doble propósito: una parte inicial dedicada a la fundamentación e inserción sistemática de la respectiva figura, seguida de un análisis de su configuración concreta más orientado a casos y por tanto útil para el quehacer práctico de distintos operadores jurídicos. Por otro lado, conviene también adelantar al futuro lector que pese a la formación germánica del autor (y su exhaustivo manejo de la literatura tanto alemana como en español) la obra no pretende en modo alguno constituir un estudio de Derecho comparado; no se trata de realizar una exégesis de la concreta regulación de estas justificantes en uno u otro ordenamiento (por más que se inserten referencias al Derecho alemán, al español y al chileno), sino de analizar los problemas teóricos y prácticos que les son inherentes y que (aunque con tintes diversos según el ordenamiento) en su mayoría son comunes a los sistemas jurídicos citados.

La selección del propio objeto de estudio (que como se ve no pretende agotar todas las causas de justificación) guarda directa relación con algunas de las premisas esenciales asentadas en el capítulo I, dedicado a los fundamentos y sistema de las causas de justificación derivadas de necesidad. El autor parte de un rechazo sin ambages de las teorías tradicionales sobre la fundamentación de la exclusión del injusto, tanto de la *mezgeriana* centrada en el interés preponderante como de su reformulación y ampliación por LECKNER con su teoría de la ponderación total de intereses, que incurrirían o bien en una clara tautología (en caso de conflicto el Derecho debe proteger la posición que de acuerdo con sus normas ha de ser protegida), o bien en una concepción esencialmente utilitarista del Derecho incompatible con asunciones fundamentales del Derecho moderno. Buena parte del problema de estos enfoques, según WILENMANN, reside en el carácter metodológicamente erróneo de su búsqueda de un principio fundamental unitario del sistema de justificación completo: el concepto de justificación, insiste el autor, puede considerarse unitario sólo en cuanto a los *efectos* que asignamos a todas las causas, pero no en cuanto a sus razones fundamentadoras. Sentado lo anterior, la opción metodológica del autor es la de agrupar en un subsistema de justificación aquellas causas cuyos fundamentos guarden entre sí una relación en cierto sentido antagónica y a la vez mutuamente limitadora (como sucede entre los principios *protección de ámbitos de autonomía formalizados por el Derecho*, común a la legítima defensa y —aunque en distinta medida— al estado de necesidad defensivo, y

la noción de *solidaridad*, base del estado de necesidad agresivo), y a partir de aquí presentar un esquema de reglas formalmente consistente y rico en consecuencias dogmáticas. Dicho tratamiento de estas causas de justificación como unidad sistemática se encuentra hoy muy extendido en la literatura alemana, y como se sabe cuenta también con importantes precedentes en la publicada en español (no podemos dejar de recordar aquí la estupenda monografía de BALDÓ LAVILLA, a la que por cierto WILENMANN hace cumplida referencia).

Pieza central del sistema es la configuración del estado de necesidad defensivo, habitualmente construido de forma puramente tópica destinada a englobar –sin relación sistemática entre sí– casos difíciles cuyo encuadre en las dos grandes justificantes se percibe intuitivamente como inadecuado. Insiste WILENMANN, en cambio, en la importancia de configurar esta figura no como instrumento de superación de los problemas del sistema sino como manifestación de principios fundamentales integrados en él, tarea en la que el concepto de responsabilidad juega un papel esencial. Así, en las situaciones que dan lugar a legítima defensa la autonomía formal (como ámbitos marcados por una obligación de respeto por los demás) se ve vulnerada por un comportamiento del agresor antinormativo en el sentido de “responsabilidad fuerte”, razón por la cual se permite que la entidad lesiva de la respuesta sólo excepcionalmente se vea limitada por consideraciones materiales de solidaridad atinentes a sus bienes jurídicos. En el estado de necesidad defensivo, en cambio, la afectación de la autonomía formal del que actúa en situación de necesidad proviene de un agente que actúa con un grado menor de responsabilidad (que el autor denomina “débil”), razón por la cual consideraciones de solidaridad han de jugar de manera más amplia que en la legítima defensa, dando lugar a facultades de defensa menos generosas.

En su primera parte más teórica el capítulo segundo, dedicado a la legítima defensa, desarrolla la idea ya mencionada de la plena responsabilidad por la infracción de la autonomía ajena como fundamento de la institución (donde se inserta la idea de la asunción por el agresor de la lesión que se deriva de la defensa), que permite explicar tanto la extensión de las facultades de defensa como la falta de un deber de huir o ceder por parte del agredido. De forma coherente con estas premisas, y tras dedicar amplia atención a los bienes jurídicos protegibles (con páginas muy sugerentes sobre las agresiones contra el patrimonio y las conductas típicas dirigidas al cumplimiento de una obligación de pago, un tema prácticamente desconocido en la doctrina en español), se desarrolla un concepto de agresión ilegítima contrario al sostenido por la dogmática tradicional pero hoy ya totalmente mayoritario en Alemania, regido por reglas de imputación distintas a las del concepto de injusto de la teoría del delito, y que sólo acomoda conductas de sujetos culpables e intencionadas, únicos casos en que puede hablarse de “responsabilidad fuerte” en la vulneración de la autonomía de otro. Además de esta cuestión central, el capítulo aborda de manera exhaustiva todas las cuestiones propias de la figura: ulterior caracterización del concepto de agresión (actualidad –donde de nuevo se manifiesta la ruptura con la construcción del injusto en la teoría del delito, al no coincidir la valoración del inicio de la agresión con el criterio del inicio de la tentativa punible– e ilegitimidad –donde se ahonda en la posibilidad de considerar agresión ilegítima actuaciones estatales no directamente cubiertas por causas de justificación–) y criterios de valoración de la acción de defensa (necesidad, subsidiariedad frente a la actuación del Estado y proporcionalidad, criterio este último en el que cristalizan consideraciones de solidaridad que en legítima defensa sólo juegan de modo

excepcional), además de una amplia atención al elemento subjetivo y la legítima defensa putativa. El capítulo se cierra, en consonancia con la ya mencionada pretensión de aportar también una perspectiva “de casos”, con amplias referencias a supuestos especiales problemáticos: la legítima defensa anticipada (*offendicula*), la defensa frente a omisiones y agresiones permanentes (donde se inserta el análisis de la llamada tortura salvadora), la legítima defensa en casos de riña y la relevancia de la provocación.

El capítulo tercero analiza el estado de necesidad defensivo, a partir del desarrollo de las bases teóricas anunciadas en la primera parte. Piedra de toque de toda la construcción de WILENMANN es el carácter netamente distributivo que informa esta figura; lejos de la lógica “reactiva” propia de la legítima defensa, de lo que aquí se trata es de que quien disfruta de la ampliación de su autonomía en la disposición de un ámbito de organización sea quien cargue con los costes derivados de ella, que no pueden hacerse recaer en un tercero. Gran parte del capítulo se dedica, así, a clarificar el presupuesto de conexión entre la situación de peligro para los bienes jurídicos ajenos y el destinatario de la acción defensiva emprendida por el titular de estos últimos: la responsabilidad débil. Una conexión que ha de alejarse de lo que el autor denomina el dogma de la acción, es decir, de la exigencia de algún tipo de incumplimiento intencional de normas de comportamiento por parte del afectado por la defensa: no se trata aquí de calificar sus acciones ni de exigirle responsabilidad por ellas (enfoque propio de la teoría del hecho punible), sino de construir criterios normativos (no meramente causales) de imputación que permitan conectar con él de modo suficiente estados de cosas desfavorables para los derechos del agente en necesidad e identificar lo que de no reconocerse el derecho de defensa significaría un injusto distributivo. Dichas reglas de atribución personal de responsabilidad débil se reconducen a dos grandes criterios: la competencia por el comportamiento (agresiones de inimputables y acciones peligrosas) y la competencia por el ejercicio de una posición de dominio. Una vez desarrolladas éstas en profundidad, el autor se detiene sobre el complejo aspecto de la extensión temporal de dicha responsabilidad, para terminar con los criterios de valoración de la acción de necesidad, en los que han de jugar consideraciones de subsidiariedad y proporcionalidad.

El cuarto capítulo, consagrado al estado de necesidad agresivo, parte del rechazo a la configuración habitual de esta institución como no problemática, evidente u obvia –perspectiva responsable para WILENMANN de la superficialidad que aqueja su tratamiento sobre todo en la doctrina en español, así como de asunciones incorrectas entre las que destaca las deficiencias en la construcción del estado de necesidad exculpante–, e insiste en la importancia que para la posterior legitimación y configuración de la institución reviste la comprensión de su carácter anormal o heterodoxo dentro de la estructura sustantiva del Derecho abstracto. Si la esencia del Derecho consiste en reconocer posiciones formalizadas de autonomía con independencia de su correlato material, este cuadro se ve sustancialmente alterado cuando quien carece de base jurídica formal (el necesitado) es autorizado a vulnerar la pretensión de respeto formalmente protegida y lo es precisamente en función del peso comparativo del interés material en juego (es decir, por consideraciones de solidaridad). La pretensión de reconocimiento de autonomía formal que asiste al destinatario de la acción de necesidad se vería desconocida si el mero peso superior de los intereses materiales del necesitado bastara para legitimar esta última –ello contradiría la lógica misma del Derecho-, lo que implica que haya de concedérsele influencia tanto en la regla de fijación de la situación de necesidad que dispararía la procedencia de realizar una

ponderación (situación que sobre todo requiere de la relevancia del peligro) como en la fijación de las reglas de valoración de la acción de necesidad (en especial, las que rigen la ponderación, a las que el autor se refiere extensamente y que en cualquier caso exigen una preponderancia sustancial de los intereses resguardados por la acción de necesidad).

Los resultados de la ponderación realizada de acuerdo con dichas reglas se encuentran no obstante sujetos, señala WILENMANN, a unos límites absolutos: no cabe exigir al afectado por la acción en necesidad el sacrificio de posiciones esenciales de libertad (que amparan bienes jurídicos como la vida, integridad física, libertad sexual, afectaciones importantes de la libertad ambulatoria, etc.) aunque fuera necesario para evitar al necesitado un mal incluso claramente superior. En este contexto de los límites en principio absolutos (dentro de los cuales se dedica especial atención al dogma de la imponderabilidad de la vida humana) se enmarca la polémica sobre la posibilidad de admitir la justificación en los llamados “supuestos trágicos” de comunidades de peligro vitales – objeto de un ya largo debate en la literatura filosófico-moral, por más que la atención sobre ello se haya intensificado en los últimos años, sobre todo en el ámbito penal, alrededor de escenarios post 11-S como el derribo del avión de pasajeros secuestrado y destinado a servir de arma terriblemente letal-, donde se plantea el dilema (muy claramente presentado por el autor) de si y hasta qué punto consideraciones consecuencialistas pueden limitar una regla deontológicamente fundamentada (los límites absolutos a la justificación). El razonamiento de WILENMANN hace depender la justificación del tipo de comunidad de peligro de que se trate en relación con las posibilidades de salvación de los implicados (simétrica, asimétrica o unilateral), y al igual que en relación con la admisibilidad de la tortura en la tipología de casos *ticking-time bombs*, insiste en la importancia del factor de absoluta excepcionalidad que preside estos supuestos.

El capítulo quinto y último aborda la justificación de las intervenciones a favor de otro en situaciones de necesidad, lo que supone clarificar la relación sistemática entre estado de necesidad y legítima defensa, por un lado, y la institución del consentimiento, por otro. La relación entre consentimiento y estado de necesidad se analiza fundamentalmente a la luz de la manifestación más frecuente (y por tanto también más institucionalizada) de este tipo de conflictos: la que se produce en la práctica médica respecto de actuaciones terapéuticas. En primera instancia parte el autor de una relación excluyente (es decir, de lo que con otra terminología podría denominarse un “efecto oclusivo”) entre ambas cuando se trate de un conflicto intrapersonal, es decir, en aquellos casos en que la actuación dirigida a preservar de un peligro los bienes jurídicos de otra persona se realiza a costa de intereses de ese mismo individuo. Tratándose de un capaz de consentir, el conflicto encajaría directamente en el ámbito de regulación de la institución del consentimiento (regido por el principio de autonomía) lo que impediría, en caso de no ser este prestado, resolver la calificación de la conducta beneficiante paternalista (la calificación es mía) por recurso al estado de necesidad (regido, por el contrario, por el principio de solidaridad que busca favorecer los intereses materiales del necesitado). La prevalencia del principio de autonomía no obedece, por supuesto, a que asumamos que es la voluntad la que necesariamente mejor define los intereses del sujeto; bien al contrario, puede partirse (y como bien apunta WILENMANN, sólo así se clarifica la esencia problemática de las actuaciones paternalistas) de un concepto objetivo de interés y de su contradicción con la voluntad del afectado, y aun así mantener la necesidad de respetar la decisión autónoma.

Respecto de aquellos casos de conflictos intrapersonales en los que la conformidad del afectado o la falta de ella no puedan verificarse, el autor analiza las instituciones auxiliares de las que necesariamente el sistema basado en la autodeterminación ha de servirse para determinar la licitud de la conducta (la intervención terapéutica pero también otros ejemplos imaginables): el consentimiento presunto (respecto de individuos sólo momentáneamente incapaces) y el consentimiento del representante (respecto de los que lo son constitutivamente, como niños o personas con enfermedades mentales severas). No pretende el autor, como tampoco en el resto de la monografía, ofrecer una exposición de Derecho positivo sobre la regulación de estas figuras en ordenamiento alguno (por más que se ofrezcan algunas referencias sobre ello), sino clarificar sus componentes básicos (determinación de la persona encargada de tomar la decisión, de los criterios para valorar su corrección, de quién y con qué procedimiento puede desafiarse dicha decisión y fijación de la competencia para resolver la discrepancia) y centrarse en el más fundamental a efectos de consistencia sistemática. En este sentido, excepto el mencionado en segundo lugar, todos estos componentes son contingentes y variables en cada ordenamiento; el segundo, en cambio (la regla de valoración de la licitud de la conducta) ha de ser necesariamente consistente con el fundamento teórico de cada una de estas figuras y es en ello en lo que se centra el autor. De ahí que en el consentimiento presunto (que responde a la autodeterminación), la regla que fija la licitud del comportamiento (en el contexto estudiado, la intervención terapéutica) sea su coincidencia con las preferencias personales del afectado, con todas las dificultades que la aplicación de la regla implica en los casos en que aquellas no coincidan con lo que el autor denomina el “curso de acción racional” o en algunos otros supuestos (p. ej. los rechazos a terapias salvadoras realizados por persona consciente pero en estado de shock); la justificación del consentimiento (o la denegación de éste) por representante, en cambio, sí se condiciona a un test de contenido material, supeditado al interés del incapaz.

Resulta imposible, en el espacio limitado propio de una recensión y dada la extensión de la obra, hacer justicia a la riqueza de planteamientos y a la exhaustividad de los contenidos del libro de WILENMANN, del que tan sólo ha sido factible presentar unas pinceladas. Por supuesto que entre sus tomas de postura respecto de tantas cuestiones como plantea pueden encontrarse algunas discutibles, como la opinión de que el estado de necesidad defensivo encuentra acomodo de *lege lata* en el art. 20.4 del Código penal español –siendo la exigencia de la “racionalidad del medio” lo que debe modular la valoración de la licitud de la respuesta defensiva en función de si se trata de aquel o de legítima defensa–, la posibilidad de apreciar justificación por estado de necesidad defensivo en la constelación que puede describirse como el homicidio del marido maltratador, o el concepto de racionalidad empleado en las páginas dedicadas al consentimiento (a mi juicio resulta más adecuado un concepto interno de racionalidad que la identifique con la opción consistente con las preferencias y plan de vida asumido por el sujeto, de manera tal que una decisión considerada irracional con el concepto que parece manejar el autor podría en cambio ser racional desde la segunda). Pero al margen de ello, nos encontramos ante una obra muy sólida y excelentemente argumentada, sin duda llamada a constituirse en una de las contribuciones de referencia publicadas en español sobre causas de justificación.

Réplicas

Réplica a la recensión de GÓMEZ-MARTÍN, Víctor, a *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017 (InDret 3/2017)

Beatriz Goena Vives

Universidad de Navarra

1. La metodología socrática, en virtud de la cual el discípulo pregunta al maestro y éste contesta, ha demostrado –y sigue demostrando– ser una de las mejores formas de enriquecer y hacer avanzar al conocimiento existente sobre una determinada materia. Ello, convierte a la mentada estructura dialógica en un método más que idóneo para asentar las bases de disciplinas en las que «aún queda mucho por decir». Este es el caso, precisamente, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, pese a cumplir ya siete años de pervivencia en nuestro Código penal, aun sigue siendo novedosa. De ahí que no pueda sino agradecer al profesor GÓMEZ-MARTÍN la recensión que en el número inmediatamente anterior de esta revista hizo a mi primera monografía: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017. La excelente e incisiva crítica de una autoridad de la talla del Dr. GÓMEZ-MARTÍN es, además de un honor, una oportunidad –con indudables tintes de reto– para discutir socráticamente sobre el tema que me hizo doctora. Pero, en este caso, no es el maestro quien contesta al discípulo; sino, evidentemente, lo contrario. Sin embargo, espero que ello no sea óbice para que cuanto se va a expresar a continuación, sea una ganancia para la ciencia del Derecho Penal.

Pues bien, con la valentía (o atrevimiento) de quien ha de ponerse a la altura de quien indudablemente le supera, comenzaré mi réplica aclarando cuatro ideas que recorren transversalmente mi propuesta de interpretación del modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, a través del análisis de las circunstancias atenuantes del art. 31 quáter del Código Penal. Se trata de cuatro premisas que, en cierto modo, permiten anticipar la respuesta a cada una de los aspectos que, con la elegancia y el acierto que le caracterizan, el Dr. GÓMEZ-MARTÍN cuestionó en su recensión. Interrogantes a los que, con posterioridad a esta previa definición de las «ideas fuerza» que sustentan mi monografía, trataré de dar respuesta.

2. En primer lugar, y sin perjuicio del análisis más detallado que se lleva a cabo en el capítulo III de la obra de la que ahora se trata, debe afirmarse que las penas del art. 33.1-6 del Código Penal *no son lo mismo que las «penas»* del art. 33.7 de dicho texto. Éstas solo pueden considerarse «penas» en el marco de un Derecho penal de segunda velocidad, a las que –de cara a evitar confusas dicotomías léxicas– propongo calificar de *correctivos penales*, cuyo fin es la prevención adaptada a las peculiaridades de las personas jurídicas. En este sentido, se propone entender que nuestro art. 33.7 se sustenta en la *prevención reactiva*, como justificación de la respuesta penal propia y distinta de la de las penas a personas físicas. Se trata de una fundamentación bifronte, conformada por los postulados cercanos a la prevención especial, pero sin excluir los de la prevención general. El ordenamiento persigue una *reacción* por parte de la concreta empresa sancionada y, por extensión, de la generalidad de las empresas.

3. En segundo lugar, la distinta naturaleza de los *correctivos* a personas jurídicas hace necesario separarlos del modelo de imputación en el que se enmarcan las penas a personas físicas. Así, en el caso de las empresas, se procede a la adjudicación de responsabilidad al margen de que el sujeto sea libre y culpable. Como detallo especialmente en las pp. 173 a 185 de mi obra, *no se trata de una imputación* (o *Zurechnung*), *sino de mera atribución* (o *Zuschreibung*), *que no exige culpabilidad y libertad de actuación como, en cambio, precisa la imputación*.

De este modo, los arts. 31 bis y siguientes deben entenderse como un *modelo de mera atribución de responsabilidad penal*. Por un lado, que sea de mera atribución implica que los criterios de adjudicación de responsabilidad son distintos de los de la imputación tradicional. En concreto: (i) el sujeto no es un agente libre y dotado de dignidad, sino una persona jurídica; (ii) su presupuesto no es un hecho típico, sino un *estado de cosas antijurídico*; y (iii) la consecuencia no es una pena *stricto sensu*, sino un correctivo orientado a la *prevención reactiva*, como fin de la sanción distinto de los que rigen en las teorías de la pena propias de las personas físicas. Por otro lado, que sea penal supone que la restricción de derechos ha de estar informada por las garantías que le sean aplicables; es decir, las que no deriven directamente de la dignidad humana.

4. Dicho lo anterior, es preciso considerar como tercera premisa, que la atribución o *Zuschreibung* de responsabilidad trae causa de un delito de la persona física que, a su vez, acusa un estado de injusto en la persona jurídica. Pero, mientras que la sancionabilidad del primero quedará sujeto a consideraciones de *merecimiento y necesidad de pena*, la determinación de la sanción a la persona jurídica únicamente responde a motivos de existencia o no de necesidad de pena. Y ello, porque las personas jurídicas no cometen delitos. El art. 31 quáter es una muestra de ello.

A diferencia de las circunstancias atenuantes del art. 21 del Código Penal, las atenuantes de las personas jurídicas se encuentran desvinculadas del hecho histórico, y con ello, manifiestan que la teoría del delito no se agota en el injusto culpable (*merecimiento*). Se trata expresiones *contrafácticas* que atienden únicamente a consideraciones de *necesidad* de sanción y, por ende, manifiestan que la responsabilidad penal corporativa se integra en la teoría del delito como norma secundaria, al margen de la culpabilidad. La empresa no delinque, sino que es sancionada penalmente en la medida que ello sea necesario para estabilizar el orden social perturbado por el delito del individuo. *Necesidad que no existirá si se ejecutan las cuatro atenuantes cumulativamente*.

5. Sin embargo, el Legislador no ha atendido a las innegables diferencias que existen entre la imputación de un delito a la persona física y la atribución de responsabilidad a la persona jurídica que constituye un estado de injusto. Así, denomina «penas» a las sanciones que se imponen a unas y a otras y se ha permitido incluir en el Código Penal una institución distinta del modelo de imputación que le es propio. Como bien apunta el Dr. GÓMEZ-MARTÍN, considero que la responsabilidad penal de las empresas debería haberse regulado en una Ley aparte. Pero, como no lo ha hecho, la cuarta premisa de la que parto es que *no queda más remedio que interpretar dicha institución en el marco que le es propio: el Código Penal*. Y, como ventaja –o mal menor– apunto que, ello implica que a las personas jurídicas les amparen las garantías que les sean aplicables.

6. Pues bien, sentadas estas cuatro premisas, –que las sanciones a empresas son correctivos (i) propios de un modelo de atribución (ii) en el que la determinación de la sanción se hace

conforme a criterios de necesidad de pena (iii) y en el marco de las garantías propias del Código Penal (iv) en el que se ha regulado la responsabilidad corporativa –, se concluye que los ámbitos en los que el Dr. GÓMEZ-MARTÍN acusa una diferencia de trato entre las personas jurídicas y las personas físicas no es algo que ponga en duda el modelo la coherencia del modelo interpretativo que propongo, sino que es su consecuencia necesaria.

Concretamente, y dando respuesta a los interrogantes planteados en los puntos 5 y 6 de la recensión, que «*las cuatro atenuantes previstas en el art. 31 quater CP equivaldrían a las penas recogidas en el art. 33.7 CP*» (cfr. pto. 6), es una afirmación que debe matizarse. Esto solo lo defiendo si las cuatro atenuantes se ejecutan cumulativamente. A ello se une que, a diferencia de lo que sostiene el autor, no defiendo que «*el hecho delictivo ya cometido pueda quedar sin pena con la simple regeneración de la sociedad*» (pto. 5). En cambio, considero que la no-sanción a personas jurídicas se justifica porque deja de existir la *necesidad* de castigar un estado de injusto –no un delito– reestabilizado con la aplicación de las cuatro circunstancias del art. 31 quáter del Código Penal. De modo que frente a lo que sostiene el autor de la recensión, no se trata de que «*al enmendar el estado de cosas antijurídico, la persona jurídica dejaría de merecer pena*» (pto. 6), sino de que desaparecería la necesidad de castigarla.

7. Al ser la ausencia de necesidad de pena (y no el merecimiento) lo que justifica la sanción a empresas, no se sostienen las dudas que al Dr. GÓMEZ-MARTÍN le genera el hecho de que «*ello sólo rija para personas jurídicas y no, en cambio, para personas físicas, cuando tal regeneración resulta perfectamente imaginable también de éstas*». Sin duda, las personas físicas pueden «regenerar» el orden social perturbado por el delito. Pero no pueden anular un «merecimiento» vinculado a la culpabilidad de su delito, entendido como hecho histórico libre. Por este motivo, en ningún caso afirmo –como dice el Dr. GÓMEZ-MARTÍN en el punto 5 de su recensión– «*que el hecho delictivo ya cometido pueda quedar sin pena con la simple regeneración de la sociedad*». Mi propuesta distingue entre personas físicas y personas jurídicas. Y precisamente, con base en esta distinción propongo una teoría de la pena (la prevención reactiva) aplicable únicamente a los correctivos del art. 33.7 en el que retomando –en sentido contrario– las palabras del Dr. GÓMEZ-MARTÍN en el punto 7 de su recensión, «*la disparidad lógica*» entre prevención general y prevención especial sí son «*realmente conciliables en un mismo concepto*». Ello, porque la prevención reactiva tiene sentido para personas jurídicas; que son distintas de las personas físicas.

8. Se trata de una diferencia que, desafortunadamente, no ha hecho el Código Penal y que genera que el Dr. GÓMEZ-MARTÍN apunte que mi propuesta de entender las atenuantes del art. 31 quáter como sanciones funcionalmente equivalentes a las del art. 33.7, «*choca con la letra de la Ley (también después de la reforma de 2015), que sólo alude a este abanico de posibles consecuencias jurídicas que ahora nos ocupan como atenuantes*». Frente a ello, debo decir que mi propuesta no *choca* con la letra de la Ley. La interpreta de acuerdo con los criterios de interpretación de las normas (art. 3 del Código Civil), respetando el tenor literal de los términos empleados por el legislador su en el marco del sentido posible y, dando al modelo de responsabilidad de personas jurídicas un carácter sistemático, respetuoso con la historia de nuestra teoría del delito y, sobre todo, acorde con el telos de las sanciones corporativas. Máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el art. 31 ter, la responsabilidad penal de la persona física es independiente de la de la persona jurídica.

9. Precisamente, por respeto al tenor literal del Código Penal, hago referencia que a las personas jurídicas les son de aplicación las garantías que no vienen condicionadas a la naturaleza humana. Señala el Dr. GÓMEZ-MARTÍN que «*resulta metodológicamente discutible que la supuesta conveniencia de una consecuencia procesal, la eventual aplicación de las garantías propias del proceso penal, constituya, al mismo tiempo, uno de los elementos a considerar en el análisis relativo a la naturaleza jurídica de la institución*». Pero no es este el método seguido por quien esto escribe. Con independencia de que no limito las garantías aplicables a las personas jurídicas exclusivamente a las procesales, *admito la aplicación de las garantías a las corporaciones como una consecuencia necesaria de la naturaleza penal de su responsabilidad y no como argumento para la definición de dicha naturaleza*. Precisamente porque la responsabilidad penal corporativa está en el Código Penal y conlleva la aplicación de lo que el legislador expresamente denomina «penas», no cabe —como parece sugerir el Dr. GÓMEZ-MARTÍN— entrar a discutir su naturaleza penal antes que decidir si se les aplican las garantías. El legislador ya se ha encargado de (mal)decidir que la responsabilidad corporativa es penal y que se puede dirimir en un proceso de naturaleza penal. Al estudioso del Derecho Penal solo le queda intentar salvar dicho dislate legislativo, dotándolo de tintes penales que lo alejen de la responsabilidad objetiva mediante, por ejemplo, la aplicación de las garantías penales y procesales al modelo del art. 31 bis del Código Penal.

10. Por este motivo, coincido plenamente con el Dr. GÓMEZ-MARTÍN cuando —de un modo crítico con la legislación vigente— concluye que «*no cabe pena en sentido estricto sin culpabilidad, y si cabe, entonces la medida impuesta no puede ser calificada como una auténtica pena o, al menos, como una pena de idéntica naturaleza, funciones y fines que las previstas para personas físicas*». Esta es, precisamente, la premisa de la que partí para efectuar mi propuesta de interpretación del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir de las atenuantes que les son propias. El mío, es un modelo más de entre todos los que están surgiendo, a la luz de los innumerables retos que los arts. 31 bis y ss. del Código Penal plantean para la teoría del delito. Y, justamente por eso, mi propuesta está muy necesitada de valoraciones críticas que tengan la solvencia y la profundidad de la efectuada por el Dr. GÓMEZ-MARTÍN en su recensión de *InDret* 3/2017.

Por tanto, no me queda sino agradecer al Dr. GÓMEZ-MARTÍN —en mi nombre y, con seguridad, en nombre de toda la comunidad científica— la riqueza de sus aportaciones doctrinales, en un tema que promete seguir dominando el debate en torno a los fundamentos del que ha de ser la *ultima ratio*.

**Réplica a la recensión de MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, a *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016
(InDret Penal 3/2017)**

Daniel Rodríguez Horcajo

Universidad Autónoma de Madrid

Querría empezar esta réplica con dos agradecimientos: por un lado, a la propia *InDret*, por permitirme contestar a las observaciones vertidas en la recensión a mi monografía; por el otro, al Profesor MAÑALICH RAFFO por haberse tomado la molestia de leer y comentar dicha obra. Ambos actos me sorprenden muy gratamente: el primero, porque no resulta común encontrar espacios tan públicos de contraposición de ideas; el segundo (que además de sorprender, me enorgullece enormemente), porque cuando uno escribe un trabajo en la soledad quasi-absoluta no espera que el mismo pueda y/o vaya a ser objeto de atención de un autor tan reputado y al que se ha leído y escuchado con tanta admiración.

Más allá de la sorpresa, también creo procedente continuar reconociendo qué partes críticas de la recensión son acertadas y que, en dicha medida, hacen necesaria una aclaración de mis ideas.

El primer punto al que no queda más que adherirse es al de la mayor precisión de la expresión “disposiciones conductuales emocionalmente condicionadas” frente a la de “sentimientos”. Lo cierto es que, si en mi trabajo se utiliza esta segunda expresión, es por dos motivos que pueden justificar este uso más “impreciso” del lenguaje. El primero es que se trata de una forma relativamente común de denominarlos en el mundo general de las Ciencias sociales; el segundo, es que resulta ser un modo bastante más económico de usar el lenguaje y que todavía permite dejar lo suficientemente clara la idea subyacente: la toma de decisiones no considera exclusivamente cuestiones materiales, sino que se encuentra condicionada también por sentimientos/emociones. Esto, por supuesto, no hace que la crítica sea incorrecta, sino todo lo contrario.

Otro punto en el que MAÑALICH es certero es en el reproche a mi candor por desatender otros modelos de racionalidad distintos al de la racionalidad estratégica (aunque sobre esto habrá de volverse seguidamente). Mi condición personal es irrefutable, pero la conducta que ella me lleva a desarrollar esta vez puede ser, al menos, explicada. Por ser breve, la explicación puede sintetizarse en dos ideas: considero que las cuestiones a las que atienden los modelos de racionalidad como los expuestos por WEBER o HABERMAS no tienen su campo de juego en el mundo de la justificación en sentido estricto de la pena sino, en su caso, en el de la justificación en sentido amplio (cuestión que, por distintas razones, quedó “voluntariamente” fuera del objeto de estudio); además, creo que, como digo también en la monografía (p. 296), se puede defender la idea de que las cuestiones “valorativas” persistentes en el tiempo atienden también a una racionalidad estratégica y, en esa medida, la preterición de aquellos modelos de racionalidad que pretenden poner en valor dichas consideraciones no sería más que la preterición de modelos que, de una forma “indirecta”, acaban hablando de una (la) única racionalidad.

Y es la cuestión de la racionalidad donde quizás se encuentra mi mayor discrepancia con el recensor. No creo que sea cierto que en la monografía exista una “omisión de una definición precisa del concepto de racionalidad”, al menos si esto se afirma materialmente. Es verdad que no hay un apartado específico dedicado a este particular, pero ello no obsta a que, sobre todo, de lo compendiado en el Capítulo II se destile evidentemente un concepto de racionalidad evolutiva, entendida como aquella que favorece “actuación[es] [...] que los coloca [a los sujetos] en una mejor posición en términos evolutivos” (p. 181), o como aquella que lleva a comportamientos que aportan una “ventaja evolutiva con respecto a una actuación distinta” (p. 201). Si se quiere una definición de racionalidad evolutiva, esta podría ser aquella que promueve en términos comparativos comportamientos que aportan a los individuos mejores condiciones para la supervivencia a largo plazo (y ello haría que en muchos casos se desatendiera otro tipo de racionalidad estratégica cortoplacista como puede ser la del *homo economicus* tradicional).

Todas las demás discrepancias recogidas en la recensión se deben a dos motivos en parte entremezclados. Por un lado, a la extravagancia de mi planteamiento y, por el otro, a la divergencia del mismo con el del propio MAÑALICH. Lo primero de ello le lleva a dudar de la posibilidad general de extrapolar los resultados aportados por las ciencias del comportamiento al Derecho penal y, particularmente, de la equiparación del castigo utilizado en la teoría de juegos con la pena estatal. Lo segundo, a ver en mi tesis motivos adicionales para perpetuarse en el retribucionismo consecuencialista (*a là Beling-Kindhäuser*).

Empezando por lo primero, es verdad que existen diferencias notables entre una realidad de laboratorio como puede ser la experimentada en un juego del ultimátum o de bienes públicos y la vida social ordinaria. Pero ello no permite hablar de “metáfora de castigo” en el primer caso, porque es evidente que en todos estos juegos una reacción que se observa de manera permanente es la de la imposición de dolor (de pérdidas) al sujeto que no se atiene a lo esperado. Para MAÑALICH, de todos, el juego más dudoso a estos efectos es el del ultimátum, porque en él no hay una decisión explícita de castigo por parte del respondedor al proponedor inequitativo. Sin embargo, ello no quiere decir que en el rechazo de una oferta injusta no se esconda implícitamente también un deseo de castigar (al fin y al cabo, el rechazo de una oferta supone pérdidas para el proponedor y para el respondedor –como la pena lo supone tanto para el delincuente como para la sociedad que la impone, al menos de manera inmediata– que sólo dependen de la decisión de este último), ni que en otros juegos (de manera paradigmática, en el juego de bienes públicos) el castigo impuesto no se pueda asemejar con la pena estatal. Si esto es así, no hay que dejar de aceptar que todavía existe distancia entre un experimento científico controlado (por definición, simplificador) y la complejidad de la vida social, pero creo que ello no es un impedimento para tomar los resultados de dichos experimentos como un conocimiento de mínimos sobre la actitud punitiva humana y su reacción frente a determinados comportamientos. Evidentemente en la vida social hay mucho más, pero todo ello no tiene relación con el castigo en sí (no creo que con relación a la imposición del dolor haya mucho más de lo que se puede ver en un juego de bienes públicos) sino más bien con otras formas de control social de conductas (como digo en algún momento del libro –p. 220–, toda teoría de la pena debe partir de que ella misma es un método de control social entre muchos, y de los menos utilizados). Si a ello no se añade una postura estrecha en cuanto a la permeabilidad del Derecho penal por los conocimientos de otras

disciplinas, como no creo que MAÑALICH defienda, no me parece que existan motivos para no traer hacia la teoría de la pena aquello que se aprende de la teoría de juegos.

Por lo demás, hay que estar de acuerdo con que una primera aproximación a algunos de los resultados recogidos en el Capítulo II de la monografía recuerdan, como sugiere MAÑALICH, más al modelo retributivo puro (al kantiano –aunque, como veremos, para MAÑALICH ni KANT era un “buen kantiano”–) que a cualquier teoría preventiva. La comparación de los resultados en el juego del ultimátum de partida única con el ejemplo de “la isla de KANT” me parece tremadamente lúcida. Y ello no aboca necesariamente a tener que optar entre defender la retribución como teoría de la pena (es algo que, por ejemplo, a la luz de idénticos resultados hace WALTER en su *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, 2016) o considerar que KANT no era un retributivista puro. Parece que MAÑALICH se une a ambas cosas (a lo primero, abiertamente en la recensión; a lo segundo, parcialmente de la mano de HRUSCHKA y BYRD, en *InDret 2/2015*, pp. 21 y ss.) por la vía de la defensa de una teoría retributiva consecuencialista, que le permite mezclar “lo mejor de cada mundo” (resumidamente, merecimiento –en fin, principio de culpabilidad y proporcionalidad– y finalidad). Esto, creo que, a pesar de las diferencias desde el punto de vista abstracto pueda tener (el no despegarse de una idea de merecimiento en el momento de justificar la pena parece ser el antídoto frente a los reproches kantianos y hegelianos a la prevención), creo que no es nada muy distinto a lo que se defiende en mi trabajo. Finalmente, en ambos casos tenemos una pena que se orienta a consecuencias (por cierto, yo acepto de manera clara las que ya defendiera MAÑALICH en distintas obras) y que se encuentra sometida a límites. Si a esto se le quiere llamar también retribución, a mí no me parece especialmente problemático, pero sí un tanto desorientador, sobre todo en un mundo (puede que sea por su propio simplismo –y por el mío propio–) en el que la “neutralidad meta-ética del principio retributivo” no es algo tan evidente (y no lo es tanto por la desatención a ciertos autores como por la lectura del grueso de aquellos que se han etiquetado y se etiquetan como retributivistas). Por eso creí preferible hablar de consecuencialismo limitado por principios constitucionales (y también por aquellos que se derivan tradicionalmente de la retribución –aunque, como también digo en la monografía, cabe estudiar otros orígenes–) que de retribucionismo consecuencialista. En cualquier caso, la diferencia final es más nominativa que sustantiva.

Y aunque ha quedado alguna cuestión en el tintero que espero poder seguir discutiendo con el Profesor MAÑALICH (por ejemplo, la procedencia de sustituir las categorías de ‘prevención general negativa y positiva’ por las de ‘prevención general social y jurídica’ –a las que el recensor sigue en todo caso reconociendo utilidad–; o la eventual comisión del error categorial de la “falacia meriológica” –que, como se puede observar en la frase de mi monografía elegida por MAÑALICH, no existe, porque hay una referencia entrecomillada a “partes” del cerebro como forma, de nuevo, de simplificar las expresiones–), quizás sea mejor dejarlas allí para una futura charla en Madrid, en Santiago, o allí donde por (mi) fortuna vuelva a encontrarle.

Réplica a la recensión de PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, a *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016 (InDret Penal 3/2017)

Mario Villar

Universidad de Buenos Aires

En el número anterior, el profesor José Manuel PAREDES CASTAÑÓN realizó una recensión de mi libro *Suerte Penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, en la que analizó la obra como totalidad, pero, también, algunas de las perspectivas y propuestas concretas que allí son planteadas.

Toda reflexión sobre una obra académica tiene un valor por sí misma, debido a que implica la posibilidad de pensar sobre los temas respecto de los cuales el autor ha compartido sus ideas y esta doble mirada siempre es superadora.

Además la recensión aporta una muy importante visión integradora del texto. Por ello agradezco la recensión y la posibilidad de este diálogo como parte de una comunidad científica hermenéuticamente extendida.

La recensión plantea la existencia de un desequilibrio, al tratar predominantemente la suerte por los resultados e incluso omitir algunos problemas como los originados por los casos de *aberratio ictus*. Continúa la crítica expresando que las clases de suerte, como la constitutiva o la circunstancial, no son desarrolladas en lo que les toca dentro del esquema de la teoría del delito. Aunque se señala que sus aportaciones están más vinculadas con la culpabilidad y la antijuridicidad respectivamente.

Este desequilibrio se debe a que estas clases de suerte tienen su propio estatus y las perspectivas y soluciones que pueden aportar en esos estratos de la teoría del delito deberían ser analizadas en profundidad, lo que me haría apartar del camino de la suerte por los resultados en el ámbito del ilícito al que se dirige la tesis predominantemente. Sin perjuicio de ello en el texto hay algunos indicios de cómo seguir el camino de análisis de estas clases de suerte.

En particular, las disminuciones de la capacidad racional, sea por suerte constitutiva en el aparato perceptivo o racional, o por suerte circunstancial mediante la aparición de errores, algunos penalmente relevantes, pueden tener consecuencias en la teoría del delito, en la teoría de la pena y en su determinación. Allí hay un campo de investigación muy amplio a desarrollar.

La tesis no puede abarcarlo, sólo intenta mostrar esas posibilidades y desarrollar una metodología para percibir los efectos, y tratar de neutralizarlos, en lo referido a la suerte por los resultados.

En cuanto a problemas como el de *aberratio ictus* y otros que pueden ser relevantes para la suerte por los resultados, la tesis trata este problema sólo como parte de la argumentación de Steven SVERDLIK en el marco de una variante del subjetivismo.

Ambas aclaraciones acerca del desequilibrio señalado reposan en que la tesis es metodológica, no busca solucionar en su propio seno todos los problemas concretos de la teoría del delito sino indicar un método que aplicar para dejar expuesta, con cierta claridad, la atribución por la suerte resultativa y la forma en que puede eliminarse para mejorar la racionalidad de la imputación penal.

Estas puertas abiertas en la tesis también sugieren una incitación a la falsación, a buscar aplicaciones en las que el método elaborado pueda ser testeado, confirmado o descartado.

La percepción aportada por el recensionista de estos interrogantes o posibilidades, es prueba de que el texto invita a abrir puertas a problemas que se encuentran, de alguna forma, estancados en la dogmática tradicional.

El segundo desequilibrio que se señala está vinculado a que el tratamiento de la dogmática de tradición continental resulta limitado, lo cual es absolutamente correcto.

En primer lugar, me parece que es hora de aceptar que si seguimos viendo los problemas de la teoría del delito y de la pena desde dentro de la dogmática penal no podremos salir de cierta circularidad o autoreferencia.

En segundo término, la tesis va dirigida a quienes utilizan las categorías de la dogmática penal continental europea, en especial de corte alemán. Por ello, intenta explicar y analizar las posiciones de autores del pensamiento anglo-americano que vinculan en forma más evidente el aparato analítico de la moral y de la epistemología al del derecho penal.

El trasfondo moral de la teoría del delito puede ser percibido más claramente por el lector acostumbrado a los textos de teoría del delito continental, al analizar sus categorías a través del cristal de la suerte moral.

Esta observación no implica, necesariamente, una reintroducción de la discusión entre positivismo, inclusivo o no inclusivo, y distintas formas del iusnaturalismo moderno. Pareciera sí que el adherir a alguna de estas posiciones puede traer consecuencias para la perspectiva de la suerte que se adopte y su relevancia penal. Sin perjuicio de que en cualquiera de estas teorías se deba debatir la trascendencia de la suerte para la determinación de la racionalidad interna de la imputación.

El texto tiene implicaciones, algunas evidentes y otras no tanto, vinculadas a problemas concretos y recurrentes de la teoría del delito, tanto en el ámbito del ilícito de los delitos de resultado, de peligro abstracto, negligentes, como en la tentativa, la omisión, la participación, etc.

Nuevamente, el carácter metodológico de la tesis la mantiene en un cierto nivel de abstracción superior al de las aplicaciones concretas, respecto de las cuales el lector al que interpela ya es un conocedor.

La recensión, en su discurrir, destaca un punto, que me parece muy relevante, consistente en la relación entre la suerte penal en el ámbito de la responsabilidad y las teorías de justificación de la pena y su determinación judicial.

Esta relación es muy problemática frente a teorías que necesitan o que hacen uso de la suerte como una forma de lograr los efectos buscados con el castigo, léase la prevención general negativa, por ejemplo. Sin perjuicio de que todas las teorías de la justificación del castigo clásicas contienen una relación moral del castigo con el resultado y, por lo tanto, con la suerte. Ello se manifiesta en la tensión, permanente, entre el castigo como un instrumento de estabilización de la sociedad y el concepto de agente o persona que esa sociedad construye.

Un punto importante de la recensión resulta ser el tópico de la imputación objetiva que al recencionista le parece un competidor más desarrollado, frente a la forma de eliminación de la suerte propuesta por mí.

Esta teoría puede ser entendida como un instrumento de eliminación de la suerte en el ilícito penal. Sin embargo, considero que, en la medida en que se fueron sofisticando los criterios de atribución de responsabilidad, ese objetivo se fue perdiendo de vista.

Esta perspectiva puede verse, por ejemplo, en los orígenes de la imputación objetiva, tal como lo señala Volker HAAS, recordando las palabras de LARENZ: “*Si yo señalo a alguien como el autor de un suceso, estoy queriendo decir con ello que ese suceso es su propio hecho, que para él no es obra del azar sino de su propia voluntad*” (“La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, *InDret Penal*, 1/2016).

Aunque esta cita reconoce la contradicción de imputar por la suerte (lo que llama azar debe denominarse suerte, pues el azar es algo que se considera naturalístico, pero cuando se trata de una imputación de consecuencias a una persona por el azar se habla de suerte), pero remite a la voluntad del agente, lo cual no es del todo correcto, sino que se trata de imputar por aquello que intersubjetivamente puede serle atribuido a su conducta y no por lo que se corresponda, total o parcialmente del hecho, con su voluntad. En la perspectiva adoptada en el libro, un mínimo de voluntad debe existir, pero el resto es una construcción intersubjetiva.

La imputación objetiva intenta construir un observador objetivo-social que reconozca aquello que es correcto imputar al sujeto. Los criterios que utiliza intentan excluir la suerte de la ecuación penal. Sin embargo, no resuelven adecuadamente el problema de la suerte en la imputación en casos de ausencia del resultado. En todos los casos en que el resultado no se produce estaríamos ante casos de creación o incremento de riesgo prohibido y, en caso de que se impute dolo, de tentativas. La cuál tiene una reducción obligatoria de pena en el Código Penal Español y en el Argentino.

La eliminación de la suerte puede generar dos modelos alternativos. Uno en que toda suerte debe ser eliminada, sea beneficiosa o perjudicial para el agente. O bien, un sistema en que sólo la suerte perjudicial para el agente se elimine. Esto trae aparejadas consecuencias relevantes, incluso para la teoría del castigo que pueda ser correlacionada con la alternativa planteada.

En un sistema en que la imputación objetiva descansa en la idea de imputación de resultados parece predominar el criterio de que las tentativas son menos graves y, por consiguiente, la suerte que beneficia al autor no se imputa. Por ello muchos sistemas jurídicos optan por una disminución obligatoria.

El criterio de eliminación de la suerte con la referencia a mundos posibles abre una puerta a que si el resultado debió producirse en el mundo actual, pues en los mundos posibles más cercanos el resultado se produce, esa ausencia de resultado no tiene una función que implique necesariamente de disminución de la responsabilidad. La no producción en el mundo real es debida a la suerte. Esto implica que esta clase de hechos tentados deberían ser tratados al mismo nivel de lesividad que los hechos consumados. La ventaja de esta postura es que el resultado es normativizado racionalmente.

La conclusión antes expresada es consecuencia de un criterio objetivo de imputación que no se encuentra contemplado en la teoría de la imputación objetiva que está más preparada para excluir los resultados producidos que no deben ser imputados y resulta ciega en los casos de ausencia de resultado en que sí debe imputar al mismo nivel que en los casos de existencia de resultado. Esto es, en los casos en que esas tentativas tengan el máximo de disvalor de resultado mediante el baremo de mundos posibles más cercanos que permiten eliminar la suerte penal.

Ello debido a que los argumentos en favor de la eliminación de la suerte penal tienen una estructura más normativizada que los que sustentan a la teoría de la imputación objetiva, que sigue atada a la producción del resultado material.

Esto no sólo lleva a que algunos casos de tentativas sean equiparadas a consumaciones y que se pongan en cuestión las normas que establecen reducciones de pena obligatorias, sino que incluso las que resultan facultativas tienen un margen de error. Las normas de imputación racional deberían establecer un ámbito de reducción obligatoria y uno de equiparación obligatoria, según cuán cercanos sean los mundos posibles en que el resultado se produce de todas formas, es decir cuanta suerte está implicada en la no producción del resultado en el mundo actual. Esta evaluación permite concluir que el *disvalor de resultado* puede estar completo en ciertos casos de tentativa. Esto da pie a repensar la teoría de la imputación objetiva (los mundos posibles más cercanos tienen una ventaja sobre la imputación objetiva, ésta solo puede hacer un juicio de si existe o no un riesgo imputable, un juicio de todo o nada, los mundos posibles pueden graduar el riesgo, por la distancia modal entre esos mundos).

La observación acerca de que no pueden dejarse de lado elementos *internos del delito*, como los estados mentales, motivos e intenciones del agente, que han configurado su decisión de actuar, me parece acertada en la medida en que ellos hayan actuado como modificadores del modelo de agente del sistema de imputación, pero no resultan centrales, sino periféricos, como atenuantes o

agravantes de ese núcleo central justificatorio de la responsabilidad, que se encuentra muy vinculado al respeto del principio de neutralidad liberal.

Cuento más profundizo el nivel de subjetividad mínima requerido, más probable será que el derecho se esté inmiscuyendo en aspectos internos de la vida de las personas. Esto siempre ha resultado evidente con los elementos subjetivos especiales o con los elementos del ánimo. Pero también podemos entrar en este camino con exigencias de dolo específicas o de requisitos emocionales o motivacionales, tanto si sus efectos agravan o disminuyen la responsabilidad.

A su vez, debe considerarse cómo afectan a la sociedad y a la víctima las variaciones de responsabilidad por aspectos internos del autor. Es un punto dilemático establecer cuánto de lo subjetivo y cuánto de lo intersubjetivo debe considerarse en el concepto de culpabilidad moral y penal.

Estoy consciente de que algunas de estas afirmaciones pueden resultar un tanto crípticas y que ameritan un mayor desarrollo, pero todo esto puede ser planteado e incluso discutido a partir de percibir que la suerte juega un rol opaco en nuestros juicios de responsabilidad, ya con esto creo que el libro cumple con su objetivo.

El principio de que no puede haber responsabilidad, ni castigo, por aquello que deriva de la suerte es la expresión de un conjunto de valores, que no sólo están detrás del principio de culpabilidad y de lesividad penal y de la intuición general que no puede castigarse al inocente, sino que se reconduce a las concepciones básicas de dignidad de la persona, de respeto por el prójimo, de igualdad, de Estado de Derecho.

La importancia de la identificación de la suerte como un criterio de control externo de la teoría del delito permite renovar la discusión de las teorías dogmáticas que, finalmente, no explicitan sus fundamentos últimos y, casi por una cuestión de repetición o tradición, terminan en respuestas viciosamente circulares.

La recensión del profesor José Manuel PAREDES CASTAÑÓN me ha permitido repensar algunos aspectos del libro que sólo un observador externo podría hacer ver a quien se encuentra en una relación subjetiva muy específica con la obra y, por ello reconozco que quizás algunas de las respuestas aquí esbozadas no llegan a comover las profundas observaciones que se me efectuaran. Pero más que responderle, he intentado reflexionar en voz alta sobre algunas de las cuestiones problemáticas, que ha marcado con gran claridad, e incluso extenderlas a áreas más amplias de la teoría del delito actual.

Espero que este diálogo no cese y que tanto el recensionista como los lectores hayan sido incentivados a cuestionar la obra desde sus múltiples puntos de vista.

Réplica a la recensión de FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, a *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips, Strafe und Vergeltung-Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Baden-Baden, Nomos, 2016 (InDret Penal 3/2017)

Tonio Walter*

Universität Regensburg

FEIJOO SÁNCHEZ critica que la teoría de la pena que sostengo no es una teoría retributiva, aunque se la llame teoría sociológico-empírica retributiva, pues considera que en mi teoría no se trata de compensar el injusto y la culpabilidad, sino de estabilizar la sociedad. Por ello –continúa FEIJOO SÁNCHEZ– dicha teoría (mi teoría) es una teoría de la prevención “bajo el manto de una teoría retributiva”. Esto es correcto e incorrecto. Es correcto decir que yo no contemplo la retribución como fin en sí mismo, esto es, que no quiero decir que un hecho se tenga que castigar con pena solamente por haber sido cometido. No hay una ley retributiva de Derecho natural que flote por el cosmos. También es correcto afirmar que yo persigo una meta final preventiva: la meta de evitar que los ciudadanos nieguen su lealtad para con el Estado y pongan fin a la cooperación con las instituciones de este último porque tienen la sensación de que tal Estado desatiende su deber de velar por que se haga justicia. Sin embargo, en primer lugar, esta meta de prevención es distinta de la propia de las teorías tradicionales de la prevención (éstas son las teorías de la prevención especial, de la prevención general positiva y de la prevención general negativa). Dicho de manera plástica: las teorías tradicionales de la prevención pretenden impedir mediante una pena que, tras la comisión de un hurto, sean cometidos otros hurtos, sea por el mismo autor (prevención especial), sea por otro (prevención general). En cambio, para mí lo relevante es evitar mediante pena que, tras el hurto, la víctima de este último y sus conciudadanos rompan los cristales de la Policía y den una paliza al ladrón. En segundo lugar, quiero alcanzar esa meta de prevención mediante la retribución justa. ¿Por qué? Porque la víctima del hurto y sus conciudadanos quieren dicha retribución y solamente se rebelan en caso de que el Estado se la niegue. Puesto que contemplo la retribución como la única meta inmediata de las penas, considero adecuado denominar a esta teoría “teoría retributiva”. Ahora bien, no discuto sobre el nombre. En otro lugar llamo a mis reflexiones teoría de la “prevención general retributiva” y también lo hace mi doctorando Tobias ANDRISSEK en su tesis doctoral *Vergeltung als Strafzweck – Retribución como fin de la pena* – (editorial Mohr Siebeck, 2017).

En cambio, FEIJOO SÁNCHEZ entiende que, en realidad, para mí la retribución no es nunca ni en ningún lugar relevante, pues –continúa este autor– considero decisivos los deseos de retribución de los ciudadanos y tales deseos de retribución son algo distinto de aquello que es objetivamente necesario para la retribución –esto es, para una compensación justa de injusto y culpabilidad–. Sin embargo, si esta objeción se observa con mayor detenimiento, se ve que no atañe al uso de la palabra retribución, sino a la cuestión de quién o qué está autorizado a determinar qué pena es la correcta para una retribución justa. FEIJOO SÁNCHEZ y yo respondemos a dicha pregunta de modos efectivamente distintos. FEIJOO SÁNCHEZ entiende que solamente los expertos podrían determinar acertadamente la medida de lo justo: jueces, filósofos del Derecho,

* Traducción: Nuria Pastor Muñoz.

catedráticos y expertos similares. Debido a sus conocimientos, entiende FEIJOO SÁNCHEZ, ellos —y solamente ellos— son capaces de determinar lo que es justo; así como en la construcción de una casa es un ingeniero de estática quien tiene que medir cuánto hormigón se necesita. En cambio, los ciudadanos solamente tendrían “sentimientos y apetitos”, son —continúa este autor— fáciles de manipular y, en caso de duda, quieren penas más elevadas que las que son justas. Considero que esta opinión es, en lo que atañe a los expertos, ilusoria y, en lo que atañe a los ciudadanos, una confusión. Es ilusoria respecto a los expertos porque no existe una justicia objetiva. La medida de lo justo no se puede determinar como si fuera la distancia entre Madrid y Berlín. Tampoco se puede determinar de manera aproximada, pues qué sea la justicia no es algo objetivo dictado al hombre ni por la naturaleza ni por una instancia superior que el hombre pueda contemplar y medir como si fuera un templo. No es algo dictado ni por Dios, ni por la razón ni tampoco por Immanuel KANT, sino que cada uno lleva dentro de sí su propia medida de lo justo y lo único que ocurre —y por suerte— es que la mayoría coincide esencialmente en ello. Cuando los funcionarios de un Ministerio y los diputados de un Parlamento fijan un marco penal, cuando los jueces determinan las penas, todos ellos no hacen sino seguir esta intuición personal de justicia (*intuition of justice*, un concepto de Paul H. ROBINSON). Seguro que con frecuencia reciben asesoramiento y reflexionan meticulosamente, pero no siempre (por lo menos, no en Alemania). E incluso cuando lo hacen con gran afán, aquello que introducen en la discusión no es otra cosa —¡no puede ser otra cosa!— que su propia intuición de justicia (en cuanto se trate de la medida de una retribución justa y no de otras consideraciones como la peligrosidad del autor). Por tanto, cuando se toma como base de los marcos penales de las leyes estudios empíricos sobre las necesidades retributivas de los ciudadanos, solamente se está dando a dichos marcos penales un fundamento más firme en lo que atañe a su justicia. Y, de este modo, se aumenta su aceptación.

Sin duda, lo que FEIJOO SÁNCHEZ piensa sobre tales estudios es un malentendido. Los estudios empíricos sobre las necesidades retributivas de las personas —esto es, estudios sobre sus intuiciones de justicia— no consisten en preguntar a la masa del pueblo en la plaza del mercado, tras la comisión de un delito, qué debería ocurrirle al autor. Quien lo haga, recibirá obviamente la respuesta “¡Crucifícalo! Dichos estudios se dirigen a las personas consultadas, sin hacer referencia a casos concretos reales, y presentan a dichas personas hechos anónimos y ficticios. Esto se realiza también de forma anónima e individual, es decir, no en una reunión o *coram publico*. Y, evidentemente, no se hace intento alguno de manipular las respuestas, sino que, por el contrario, se toman todas las precauciones imaginables para descubrir e impedir distorsiones (en inglés: “*biases*”). Además, tales estudios se deben repetir y estas repeticiones deben generar resultados semejantes, si se quiere estar seguro de que se están averiguando intuiciones de justicia duraderas. Quien tenga en cuenta todo esto se aproxima más al ideal de justicia de una sociedad que profesores, funcionarios y diputados concretos, por muy inteligentes que éstos puedan ser.

Evidentemente, contra los estudios empíricos se puede objetar aún que aquéllos averiguan solamente los “sentimientos o apetitos” de la masa y que estos últimos no son relevantes; para tener buenas leyes —sigue la objeción— solamente se necesita el conocimiento de los expertos y la inteligencia de los sabios. Expresado de forma más radical: la estupidez por mil sigue siendo estupidez. Esta objeción es, formulada en términos generales, aquella con la que tropieza toda forma de democracia directa, esto es, democracia como la que se practica en Suiza. Este no es el

lugar para discutir los pros y contras de la democracia directa. No lo es ya solamente porque ello dependería en gran parte de cómo se ha configurado el proceso. Sin embargo, sí quiero decir algo a favor de que preguntar a los ciudadanos también respecto a temas concretos –y no dejar al Parlamento decidir sobre todo, como si los ciudadanos no tuvieran opinión al respecto o como si la opinión de éstos fuera irrelevante. En primer lugar: ¿qué imagen tenemos de nuestros conciudadanos? ¿Los consideramos semejantes a nosotros o los consideramos idiotas regidos por sus impulsos? En segundo lugar: una democracia considera racionales a sus ciudadanos, pues, de lo contrario, no podría permitir que sus ciudadanos decidieran quién gobierna el país. ¿Por qué razón estos ciudadanos que son, en principio, racionales deberían transformarse en idiotas regidos por sus impulsos en cuanto ya no tienen que decidir sobre personas y partidos, sino sobre cuestiones de contenido? ¿Acaso no hacen los partidos su campaña electoral empleando sus respuestas a cuestiones de contenido? Y estas respuestas –programas electorales de varias páginas–, ¿no son mucho más complejas que, por ejemplo, la pregunta de si un inductor tendría que ser castigado con la misma pena que el autor principal o la pregunta de si la posesión de cannabis para consumo propio debería ser punible? En tercer lugar: generalmente, los diputados de un Parlamento tampoco saben nada de los temas sobre los que aprueban leyes. Ello es distinto solamente en el caso de unos pocos y también éstos tienen que informarse primero. Ahora bien, esto último también lo pueden hacer los ciudadanos. Y en los estudios empíricos sobre las necesidades de pena también se pueden tener en cuenta, en las configuraciones de los casos, los conocimientos criminológicos. Ahora bien, lo más importante es: qué sea la retribución justa es una pregunta que no se puede responder con conocimiento y astucia, sino que la respuesta requiere una valoración y, por ello, la cuestión de si esta valoración es denominada sentimiento, necesidad, intuición o convicción es una cuestión puramente retórica.

Los partidarios de las teorías retributivas puramente iusfilosóficas objetarán que no se trata de una valoración, sino de un acto de conocimiento. Sin embargo, para creer esto hay que ser iusnaturalista o iusracionalista. Y, como ya he indicado, yo no lo soy. Con todo, respeto a las teorías retributivas iusfilosóficas y considero que muchas de sus conclusiones son plausibles. Sin embargo, la mayor parte de las veces sus defensores mezclan dos cuestiones: la pregunta relativa a qué pena sería, en su opinión, adecuada, y la pregunta relativa a qué debería hacer el legislador. La mayor parte de los filósofos del Derecho responden a ambas preguntas de la misma manera. Yo no necesariamente, pues en la medida en que haya intuiciones de justicia del conjunto de la población que hayan sido averiguadas en términos duraderos, recomendaría siempre al legislador que las tomara en consideración –también en el caso en que yo mismo pensara de otra manera y pudiera fundamentar mi opinión de manera racional. Por cierto, no es correcto afirmar que la mayoría de la población tiene siempre más deseos retribucionistas que los Parlamentos o los Tribunales, pues una y otra vez aparecen leyes y sentencias que los ciudadanos consideran demasiado duras. Un ejemplo actual de Alemania lo constituye la punibilidad de la posesión de cannabis para el consumo propio.

Además, no es acertada la consideración de FEIJOO SÁNCHEZ conforme a la cual en el ámbito del Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*), sobre todo en el Derecho penal económico, las personas no tienen necesidades de retribución y que, por ello, mi teoría se limita al Derecho penal nuclear. Este error se debe a que FEIJOO SÁNCHEZ concibe las necesidades de retribución como fuertes impulsos arcaicos de venganza. Y no se trata de éstos. Y si se configuran los estudios empíricos

como se ha indicado, la venganza personal no desempeña papel alguno en ellos. Ahora bien, las personas también tienen necesidades de prevención en forma de intuiciones de justicia cuando alguien defrauda impuestos, cuando una fábrica contamina el medioambiente o cuando una empresa exporta armas de manera ilegal. Puesto que FEIJOO SÁNCHEZ también apoya su sospecha en el título de mi escrito de habilitación (“El núcleo del Derecho penal”), hago una indicación adicional: en dicho escrito no se trata del Derecho penal nuclear, sino de la teoría general del delito –referida a todos los delitos e, incluso, con especial hincapié en los tipos penales en blanco del Derecho penal económico.

Por último, FEIJOO SÁNCHEZ formula también la objeción conforme a la cual de las necesidades de las personas concretas no se puede deducir una necesidad social. Pero ¿por qué no? Si todas las personas necesitan un techo sobre su cabeza, se puede entonces decir que poner a disposición viviendas suficientes constituye una tarea social. Y se puede advertir de las tensiones sociales que habría en caso de que las viviendas escasearan, o si se produjera un desempleo en masa, pues las personas también necesitan trabajo. Y, del mismo modo, las personas quieren justicia. No tienen solamente necesidades corporales, sino también espirituales. Y se organizan en sociedades para satisfacer dichas necesidades –incluido el deseo de desarrollar su idea de justicia–. Por consiguiente y solamente en esa medida la justicia es una tarea social.

FEIJOO SÁNCHEZ completa su crítica con la afirmación de que, en una democracia, los descubrimientos de la psicología no pueden legitimar pena alguna. Esto es absolutamente correcto. En una democracia solamente hay una cosa que puede legitimar las penas: la voluntad del pueblo. Y esto es precisamente lo relevante para mí –a diferencia de lo que opina FEIJOO SÁNCHEZ, quien entiende que uno, como experto, por así decirlo con un estatus teórico-penal de VIP, podría pasar por alto los deseos de la mayoría. Desde el punto de vista psicológico, en mis consideraciones solamente se encuentra la constatación de partida conforme a la cual, después de la comisión de un delito, prácticamente todas las personas quieren una retribución justa –y que las personas, si se les pregunta, miden las penas únicamente de acuerdo con este deseo de retribución (esta intuición de justicia). Los estudios empíricos que recomiendo solamente tienen el fin de averiguar con más exactitud la medida en que los ciudadanos consideran que determinadas acciones requieren retribución. A esto se le puede denominar estudios de psicología, pero también se podría hablar de estudios criminológicos, pues pertenecen a la investigación criminológica de la percepción de la gravedad del delito. Ahora bien, que en una democracia los estudios criminológicos así como las decisiones democráticas de valor puedan legitimar las penas es algo que me parece muy razonable.

En aras de la completitud, hago referencia a que en mi pensamiento político criminal también hay espacio –incluso mucho espacio– para medidas preventivas y resocializadoras y también para renunciar a las penas cuando, al hacerlo, se puede alcanzar una meta que es más importante que la prevención general retributiva. Un ejemplo es la suspensión condicional en las penas privativas de libertad con el fin de reducir el peligro de reincidencia. En tal caso, la clásica meta preventivo-especial de evitar un nuevo delito de este autor desplaza a la meta de la prevención general retributiva. Pero todas las consideraciones de este estilo ya no se basan en una teoría de la pena, esto es, en una teoría que *fundamenta* las penas, sino en teorías que (por ejemplo) fundamentan la resocialización y, en el marco de una ponderación, *limitan* las penas. Tales

ponderaciones son nuestro pan de cada día, tanto en la vida política como en la privada, pues no hay ninguna meta del actuar humano que rija en términos absolutos. Cada una incurre en situaciones de competencia con otras y, por ello, todas las decisiones y leyes de las personas constituyen nuevos ajustes de precisión de sus prioridades.

FEIJOO SÁNCHEZ aboga por la teoría de la pena de la prevención general positiva. Me reprocha que tengo una visión sesgada de dicha teoría. Quizá tenga razón, pero en la medida en que aquella teoría no me ayude más que la mía en la tarea de ofrecer una orientación al legislador y a los jueces, me quedo con lo que he escrito.

Reseña

Filosofía del derecho penal. Sobre *Emociones, responsabilidad y derecho*, de Daniel González Lagier, y *Las razones de la pena*, de Josep Vilajosana.

Juan Pablo Mañalich R.

Universidad de Chile

No es infrecuente que se asuma que, entre las disciplinas jurídicas, el derecho penal tendería a mostrar una singular susceptibilidad a la indagación filosófica. La hipótesis de que ello se encontraría condicionado más bien por la “naturaleza de la cosa” –esto es, por la especificidad del material jurídico del que se ocupa la dogmática del derecho penal–, y no tanto por las disposiciones e inclinaciones –y tal vez los delirios– intelectuales de quienes se dedican a su estudio, es algo que ciertamente podría ser relativizado, o en todo caso matizado. La más reciente, pero inequívoca emergencia de un canon académico que sin exageración puede ser etiquetado como “filosofía del derecho privado”, es indicaria de que el lugar aparentemente privilegiado que ha tendido a ocupar el derecho penal en el campo de la “parte especial” de la filosofía del derecho tal vez se explique, en una medida no despreciable, por la idiosincrasia cultural de la academia jurídico-penal.

Cuestión enteramente distinta es que esa misma idiosincrasia resulte ser más o menos virtuosa, o siquiera fértil, desde el punto de vista de cómo la reflexión filosófica puede echar luz sobre algunos de los debates nucleares en torno a los cuales se construye la teorización del derecho penal. Que para las y los penalistas puede ser muy favorecedor contar, para tal propósito, con la colaboración de filósofos del derecho, es algo que documentan sobradamente las dos monografías a cuya recensión se destinan estas páginas. Pues tanto *Las razones de la pena* (en lo que sigue: “RdP”), de Josep VILAJOSANA, como *Emociones, responsabilidad y derecho* (en lo que sigue: “ERyD”), de Daniel GONZÁLEZ LAGIER, alcanzan a dar cuenta de la contribución que quienes preferentemente se ocupan de preguntas de la “parte general” de la filosofía del derecho pueden prestar a la clarificación de problemas que forman parte del núcleo de las respectivas disciplinas dogmáticas, en provecho del trabajo desarrollado por penalistas sensibles a la filosofía.

Hay varias razones que hacen pertinente considerar conjuntamente ambos libros, a pesar de que la publicación del de GONZÁLEZ LAGIER antecede en seis años a la aparición del de VILAJOSANA. Desde luego, está el hecho de que el género de la filosofía jurídico-penal tienda a no ser demasiado nutrido en la bibliografía producida directamente en castellano. Por otra parte, y más importantemente, está el hecho de que los enfoques favorecidos por ambos autores respondan, en una medida suficientemente representativa, a la tradición intelectual asociada a la filosofía analítica del derecho, de la cual tanto el uno como el otro son exponentes connotados. Pero todavía más relevante es que, no obstante lo anterior, los métodos desplegados en uno y otro trabajo sea notoriamente divergentes, en lo que al modo de aproximación al correspondiente ámbito temático respecta.

La monografía de VILAJOSANA se aproxima al debate que involucra a las teorías de la justificación de la pena de manera canónica, a saber: revisando cada una de las concepciones tradicionalmente en disputa, identificándolas como respectivamente favorables a alguno de los siguiente cinco “objetivos” susceptibles de ser perseguidos a través de la punición: la retribución, la disuasión, la incapacitación, la rehabilitación y la reparación (o “restauración”). Puesto que revisiones de ese mismo debate, en un formato similar, no son inusuales –el mismo año 2015 apareció publicada la traducción libro de HÖRNLE, cuyo título en castellano es *Teorías de la pena*–, el interés que debería despertar la obra de VILAJOSANA se conecta no tanto con las posiciones examinadas, sino más bien con el enfoque que guía y ordena su consideración (lo cual ya fuera destacado en la recensión que del libro hiciera su discípulo, el Prof. Sebastián AGÜERO, aparecida en el vol. XXIX de la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v29n2/art19.pdf>). El autor caracteriza ese enfoque como consistente en la combinación de dos premisas, a saber: la priorización de la exploración de la “lógica interna” de cada una de las cinco concepciones, por un lado, y la revisión de su respectiva plausibilidad a través de un ejercicio de equilibrio reflexivo, por otro (RdP, p. 14). Si bien el recurso a la herramienta del equilibrio reflexivo ha tenido alguna figuración en intentos por defender una determinada concepción de la justificación de la pena (véase MAÑALICH, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108 (2007), pp. 121-125, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094402/r108_manalich_lapena.pdf), su puesta en uso por parte de VILAJOSANA resulta de interés en razón del propósito distintivamente comparativo que anima su libro, el cual muestra su rendimiento en el último capítulo, donde se contrastan una “lectura vertical” de la tabla que sistematiza la reconstrucción de cada una de las cinco concepciones examinadas, interna a cada una de ellas, y su “lectura horizontal”, que identifica comparativamente las posiciones que distinguen a cada una de ellas en referencia a los siguientes “tres aspectos”: la determinación de la pena, la modalidad de la misma y el sujeto pasivo” (RdP, p. 23).

Son múltiples los puntos que cabría marcar en la valoración del enfoque adoptado por VILAJOSANA. Entre ellos destaca la restricción del análisis, en referencia cada una de las cinco concepciones, a los ya mencionados tres aspectos. Pues es fácil advertir que hay ulteriores aspectos que, en el mismo nivel de abstracción, tendrían que ser tematizados. Esto es especialmente claro en lo tocante a la caracterización de lo que VILAJOSANA tendría que denominar el “sujeto activo de la pena”, esto es, el *agente* de la punición. Ésta es una referencia ineludible para hacer comprensible el impacto que en el foro contemporáneo de la teoría de la justificación de la pena ha tenido la inclusión del factor representado por la relación de autoridad de cuya efectividad pudiera depender la legitimidad del castigo, tal como ello ha sido insistentemente enfatizado, entre otros, por DUFF. Que VILAJOSANA no otorgue relevancia comparativa a esta variable, imprescindible para dar cuenta adecuadamente de algunas variantes de retribucionismo, parece consistente con que, en general, su caracterización de esta última concepción se muestre demasiado tributaria de lugares comunes que se han visto drásticamente problematizados en la literatura especializada. A este respecto, no deja de ser llamativo que KANT sea presentado como “un defensor a ultranza del retribucionismo”, entendido éste en el sentido de un retribucionismo *moral*, con lo cual se pierde de vista, por ejemplo, la muy importante –aun cuando controversial– aportación exegética que han hecho BYRD y HRUSCHKA. Si bien VILAJOSANA previene que su propósito no es “realizar una exégesis del pensamiento

kantiano”, es dudoso que la versión así delineada, y que VILAJOSANA acertadamente atribuye a Michael S. MOORE, amerite ser presentada como “el modelo en el nivel máximo de su pureza” (RdP, p. 27). Y tampoco es posible obviar que VILAJOSANA asuma sin más que, en lo concerniente a la “modalidad de la pena”, una concepción retribucionista tendría que favorecer que las penas privativas de libertad sean ejecutadas “en entornos nada agradables, porque de lo contrario no tendría sentido la ideal del mal” (RdP, p. 33). Ello supone desconocer que es perfectamente sensato —y jurídicamente necesario, con arreglo al principio de legalidad— identificar estrictamente el *mal* de cuya irrogación punitiva se trata con nada más (y nada menos) que la privación de libertad del condenado.

Que la objeción precedente no basta para poner en cuestión la contribución que representa su libro al esclarecimiento de algunas preguntas capitales para la teoría de la pena, queda de manifiesto en todos aquellos pasajes en que VILAJOSANA ofrece perspectivas que logran hacer muchos más precisos algunos contrastes imprescindibles para identificar correctamente la “lógica interna” de la respectiva concepción. Ello sucede, verbigracia, con su muy elocuente demostración de la insuficiente atención que ha sido prestada a la distinción entre paternalismo y perfeccionismo a propósito del objetivo de la rehabilitación (RdP, pp. 78-86). Y también sucede con su persuasivo recordatorio de que, en la medida en que el determinismo represente una amenaza para la viabilidad de la justificación del castigo, esa amenaza no afecta exclusivamente a las concepciones retribucionistas, sino a toda concepción que, en algún plano, dependa de la plausibilidad de una noción de racionalidad anclada a la noción de autonomía, lo cual sería predictable, adicionalmente, de aquellas orientadas a la disuasión, la rehabilitación y la reparación (RdP, pp. 135-136). Desde luego, es igualmente importante que VILAJOSANA en efecto no valide el presupuesto de la observación precedente y ofrezca, en cambio, una defensa de la célebre versión del argumento que STRAWSON articulara a favor del compatibilismo.

Es justamente en el nivel de los presupuestos de la configuración de un conjunto heterogéneo de condiciones de la responsabilidad jurídica, y en particular de la responsabilidad jurídico-penal, que se sitúa, a su vez, la investigación de GONZÁLEZ LAGIER acerca de las emociones y su relevancia para el derecho. Ella se encuentra, en lo fundamental, dirigida a proponer una “teoría integradora”, que compatibilice algunos de los hallazgos más promisorios asociados a las dos tradiciones filosóficamente dominantes, en perspectiva histórica, en la conceptualización de las emociones, que GONZÁLEZ LAGIER identifica como la “tradición mecanicista” y la “tradición cognitivo-evaluativa”, y a cuya presentación está destinado el primer capítulo. La conveniencia de favorecer una aproximación no reduccionista al concepto de emoción, que justamente logre dar cuenta de la complejidad del fenómeno (ERyD, pp. 77-78), es elocuentemente demostrada por el autor en referencia a tres ámbitos de indagación, que respectivamente conciernen a la relación en que se encuentran las emociones y las acciones, a la conexión que se daría entre emocionalidad y racionalidad y al papel que las emociones juegan en la atribución de responsabilidad. Así, cada uno de los tres capítulos finales del libro se cierra con un balance que sugiere, de cara a la particularidad de su correspondiente ámbito temático, la adecuación de la aproximación que asume la “dualidad de las emociones”, y que se expresa en que las emociones parezcan resistirse a quedar exclusivamente radicadas en alguna de las dos clases en las cuales son tradicionalmente distribuidas las diferentes especies de estados mentales, a saber: la clase de los estados fenoménicos y la clase de los estados intencionales (ERyD, p. 103).

Metodológicamente, semejante teoría integradora es elaborada a partir de la constatación de la disyuntiva entre “tratar de integrar todos [los] aspectos de la emoción en una única definición” y “renunciar a una definición en sentido estricto” (ERyD, p. 55), que GONZÁLEZ LAGIER resuelve tomando partido por la segunda estrategia, por la vía de hacer aprovechable la noción wittgensteiniana de “parecido de familia” para caracterizar la relación en la que se encontrarían los seis elementos con relevancia para articular (mas sin “definir”, *stricto sensu*) el concepto de emoción. Ello se traduce en que para adscribir correctamente una emoción a algún agente, sería necesario reconocer la presencia de algunos, pero no todos los elementos que, integrados en una determinada “historia o proceso característico” (ERyD, p. 57), fungen —cabría decir— como indicadores de una emoción particular de un cierto tipo (o “género”). Esos elementos, cuya combinación no siempre exhaustiva sería determinante de la estructura de las emociones, son identificados como el “juicio evaluativo”, el “objeto intencional”, algún conjunto de “cambios fisiológicos”, la “sensación”, la “expresión de la emoción” y su “tendencia a la acción”. Esta descomposición de la estructura de las emociones se ve acompañada por la aportación de algunas distinciones complementarias, entre las cuales destacan, por su utilidad analítica, la que contrapone, desde un punto de vista puramente estructural, “emociones básicas” y “emociones complejas”, y aquella que contrapone, desde punto de vista evolutivo, “emociones primarias” y “emociones secundarias” (ERyD, pp. 74-76).

Resulta imposible, en un marco tan acotado como éste, entrar en las variadas controversias con significación jurídico-penal que se ven iluminadas por el aparato teórico desplegado por GONZÁLEZ LAGIER. Especialmente promisorios son su recurso a la distinción entre “reglas de deber hacer” y “reglas de deber ser”, tomada de VON WRIGHT, para mostrar cómo esta segunda noción se corresponde con el tipo de estándar en referencia al cual pueda establecerse la eventual responsabilidad de una persona por las emociones que en efecto tiene o muestra tener, en la forma de un juicio de “responsabilidad emocional” (ERyD, pp. 126-127, 135-138), así como la puesta en uso de la teoría integradora en pos de la elucidación del impacto de emociones de ciertos tipos en la graduación de la responsabilidad por comportamientos potencialmente delictivos, lo cual GONZÁLEZ LAGIER ejemplifica a través de un análisis de la atenuante de “arrebato u obcecación” (ERyD, pp. 141-145). A este respecto, la capacidad explicativa de su propuesta queda demostrada por la manera en que la consideración conjunta de la “intensidad emocional” y el “(des)control de la conducta”, como factores susceptibles de apreciación gradual, haría posible arribar a soluciones diferenciadas para cuatro constelaciones suficientemente representativas de casos (ERyD, pp. 148-151). Ellas son: (a) la de “supuestos de emociones «frías» basadas en creencias o juicios de valor justificados”, en los cuales una atenuación de responsabilidad sólo podría afirmarse en la medida en que el correspondiente cuadro emocional haya traído aparejada una pérdida de control del agente sobre su conducta; (b) la de “supuestos de emociones «frías» basadas en creencias o juicios de valor aberrantes”, en los cuales la pertinencia de una eventual agravación quedaría condicionada por la exigencia de que “el juicio de valor encarnado por la emoción” resulte concluyentemente incompatible con valoraciones sociales mayoritarias; (c) la de “supuestos de emociones intensas basadas en creencias o juicios justificados”, en los cuales la eventual eficacia atenuante del cuadro emocional tendría que asociarse al impacto asociado a su intensidad, sin que su adecuación cognitiva pudiera cualificar esa eficacia atenuante; y (d) la de “supuestos de emociones intensas basadas en creencias o juicios

de valor aberrantes”, en los cuales en principio habría que priorizar la falta de razonabilidad de la emoción en cuestión para privarla, así, de fuerza atenuante.

Este necesariamente selectivo recorrido por las dos monografías hace posible concluir dando razón a VILAJOSANA en cuanto a lo afortunada que resulta la invitación a caminar, en ambas direcciones, por la “vía anfibiológica” sugerida por Nigel WALKER, que puede “atraer a los filósofos hacia tierra firme y a los penalistas hacia aguas profundas” (RdP, p. 16).