

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones:

Stuart P. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, 2013 (por Patricia Faraldo)

José MILTON PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, 2012 (por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles)

Laura POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*. 2013 (por Alfonso Serrano Maíllo)

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, 2012 (por Juan Antonio Lascuraín).

Reseña:

Obras generales sobre Derecho penal y neurociencias (por Pablo Sánchez-Ostiz).

Recensión a Stuart P. GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de los ajeno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013 (399 páginas)

Recientemente ha aparecido en español la monografía de Stuart P. GREEN, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Rutgers, Nueva Jersey (EE.UU.), titulada originalmente *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, editada por Oxford University Press en 2006, y hoy por Marcial Pons con la traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. El estudio que a continuación se lleva a cabo pretende contestar a la cuestión de qué puede aportar este libro a quien se interesa o se dedica al Derecho penal en España o en países de lengua española.

El título centra perfectamente la cuestión objeto de análisis. La aportación nuclear del libro de GREEN es que la ambigüedad y la confusión que en numerosas ocasiones reinan en lo que respecta a la tipificación penal de los delitos que cabe incluir bajo la etiqueta de “delitos de cuello blanco” pueden reducirse si los analizamos de forma que reflejen nuestro pensamiento moral. Por ej., delitos que parecen suponer únicamente un incumplimiento legal, sin que el contenido material de la antijuridicidad resulte aparente, pueden contemplarse de otro modo, como formas genuinas de comportamientos moralmente incorrectos. Basándose fundamentalmente en normativa y casos estadounidenses, con alguna referencia esporádica al Reino Unido, y con un impresionante bagaje bibliográfico (obviamente actualizado solo hasta 2006, fecha de publicación del original americano) GREEN interpreta varios delitos de cuello blanco para demostrar que se adecuan a las precisas distinciones morales que hacemos continuamente en nuestra vida diaria.

El libro se organiza en una introducción y tres partes. Tras explicar lo que se pretende y lo que no se pretende hacer a lo largo de la obra, la primera parte se dedica a analizar el concepto de delito de cuello blanco y las figuras delictivas que abarca. Aun reconociendo que “indudablemente existen otros delitos que, sin estar en mi lista, merecerían ser considerados como delitos de cuello blanco” (p. 49), GREEN centra su argumentación en los delitos de perjurio, estafa, falso testimonio, obstrucción a la justicia, cohecho, extorsión y chantaje, abuso de información privilegiada, delito fiscal y delitos basados en el incumplimiento de la normativa administrativa. Como he indicado, el autor no pretende que ésta sea una lista cerrada. La elección de estas figuras delictivas, y no otras, se debe a que, en su opinión, reúnen ciertos rasgos de familia: no han sido suficientemente teorizadas, por un lado, y son casos bastante claros de ambigüedad moral, por otro.

La lista resulta indudablemente sorprendente para quien lee desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico español, pues abarca tanto delitos patrimoniales (la estafa o la extorsión) como delitos contra la Administración Pública (cohecho) y de Justicia (falso testimonio, obstrucción a la justicia, perjurio), delitos contra la libertad (chantaje), y sí, también algunos delitos económicos (abuso de información privilegiada, delito fiscal y delitos contra el Derecho regulatorio). GREEN no pretende una definición estricta del

concepto de delito de cuello blanco, por otra parte bastante difícil de delimitar, sino que lo utiliza como una suerte de paraguas que cubre una serie de delitos que, más que compartir unas características comunes, comparten lo que él llama “un conjunto de diferentes semejanzas, esto es, una serie completa de similitudes y relaciones” (p. 49). Por tanto, nada equiparable a la categorización al uso de los delitos económicos en la doctrina española, considerablemente más acotada y precisa (véase por ej., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, o BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010), en buena medida gracias a la existencia de un capítulo dedicado a esta materia en el Código Penal. Frente a lo que se podría pensar, pues, no estamos tanto ante una teoría moral aplicable a los delitos económicos cuanto ante un análisis de las fronteras de la criminalización aplicable a un conjunto bastante más amplio de delitos.

También puede resultar sorprendente para el lector o lectora la definición de ambigüedad moral. GREEN distingue tres clases de ambigüedad moral: la primera es propia de aquellos casos en que la misma conducta puede ser tratada como un ilícito penal o civil, quedando a la discreción del fiscal elegir una vía o la otra; la segunda caracteriza los supuestos en los que “los casos centrales pueden tratarse como inequívocamente penales, mientras que los casos periféricos no pueden ser tratados de la misma manera sin crear controversia” (p. 55), poniendo como ejemplo el supuesto de quien ofrece a un congresista ayuda política y económica en la campaña política de su hijo a cambio de su voto en relación con el delito de cohecho (o de extorsión o chantaje); la tercera abarca los casos en que se tipifican penalmente conductas que la mayoría de los ciudadanos no considerarían delictivas, esto es, casos en los que “las normas sociales dominantes no han logrado aún “ponerse al día” con la legislación” (p. 55). Con independencia de que algunos de los ejemplos que ofrece no ofrecerían muchas dudas en nuestro Ordenamiento jurídico, GREEN acierta aquí a exponer de manera magistral el problema fundamental de buena parte de los delitos a los que alude, que no es otro sino su carácter “artificial”: se consideran “*mala quia prohibita*”, frente al carácter “natural” de los delitos comunes, considerados “*prohibita quia mala*”. En efecto, a diferencia de los delitos correspondientes al núcleo clásico del Derecho penal, como el homicidio o el hurto, cuya pertenencia al Derecho penal no se pone en duda, hay un conjunto importante de conductas que son tanto ilícitos penales como administrativos, como el abuso de información privilegiada o la obstrucción a las actuaciones inspectoras o supervisoras de determinados órganos o entidades –aunque conviene puntualizar que en nuestro país no queda, o al menos, no debería quedar al arbitrio de nadie la elección de la vía penal o administrativa, ya que en principio se debe paralizar el procedimiento administrativo en cuanto se adviertan indicios de delito–, mientras que otras no han calado en la conciencia ciudadana, que en general no las ve como ilícitos merecedores de respuesta penal, como algunos delitos contra la propiedad intelectual o algunas formas de cohecho o de tráfico de influencias. La decisión de elevar a la categoría de delito algunas infracciones, dejando otras en el ámbito del ilícito civil o administrativo, no responde, en muchas ocasiones, a un modelo racional de legislación penal, sino a elementos de otra naturaleza, extrapenales e incluso extrajurídicos. A pesar de la aparición en nuestro país de algunas obras sobre la creación racional de normas penales (por ej., DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L., *La*

racionalidad de las leyes penales, Trotta, Madrid, 2003) o sobre las diferencias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (fundamentales a este respecto GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho administrativo sancionador*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, o RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010), sigue siendo muy difícil, por no decir imposible, delimitar en los casos límites el contenido de injusto que aboca a la criminalización y cuál debe o puede quedarse en el ámbito administrativo. Parece no tanto una cuestión de principios cuanto de eficacia y eficiencia, que se suelen predicar más del Derecho administrativo que del penal, por un lado, y de efectos simbólicos, que habitualmente se asocian más a la pena que a la sanción administrativa, por otro. Eso sí, sin que contemos con estudios prácticos que nos permitan comprobar la certeza de nuestras suposiciones en esta materia.

A continuación describe GREEN algunas características de estos delitos: desde la dispersión de la responsabilidad, al cometerse habitualmente en el seno de organizaciones empresariales o administrativas, a la reticente actitud de legisladores, jueces y fiscales, poco inclinados a su persecución, sin olvidar la actitud similar de abogados, defensores, medios de comunicación y estudiosos. Nada nuevo bajo el sol. De estas dificultades ya nos informaban cumplidamente FERNÁNDEZ-ALBOR y MARTÍNEZ PÉREZ hace exactamente treinta años (*Delincuencia y Economía*, Universidad de Santiago de Compostela, 1983), y BAJO FERNÁNDEZ incluso antes (*Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978), trasladando a nuestro país las elaboraciones de las doctrinas alemana e italiana de la época. De hecho, esta parte del libro tiene un cierto tufillo rancio que no se compadece bien con la excelencia del resto de la obra. Eso sí, como buen anglosajón, GREEN no hace mención alguna a esa ingente producción bibliográfica en otros idiomas, citando en su lugar obras mucho más recientes escritas, claro está, en inglés.

GREEN continúa analizando los elementos del delito que han de aparecer también en los delitos de cuello blanco: *mens rea*, que en el vocabulario jurídico español designa los requisitos de imputación subjetiva; daño, que podríamos convenir es la afectación al bien jurídico; e ilicitud moral. Con relación al primero, GREEN sostiene que en un grupo bastante importante de delitos de cuello blanco, en particular los relacionados con el incumplimiento de la regulación administrativa, se han reducido las exigencias relativas al elemento subjetivo, pasando a incluir casos de puestas en peligro negligentes, mientras que, por otro lado, resulta difícil la atribución de este elemento a los entes colectivos. En lo que respecta al segundo elemento, el daño, destaca el autor las diferencias entre el daño causado por los delitos de cuello blanco y por los delitos convencionales, en particular el que se trate en el primer caso de la afectación, y aquí hago la traducción a una terminología más familiar para el lector o lectora de lengua española, de bienes jurídicos colectivos con o sin referencia a bienes jurídicos individuales, lo que lleva, por un lado, a que la clase de daño sea diferente y, por otro, a que las víctimas (si es que hay víctimas, recuérdese que es el ámbito de los llamados “delitos sin víctimas”) lo vivan de manera distinta. Destaca también GREEN el hecho de que en ocasiones se equiparen penalmente tentativa y consumación, técnica legislativa que también conocemos bien en nuestro país. Y bajo la curiosa rúbrica “el valor compensatorio de la conducta legítima adyacente” se refiere GREEN al hecho de que algunas de las ganancias provenientes del delito se dediquen a la

caridad o a fines en general filantrópicos. Al tercer elemento que ha de concurrir, el de la ilicitud moral, se dedica prácticamente el resto del libro, con el objetivo de responder a la pregunta de qué hace que una conducta sea ilícita.

En efecto, la segunda parte del libro ofrece un análisis de ocho tipos de ilicitud moral: el comportamiento tramposo, el engaño, el hurto, la coacción, la explotación, la deslealtad, el incumplimiento de promesas y la desobediencia, ordenados en un orden decreciente atendiendo a su importancia en el contexto de los delitos de cuello blanco. Estamos en una parte de la investigación que tiene que ver fundamentalmente con la filosofía y la moral. GREEN se esfuerza en establecer claras distinciones. Por ej., entre hacer trampas, engañar y mentir. Para él, hacer trampas supone (1) un incumplimiento de reglas en el marco de una actividad cooperativa sometida precisamente a reglas, (2) dirigido a obtener una ventaja indebida sobre el resto de participantes. Por su parte, la mentira supone la afirmación de algo que creemos que es falso, mientras que el engaño exige cierta cooperación por parte de la víctima, su predisposición a creer lo que solo se sugiere, a tolerar vaguedades, ambigüedades, ausencias de precisión en lo declarado. Estas diferencias le permitirán en la tercera parte establecer claras delimitaciones entre delitos que suelen presentar ciertas superposiciones, precisando al mismo tiempo su contenido de ilicitud moral.

En efecto, tras el análisis de los ocho conceptos anteriormente citados, GREEN es capaz, en la tercera parte, de determinar cuál es el ilícito moral que subyace a las conductas que previamente ha definido como integrantes de la categoría de los delitos de cuello blanco. Por ej., el falso testimonio requiere decir algo que es literalmente falso, por lo que se puede considerar que es mentira, pero no incluye el engaño. Para ilustrar esta cuestión trata con cierto detalle la declaración de Bill Clinton cuando fue interrogado sobre sus relaciones con Monica Lewinsky, concluyendo que precisamente en las partes de la declaración que suscitaron más atención mediática y política engañó, al dar respuestas incompletas a las preguntas realizadas o al no contestar pareciendo que sí había dado una respuesta (pero a una pregunta que no se le había hecho), y que solo mintió en otros momentos que, sin embargo, pasaron más desapercibidos. Su conclusión es que si la verdad no surgió de su declaración fue en parte por incompetencia de quienes le interrogaban.

El fraude, por su parte, en contraste con el perjurio, es más una conducta engañosa que una mentirosa, mientras que el falso testimonio sería un híbrido de la mentira y el engaño. Etc. etc. Interesante resulta la aplicación de sus tesis al derecho regulatorio. GREEN considera que se justifica la criminalización de conductas que consisten en el mero incumplimiento de obligaciones legales sin que exista una ilicitud moral significativa únicamente en dos casos: cuando se criminaliza el quebrantamiento de reglas que regulan la competencia, de manera que el infractor obtiene una ventaja desleal respecto de otros con los que mantiene una relación cooperativa, regulada por medio de reglas; y los casos en que el incumplimiento de reglas supone engaño o incumplimiento de promesas. Al margen de estos supuestos, GREEN entiende que no procede criminalizar el incumplimiento de normas legales. Y ello pese a reconocer que hay evidencias circunstanciales que sugieren que los tribunales, e incluso el hombre de la calle, consideran este incumplimiento como un ilícito moral. Al poner en duda que el incumplimiento de normas legales se pueda considerar per

se un ilícito moral, GREEN se manifiesta escéptico respecto de que se pueda justificar la criminalización en estos casos. No es éste el lugar para articular una defensa completa de la existencia de un deber general de obedecer la ley. Pero si es cierto, como parece apuntar la evidencia, que existe un amplio consenso ciudadano sobre la necesidad de cumplir la ley y la incorrección de no hacerlo, no veo por qué GREEN no puede concluir que es moralmente ilícito incumplir la ley. Si admitiera esto, debería aceptar igualmente que la criminalización del incumplimiento de normas regulatorias también supone un ilícito moral.

Resumiendo, ¿qué se puede sacar en limpio después de la lectura de casi cuatrocientas páginas? En primer lugar, una magnífica bibliografía sobre los delitos que incluye bajo la rúbrica “de cuello blanco”. En segundo lugar, asomarnos al Ordenamiento estadounidense, con su fascinante mezcla de moralismo y practicidad, desde una obra que mezcla sabiamente una profunda reflexión filosófica con entretenidos casos extraídos de la práctica judicial. Es difícil encontrar en nuestro país referencias a la moral en el estudio del Derecho penal. De hecho, cabe decir que nos esforzamos por evitar argumentos de esta naturaleza. La perspectiva aquí es completamente opuesta. Nada de buscar un bien jurídico más o menos etéreo, ni de delimitar categorías evanescentes como el peligro abstracto o la imprudencia consciente. Tampoco se trata de exponer cada uno de los delitos con todo detalle. Menos aún de elaborar una teoría general de los delitos de cuello blanco. Lo que este libro aporta es una profunda reflexión sobre las razones morales que justifican la criminalización de ciertas conductas que están en los márgenes del Derecho penal, pero que, efectivamente, suponen (o no) la infracción de normas morales que más o menos todos compartimos. Es, por tanto, una obra sobre la relación entre la moralidad convencional y el Derecho penal en general.

En fin, se trata de un libro claro, bien escrito, bien argumentado, todavía mejor traducido, con una excelente bibliografía y sumamente original, eso sí, una vez superada la primera parte, que puede parecer un poco desfasada a quien haya estudiado los delitos económicos en nuestro país.

Patricia Faraldo Cabana

Universidade da Coruña

Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado, Alemania

Recensión a José Milton PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012 (341 páginas)

-I-

Hacía falta un libro como el del Profesor argentino José Milton PERALTA. De todos los aspectos naturalistas que dan lugar a lo que luego, tras su transformación por el código jurídico, llamamos delito, los “motivos” del autor son los menos trabajados por la doctrina. Y no puede extrañar, pues a diferencia de –por ejemplo– la acción, el resultado, la voluntad, o el conocimiento, etc., tradicionalmente se viene sosteniendo que en general los motivos que el autor pudiera tener y que le llevaron a cometer el delito carecerían de transcendencia a los efectos de configurar el ilícito penal; si acaso sería ésta una cuestión que ha de encontrar su tratamiento en el ámbito de la individualización de la pena o, a nivel denominado “probatorio”, los motivos habrían de tenerse en cuenta como un indicio más –en su caso– de la comisión del hecho delictivo: quien tuviese motivos para consumir un delito –se dice también– realmente es más fácil que lo haya ejecutado que quien no los tenía –aunque de todas formas se trataría de un indicio no suficiente–. Por citar un segundo y último ejemplo, también se viene manteniendo que los motivos para el “cumplimiento” de una atenuante serían irrelevantes: basta la confesión por ejemplo para ganar la atenuante del mismo nombre, igual se haga motivada por el arrepentimiento, o por un motivo tan práctico como es precisamente lograr que se aplique la atenuante; si se confiesa, la atenuante no necesita de particulares motivos.

Pues bien, bajo el título “motivos reprochables” el autor se refiere principalmente a aquellos motivos, de entre todos los posibles, que el Legislador sí ha querido significar mediante su directa introducción en algunos tipos penales y que por tanto sin duda sí los ha considerado relevantes, siendo al menos esta cuestión *de lege lata* excluida del debate: dispone por ejemplo el art. 22.4 del Código Penal español que constituye una circunstancia agravante una muy concreta motivación: el “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. Otros supuestos, y en otras legislaciones, atienden a la mayor supuesta gravedad de hechos motivados en la codicia (¿el consabido “ánimo de lucro”?) o el deseo sexual, etc. Y otras acepciones de los motivos por así decir “no positivados” son de igual modo perfectamente imaginables, aunque el libro no se ocupe específicamente de ellas, pero quizás sus explicaciones sean sin duda extrapolables.

-II-

La pregunta que el autor se plantea y a la que da cumplida respuesta es por tanto: ¿hasta qué punto esas “simples motivaciones internas” tienen cabida y en qué sentido –y con qué alcance– en un Derecho penal del hecho y no del autor? En otras palabras: ¿es adecuado que deban tener relevancia los motivos individuales del autor, para la configuración

normativa de su responsabilidad penal? La pregunta desde luego es del todo pertinente -la relevancia de la motivación no solo parece iliberal, sino también aparentemente naturalista por demás- y va más allá de un cómodo conformismo con el Legislador, pues lo que está claro es que una vez hecha la excepción por parte de la Ley penal para algunos tipos o agravantes genéricas (por ejemplo, el citado art. 22.4 CP), los motivos pueden ya considerarse introducidos en la teoría jurídica del delito -guste o no-, y ya tan solo habría que determinar si tal relevancia está justificada en general. De este modo, al abordar el tema con decisión para el ámbito de aplicación escogido, José Milton PERALTA va desbrozando un camino en el que por falta de uso había crecido la hierba, y ese camino debe ser transitado con más asiduidad en el futuro, pues como el autor pone de manifiesto en repetidas ocasiones, el problema de los motivos no se restringe únicamente a lo por él tratado, sino que es mucho más amplio.

Así las cosas, como quiera que es obvio que dichos motivos reprochables sí tienen efectos aquí y allá, en ocasiones hasta legislados expresamente, el autor se plantea muy acertadamente en tres grandes partes si es posible -que a su juicio, sí lo es- explicar y justificar la relevancia de los motivos para el Derecho penal liberal y del hecho, sin que ello suponga entrar en contradicciones internas o en un desandar el camino de la evolución dogmática: con ese principio, en general, estamos plenamente de acuerdo, es más: creemos que es una necesidad absoluta esta introducción de los motivos -reprochables o no, todos- en la teoría jurídica del delito, naturalmente tras su adecuada y pertinente reconfiguración por el código jurídico (normativo).

-III-

En la primera parte, PERALTA analiza la problemática desde las teorías de la pena, en profundidad. En efecto, la mayoría de la doctrina trata de justificar la relevancia de algunos motivos del autor (los que le interesan, otros no) explicándola como un reflejo de mayor inmoralidad del autor o de una mayor necesidad de prevención. A este respecto, el libro se muestra particularmente crítico con los diversos fundamentos hasta ahora intentados por la doctrina, ya que -se dice- las teorías de la pena dudosamente podrían dar cuenta de una necesidad, empíricamente contrastable, de un aumento de pena basado en los motivos. Ciertamente ello no sería predicable tan solo de los motivos reprochables, sino de otros aspectos que sin embargo sí tienen incidencia en la teoría del delito, y mucha.

A continuación, la segunda parte del libro se ocupa del análisis de los motivos reprochables del autor desde la teoría del delito, es decir, PERALTA evalúa la posibilidad de que los motivos reprochables indiquen un aumento del ilícito penal, ya sea por un incremento de la parte objetiva o de su parte subjetiva del ilícito. Además, el autor aborda los problemas que igualmente causan las fricciones con el principio de culpabilidad, todo ello llegando a la conclusión global de que la doctrina habría logrado introducir los motivos en la teoría del delito al costo de entenderla como una mera sede de necesidades preventivas en lugar de un análisis riguroso de la responsabilidad individual. Para José Milton, la única forma de dar cabida a los motivos reprochables es convirtiendo el concepto

de injusto o culpabilidad en un instrumento destinado a dar cuenta de necesidades utilitaristas, función ésta que considera que no debe ser asignada a la dogmática.

Las dos anteriores partes del trabajo de PERALTA –por su valor crítico– le obligan a emprender la tercera y definitiva parte, en la que aparece su iniciativa creativa. Allí, el trabajo propone una teoría que pueda dar cuenta de la variación de la pena basada en los motivos, pero sin apartarse de un Derecho penal liberal. Para ello, es explorada la conexión que existiría entre la cuestión de los motivos reprochables y las causas de reducción del ilícito, en particular la legítima defensa y el estado de necesidad, con especial atención en todo ello a la obra del discípulo de JAKOBS, BERND MÜSSIG en su monografía sobre la justificación de la diferencia de pena entre el homicidio y el asesinato basada precisamente en las motivaciones del autor. La conclusión a la que llega el autor, en toda su extensión, no debe ser adelantada aquí, pues esta breve presentación de la obra no debe sustituir la lectura pausada del libro. Pero en todo caso, sí sea apuntado al menos cómo el autor considera que los motivos probablemente tienen que ver con un hecho más grave, y, en ese sentido, una vez más estamos plenamente de acuerdo: ciertamente, estamos ante más que motivos. Señala José Milton PERALTA, en suma, que los motivos reales del autor no pueden ser objeto de valoración penal, sino que sólo puede ser valorado el conocimiento de la situación objetiva de reducción mínima o ausencia total de reducción de la gravedad del hecho.

Nosotros también pensamos, con ciertas similitudes y generalizando, que en efecto a la postre parece que se trata de hechos y no de motivos: como ha sido señalado por algún sector de la filosofía anglosajona, son los hechos los que producen motivaciones, es decir, “hechos libres de motivaciones”, exactamente igual que el dolo está soportado por hechos y no por pretendidas aristas psíquicas que, empero, el sistema jurídico no puede ni ver, ni oír. Ello debe tener aplicación de principio: carece de sentido dejar de lado esos hechos “motivadores” pues aunque evidentemente no son asumidos por el código jurídico en su extensión naturalista, ni mucho menos, lo que tampoco parece oportuno es que sean los únicos hechos (naturalistas) relacionados con el delito que inexplicablemente el código jurídico deje de lado, según la doctrina mayoritaria que poco menos que ni se plantea su existencia. Son los hechos los que proveen de razones o motivos para la acción (u omisión), pero en ese sentido sí son fundamentales.

-IV-

Volviendo al libro de PERALTA, el mismo se muestra transversal en el tratamiento de la problemática que aborda, y ello facilitará que otros autores a partir de ahora la tengan muy en cuenta y también se animen a trabajar con los motivos del autor, como una parte más necesitada de investigación.

La obra se cierra con el listado de la abundante bibliografía citada que da cuenta de las aproximaciones que hasta ahora se habían realizado sobre el tema, tanto de los autores en español, como de aquellos otros en alemán, así como con algunas referencias a la bibliografía fundamental angloamericana.

-V-

Podemos concluir pues que un tratamiento de la problemática de los motivos hacía falta, como hemos apuntado, por dos razones: la primera, porque a pesar de que cada vez es una cuestión que aparece más y de forma más evidente en la legislación, existe una notoria falta de tratamiento por parte de la doctrina, pues aunque exista alguna obra significativa en alemán (de la ya antigua obra de SCHMIDHÄUSER a la citada de MÜSSIG, pasando casi solo por la de KELKER), ha sido muy escasa la atención al tema en lengua española, al menos monográfica, y lo mismo cabe decir en el sistema anglosajón. Y el segundo, porque ese escaso tratamiento monográfico no estaba justificado por el tema, sino todo lo contrario, se trataba de una ausencia significativa.

Sean estas líneas por tanto una mera presentación e incitación a la lectura de un libro que hay que leer porque la problemática que encierra adquirirá en los próximos años aún más relevancia de la que ya tiene, que en todo caso es mayor de la que tradicionalmente se le asigna. Así, creemos que esta muy relevante investigación pone los pilares de otras que habrán de producirse, puesto que probablemente los motivos reprochables del autor –y también los no reprochables, sino todo lo contrario–, sean muy relevantes no solo cuando están expresamente tipificados, como los referidos en el libro, sino también cuando no lo están: como decíamos al comienzo, desde luego sorprende que todo el mundo natural relacionado con el delito sea tenido en cuenta, y así la acción que haya desplegado el sujeto, el resultado que haya producido, la causalidad entre ambos, el conocimiento que tuviera el autor del delito de lo que hacía, y hasta –según algunos– la voluntad de lo que quería hacer, pero en cambio, precisamente lo que provocó todo ello, lo que hizo que se pusiera en marcha la maquinaria delictiva, la motivación, sea obviada como si no existiera. Y a ello, por lo demás, no se podrá aducir que la motivación no se puede probar, pues es obvio que el Legislador estaba pensando justo lo contrario cuando quiso especificar algunos de ellos como los motivos racistas, antisemitas, etc., que, igual que cualquier “actitud interna del autor” –como el dolo– puede ser –y debe ser– parte de la teoría jurídica del delito.

Prof. Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Universidad Complutense de Madrid

Recensión a Laura Pozuelo Pérez, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 2013, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires (183 páginas)

El estudio de la punitividad de las leyes penales se ha convertido en uno de los objetos de estudio preferidos por la Criminología contemporánea, y los países de habla hispana no son, ni mucho menos, una excepción. Aunque desde un punto de vista teórico la oferta es limitada –desde luego en comparación con el estudio de las causas del delito–, lo cierto es que el escenario es tan complejo que ello supone un reto –aunque no por este motivo deja de ser igual de decisivo. En España existe ya, de hecho, un número relevante de investigaciones sobre la materia, muchas de las cuales utilizan datos empíricos para sustentar sus conclusiones. A mi modo de ver, además, es posible observar una imagen o visión general que subyace a una generalidad de los estudios españoles y que denominaré *visión garantista*. Aunque luego cada análisis pueda reclamar sus propias especificidades, la visión mencionada es, como nuestra Criminología en general, bastante pacífica: no se construye buscando la confrontación sino el acuerdo.

La monografía de Laura POZUELO supone un avance importante en estos desarrollos porque unifica gran parte de la investigación existente en nuestro país y porque es posible identificar en su esfuerzo una teoría parcial o al menos algunas hipótesis sobre la punitividad a nivel estatal o legislativo. En este sentido debe ser recibida con satisfacción.

La teoría –la cual, como acabo de decir, se ubica en el nivel de análisis legislativo– que a mi modo de ver subyace a *La política criminal mediática* es la siguiente (pp. 15-31). La política criminal española ha seguido en los últimos años una tendencia punitiva. Ello puede probarse, por ejemplo, observando el elevado número de reformas penales desde 1996, así como su cariz. La causa fundamental es la creencia por parte de los políticos –tanto de los que gobiernan como de los que están en la oposición– de que mediante estos cambios punitivos de las leyes penales se obtienen votos. Sin embargo, no basta con cambiar las leyes, sino que es preciso que estas reformas tengan una cierta visibilidad social. Por este motivo, son los medios de comunicación los que marcan la política criminal ya que lo que hacen los políticos es aprovechar una especie de ventanas de oportunidad que aparecen cuando los medios, por los motivos que sean –incluyendo la acción de los propios operadores políticos–, elevan de modo significativo la información sobre el delito y, en particular, la de signo más negativo y generador de ansiedad. Esta propuesta tiene además el mérito de aproximarse a una teoría en sentido estricto ya que ofrece un mecanismo: los políticos utilizan estas ventajas de oportunidad *porque esperan obtener votos con ello*. Denominaremos a esta tesis *el modelo mediático de la política criminal*. Si bien la autora no deja de mencionar a los ciudadanos o a la opinión pública (verbigracia, pp. 19, 29 y 42), a mi juicio se aleja de la teoría que quizá sea mayoritaria entre nuestros penalistas, la de la democracia en juego (MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 158 y 176-177). Asumo que otros lectores y sobre todo su autora pueden no estar de

acuerdo con esta descripción de la teoría debido a que la misma no ha sido expuesta de modo formal y a que existen numerosos matices diseminados por toda la monografía (véase, por ejemplo, pp. 42 y 86) que, de tomarlos todos en cuenta, probablemente harían irrefutable a la teoría.

La profesora Pozuelo hace además el esfuerzo de ofrecer una «validación» de la teoría «con el objetivo de poder determinar si realmente las reformas penales de 2003 tuvieron su origen en esa ola de criminalidad en los medios», para «comprobar si el incremento global de noticias sobre delincuencia [...] influyeron en la reacción y decisiones de los operadores políticos que impulsaron las reformas del Código penal de 2003» (pp. 33 y 34). A tal fin recopila ella misma conteos de noticias sobre «delincuencia» en algunos periódicos y utiliza estudios semejantes de otras investigadoras (pp. 33-41 y 47-67) para encontrar un aumento de las frecuencias absolutas en los años previos a la reforma de 2003 por un lado más un impacto de ello en los políticos (p. 67).

Aunque soy consciente del esfuerzo y del mérito que representa esta validación o test de la teoría primero en sí mismo y en segundo lugar para incorporar elementos empíricos a las discusiones en este caso de política criminal, no deseo detenerme en las posibilidades del diseño metodológico seguido para establecer relaciones causales y debo remitirme a la literatura especializada en la materia (MORGAN, editor, *Handbook of causal analysis for social research*, 2013; MORGAN Y WINSHIP, *Counterfactuals and causal inference*, 2007; SHADISH et al., *Experimental and quasi-experimental designs for generalized causal inference*, 2001). Más útil me parece compartir unas reflexiones más concretas desde un plano empírico ya que albergo la convicción de que el *modelo mediático de la política criminal* es muy meritorio y, aunque requiere todavía mucho trabajo teórico y empírico, puede convertirse en una explicación plausible y testable. Con estas consideraciones confío en contribuir al debate sobre la mejor forma de testar la teoría que propone la profesora POZUELO. Quizá no esté de más advertir que la tradición en la que yo trabajo, la de los sentimientos de inseguridad, en la que tiene una fuerte presencia el pensamiento del DURKHEIM tardío, probablemente no es consistente con el modelo aquí reseñado –tampoco con el de la democracia en juego en sentido estricto (véase en todo caso GARLAND, *Punishment and modern society*, 1990, p. 61)–, aunque por supuesto ello no es importante.

Para empezar, en los estudios empíricos sobre noticias en la prensa aparecidos en España se echa de menos una discusión del problema de la validez de las medidas (STUBBS, *Discourse analysis*, 1983, pp. 61, 84 y 176-177 por ejemplo). No estoy ahora reclamando una superación del enfoque frecuentista –que es cómodo y sencillo, pero probablemente también insuficiente (BARDIN, *El análisis de contenido*, trad. Suárez, 2002, p. 37)–, sino una argumentación sobre la validez. En efecto, es una trivialidad que no siempre que se menciona en la prensa la palabra «delincuencia» se habla de delincuencia y que no siempre que se habla de «delincuencia» se utiliza dicho término; y ello es así hasta el punto de que, a mi modesto entender, no puede asumirse sin más que se cuenta con mediciones tan válidas que no requieren mayores comprobaciones. Por ejemplo, en algunas investigaciones empíricas se encuentra un descenso de las noticias sobre «delincuencia» en 2004 en comparación con los años precedentes (pp. 35-36), justo cuando España sufrió el

peor atentado de su historia y puede asumirse tranquilamente que las noticias sobre el mismo fueron ubicuas (y aparecieron en lugares preferentes) en los medios de comunicación al menos durante la primavera –aunque muchas de ellas no utilizaran el término «delincuencia». Aquí otros investigadores traerían a colación el rol de la cultura en la mediación de las categorías analíticas (GUSFIELD, *Drinking-driving and the symbolic order*, 1981, pp. 36-50) e incluso de la experiencia individual (DOUGLAS, *Purity and danger*, 1966/2002, p. 48), pero aquí no necesitamos ir tan lejos.

Una segunda consideración tiene que ver con que *el tiempo* desempeña un rol importante en esta teoría (ABBOTT, *Time matters*, 2001). Y ello al menos en un doble sentido. En primer lugar, a mi modo de ver, el *modelo mediático de la política criminal* hipotetiza que las reformas penales (punitivas) tendrán lugar aprovechando momentos relativamente *cortos pero intensos* –¿puedo decir *efervescentes*?– en los que se concentra la atención mediática y pública sobre el delito; y no como resultado a relativamente largo plazo –¡varios años!– de informaciones cansinas sobre el aumento de la criminalidad. Se trata en todo caso de una cuestión teórica. Así, al menos aquí sí creo que *lo más pequeño* –o lo más corto– *es mejor* (OBERWITTLER Y WIKSTRÖM, en *Putting crime in its place*, WEISBURD et al. editores, 2009, pp. 35-58) y que estudios empíricos que agregan noticias a lo largo de años enteros no puede identificar momentos cortos e intensos. Por este motivo no permiten testar hipótesis derivadas de la teoría.

El segundo elemento temporal tiene que ver con el tiempo que debería esperarse que transcurriera entre la oleada de información y la reforma penal. A mi modo de ver, la teoría específica *lapsos cortos* precisamente para aprovechar la oleada de atención mediática (véase en este mismo sentido, p. 122). Esta idea, cuyo contenido es, como en el caso precedente, teórico, es fundamental puesto que siempre es posible, cuando tiene lugar una reforma penal, retrotraerse en el tiempo hasta encontrar un aumento en la frecuencia de las noticias sobre el delito. Aunque ya me he mostrado escéptico sobre el uso de periodos temporales largos de acumulación de noticias, si los siguiéramos con fidelidad –así como la lógica sobre el establecimiento de relaciones causales del texto– lo más consistente con el modelo es que la gran reforma no se hubiera producido en 2003 sino antes, cuando la atención mediática era ya considerable.

Finalmente, una norma general es que para las comparaciones debe preferirse el uso de tasas relativas frente al de frecuencias absolutas. Confío en que estas indicaciones, si es que se comparten, permitan contrastaciones sólidas de hipótesis testables como las que se proponen con gran mérito en el libro aquí recensionado.

La valiosa monografía de la profesora POZUELO continua revisando algunas de las cuestiones más estudiadas en la Criminología española y acerca de las cuales existe un acuerdo prácticamente unánime en la literatura que maneja, o sea en la *visión garantista*: no ha habido un aumento de la delincuencia en España; nuestro nivel de delincuencia es bajo en comparación con los países de nuestro entorno; la preocupación por el delito entre los residentes en nuestro territorio o no existe o no está justificada; nuestros ciudadanos no son verdaderamente punitivos y hallazgos en sentido opuesto son artificios metodológicos; las

altas y hasta hace poco crecientes tasas de internos son injustificables y ni están ocasionadas por las tasas de criminalidad ni ejercen ningún efecto preventivo significativo (pp. 67-96 y 103-111). Esta parte tiene el gran mérito de resumir y clarificar una parte importante de la evidencia disponible en España. Quizá pueda recomendarse una mayor atención a las consideraciones metodológicas –no tan ocasionalmente *elefantes en el salón*– que merecen muchos de estos estudios empíricos que se mencionan porque de otro modo se corre el riesgo de abrir la muralla a las supuestamente inmaculadas investigaciones que apoyan las hipótesis propias y cerrarla para las demás, en las que se ven problemas formidables por todos lados. Así, también se echa de menos una mayor atención a voces alternativas a la *visión garantista* que, sin ánimo de exhaustividad, advierten de los insuficientes datos empíricos disponibles para decidir cuestiones tan complejas como las mencionadas al principio de este párrafo (AEBI Y LINDE, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2010); llaman la atención sobre características de la política criminal contemporánea distintas a la punitividad pero con las que también debería ser consistente un enfoque teórico (SERRANO GÓMEZ, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2010); y, a un nivel más elevado, ofrecen otros desarrollos teóricos (véase, por ejemplo, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, editor, *Teoría social, marginalidad urbana y Estado penal*, 2012). Con ello, por supuesto, no quiero dar la impresión de que sea posible abarcar toda la literatura sobre la materia.

A mi juicio, la aportación más destacada de la monografía de la profesora POZUELO es su propuesta de un modelo sobre la punitividad a nivel legislativo. Esta es la única forma en que puede ponerse un poco de orden en un escenario ciertamente complejo y progresar en el conocimiento y en las potenciales respuestas. No sólo eso: uno de los objetos más difíciles de entender es precisamente el rol de los medios de comunicación en la punitividad contemporánea y cualquier investigación seria como la aquí revisada que ofrezca hipótesis contrastables es digna de admiración por el reto que supone. Es cierto que, a mi modo de ver, el estudio de la punitividad contemporánea no puede afrontarse al margen de los desarrollos sociales más amplios que estamos experimentando (por ejemplo, BECK, *Risikogesellschaft*, 1986, sobre el camino hacia la *modernidad reflexiva* en general; así como CASTELLS, *Communication power*, 2009; *Networks of outrage and hope*, 2012, sobre los medios de comunicación en particular), pero esta empresa exige mucho tiempo y esfuerzo y no existen en la actualidad muchos incentivos para embarcarse en ella.

Mi última reflexión es, de nuevo, que lo más decisivo de una ciencia social es que sea crítica con ella misma y con la sociedad en que se desenvuelve. Mi experiencia personal me impide reprochar llamadas a la responsabilidad institucional de los políticos y al rigor y la ética de los medios de comunicación, pero estas reclamaciones de libertad, independencia, rigor y crítica (pp. 156-157) hechas desde la academia española corren el serio riesgo de evocar la paja en el ojo ajeno (QUINTERO OLIVARES, *La enseñanza del Derecho en la encrucijada*, 2010, pp. 109-110; SERRANO GÓMEZ, en *Derecho penal. Parte especial*, 2011, pp. xxxvii-liv). *La política criminal mediática* mantiene de modo convincente que existen «transferencias» entre medios y política (pp. 16, 27-28, 42, 47, 67, 86 y 121-122); pero parece asumir que la «academia» es, utilizando una frase de SPINOZA, «un imperio dentro de un imperio», como si entre ésta y aquéllos no existieran igualmente, digámoslo de modo benévolo,

«transferencias» (ya WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922, pp. 524-555); o como si los académicos fueran «mirlos blancos» en comparación con periodistas y políticos (BOURDIEU, *Homo academicus*, 1984). El libro de la profesora Pozuelo termina con una cuestión que no es baladí: ¿cómo es que nuestro punitivismo ha coincidido con la mayor masa de académicos penalistas de la historia? ¿Es que no han podido contrarrestarlo porque la sofisticación de su excelencia les ha hecho involuntariamente incomprensibles para los ciudadanos, pero en realidad son parte de la solución (p. 157)? Esta cuestión del potencial papel de los académicos en la punitividad contemporánea puede ser inquietante para quienes no quieran ver la penitencia en el pecado, pero es sin duda apasionante desde un estricto punto de vista científico puesto que, en los complejos escenarios sociales actuales, no debemos buscar mecanismos groseros, sino sutiles (FOUCAULT, *Seguridad, territorio, población*, trad. Pons, 2008, pp. 74-75).

Alfonso Serrano Maíllo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recensión a Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012 (264 páginas)

1. Porque estudiamos una disciplina práctica, los investigadores del Derecho Penal solemos tener dos problemas: que sabemos bien poco del proceso penal y que no nos dedicamos a la aplicación de la mitad del ordenamiento penal que en teoría conocemos. Si lo primero, la escisión universitaria del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal es una peculiaridad española bastante absurda, esto segundo de ser sólo teóricos de lo práctico es bastante comprensible: como no hay tiempo para todo y el estudio serio del ordenamiento requiere mucha dedicación y va anudado de hecho a unas actividades, la docencia y la gestión de la docencia, que son cada vez más exigentes, resulta razonable ese reparto social de tareas en el que unos se dedican sobre todo a la reflexión jurídica y otros sobre todo a la aplicación del Derecho. Naturalmente que éstos deberán ser reflexivos y que la primera perspectiva de aquéllos habrá de ser la de las consecuencias prácticas de las soluciones que proponen.

El futuro lector del libro que comento va a tener la suerte de eludir los déficits habituales de las obras sobre el proceso penal. Se va a encontrar con reflexiones –agudas y persuasivas reflexiones– de un profundo conocedor del Derecho Penal sustantivo que no es sólo un estudioso del ordenamiento, sino, como defensor, un experimentado practicante del mismo. De que se trata de un investigador de primera fila da cuenta la radicalidad y la sistemática del trabajo, a la que el título “Variaciones” no debe llamar a engaño: el profesor SÁNCHEZ-VERA parte de una profunda reflexión de la raíz y del contenido consecuente que debe ostentar la presunción de inocencia, y orienta consistentemente cada una de sus consideraciones acerca de cómo debe regularse el proceso penal o de cómo deben aplicarse las normas procesales a que esta imprescindible institución “funcione” –como indica el subtítulo del libro–. Este es su “Programa” (pp. 15 y ss.). Que además ha sido durante muchos años abogado lo muestra no sólo su prosa persuasiva y ejemplificativa sino su pensamiento constantemente problemático: si al autor le interesa el porqué de la presunción de inocencia es porque le preocupan, por ejemplo, las razones por las que se dicta la prisión provisional, que se incluya un relato de hechos probados inculpativo en una sentencia absolutoria por prescripción, o que la coartada mendaz pueda considerarse como indicio de cargo.

2. Tiene razón SÁNCHEZ-VERA en que lo que presupone el proceso es en realidad la culpabilidad indiciaria del encausado (p. 34) y que es tal presupuesto lo que justifica que se dirija una investigación contra él y que la misma comporte su obligación de soportarla y de comparecer en juicio, deberes positivos estos que garantizan el proceso y con ello la protección de los intereses básicos de nuestra sociedad y, en particular, de la institución básica *neminem laede* (pp. 37 y ss.). Entre la inocencia y la culpabilidad parece existir así una tercera categoría que es a la que se referirían las reglas de la presunción de inocencia. En realidad la función de la presunción de inocencia es la función del proceso mismo, que es la

de legitimizar la decisión final que se adopta. Tal función exige que el proceso no sea un mero ritual, sino que mantenga en todo momento la incertidumbre sobre su resultado. Así, “la presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo” (p. 37).

El primer corolario que extrae el autor de este punto de partida se refiere a la prisión provisional, que “sólo podrá ser entendida como lícita cuando sirva para asegurar el proceso” (p. 18). Por tanto, “la única razón válida para decretarla será el riesgo de fuga”, y no lo será el de ocultamiento de pruebas (pp. 46 y ss.). Argumenta convincentemente SÁNCHEZ-VERA que para combatirlo cuando caiga fuera del derecho de defensa disponemos de los tipos penales de presentación de testigos o documentos falsos en juicio o de inducción al falso testimonio, sin que frente a ello la de la prisión provisional constituya una solución adecuada o funcional. Tampoco lo es como tal frente al riesgo de reiteración delictiva, que deberá ser contrarrestado con los parámetros propios de las medidas de seguridad (pp. 51 y ss.).

El concepto de “proceso abierto hasta su finalización” se opone asimismo a prácticas tales como la valoración negativa del silencio parcial o de la versión exculpatoria fallida (pp. 55 y ss.), o a la flagrancia delictiva como causa para suprimir el proceso (pp. 57 y ss.). Y exige en cambio que la prescripción sea “una cuestión de previo y especial pronunciamiento, a resolver pues sin más fijación de hechos y subsunción que las estrictamente necesarias para servir al fin de la decisión sobre la prescripción, en contra de la práctica habitual” (p. 20; pp. 60 y ss.).

3. El capítulo más extenso del libro, el segundo, avanza “Hacia una valoración probatoria respetuosa de la presunción de inocencia”. Con varios mimbres. Es el primero el recuerdo de que “la finalidad del proceso debe conformarse con la búsqueda de una verdad procesal o forense”, propia de un proceso con todas las garantías constitucionales, por lo que “la fijación de los hechos probados es una cuestión jurídica de primer orden” (pp. pp. 71 y ss.) y por lo que “una incorrecta fijación de los hechos es una aplicación incorrecta de la ley” (pp. 70; 120 y ss.). El segundo mimbres, en plena consistencia con el concepto de proceso como ámbito de incertidumbre, es el de que “sólo la actividad de acreditación plenaria y, por tanto, de cierre, hace prueba” (pp. 76 y ss.). Tal acreditación valdría de poco, en tercer lugar, “si los ojos del juzgador, sus oídos y sus impresiones fueran los que valorasen la prueba” (p. 22); si la valoración lo es en conciencia, si no “son los ojos y los oídos de la ley los que valoran” (pp. 112 y ss.). El modo de objetivar y racionalizar esta valoración ha de transitar, amén de por el respeto a las reglas de la lógica (pp. 166 y ss.), por una correcta determinación de las máximas de experiencia (pp. 125 y ss.), cuya formulación respecto a cada delito constituye una apasionante tarea pendiente para la que el libro aporta valiosos apuntes (pp. 133 y ss.: homicidio y lesiones, delitos sexuales, delitos contra la propiedad y patrimoniales, delitos contra la seguridad vial). No sobra mencionar, y así lo hace el libro con no poco detalle y ejemplos, que también la valoración de la prueba testifical, habitualmente la determinante para la fijación de los hechos, está sometida a las reglas de la experiencia que suministra la psicología del testimonio (pp. 149 y ss.).

Aunque no es aquí posible resumir las ricas implicaciones que de estos puntos de partida extrae el autor, bueno será alertar al futuro lector con algunas de ellas. Como, en primer lugar, la relativa a que “el juez no debe aplicar sus conocimientos privados a la resolución del conflicto penal” (p. 77), pues ello quebrantaría el principio de contradicción y el derecho de defensa (p. 78). O que no debe establecerse “ninguna particularidad procesal respecto de la llamada confesión: es una testifical como otra cualquiera a los efectos de valoración” (p. 81). O que el hecho notorio comporta que no haya de ser articulada prueba respecto de él, pero no que no “haya de ser materia de plenario”, siquiera sea para que las partes puedan oponerse a la notoriedad pretendida (pp. 83 y s.). O que no caben presunciones que inviertan la carga de la prueba más allá de los supuestos excepcionales de injerencia, como los que dan ocasión a los artículos 166 y 207 CP (pp. 84 y ss.). O que el criterio de revisión de una sentencia *ex* presunción de inocencia no puede ser el de que el razonamiento judicial impugnado no sea arbitrario sino el de que muestre la culpabilidad más allá de toda duda razonable (pp. 169 y s.).

Con especial riqueza de argumentos legales y de política procesal rechaza el profesor SÁNCHEZ VERA tanto la práctica de valoración de declaraciones sumariales, siquiera cada vez más restringida y cautelosa (pp. 88 y ss.), como la también cada vez más tímida –pero a su juicio siempre improcedente– toma en consideración del testimonio de referencia: carece de las garantías de inmediación y contradicción e infringe el artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que proclama el derecho de todo acusado de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él (pp. 98 y ss.). Peculiarmente incisiva es su propuesta de abrogación del careo por incompatibilidad del derecho a la presunción de inocencia (pp. 186 y ss.): porque desde las máximas de experiencia constituye una diligencia probatoria que se muestra absolutamente insegura y porque desde las reglas de la lógica carece de sentido practicarla: “si la diligencia es insegura, y si la diligencia se practica *ex lege* sólo cuando no hay seguridad sobre la prueba, no puede lógicamente adquirirse a través de ella la seguridad que sí requiere la sentencia” (p. 176).

4. Una buena muestra de cómo profundiza en la razón de una institución (la presunción de inocencia) puede alumbrar una práctica procesal valiosa, la encontrará el lector en el capítulo, tercero, dedicado a la prueba de indicios (pp. 193 y ss.). La perspectiva del autor es tan sensata como novedosa y garantista: toda prueba es prueba de indicios; nada se prueba directamente. “Por ello debe dotarse al proceso enervador de la presunción de inocencia, siempre, de las mismas garantías que hoy día son tan solo reconocidas y reservadas para la prueba de indicios” (p. 28). Valga su ejemplo del testimonio denominado “directo” (p. 205): el mismo no es sino un indicio, o más bien supone un conjunto de indicios, de que la conducta típica que narra se produjo, por lo que como tales indicios deberán ser en sí comprobados, y deberá realizarse y expresarse el proceso de inferencia que conduce concluyentemente a que tal conducta se realizó.

5. Y luego está, claro, “El principio *in dubio pro reo*” (capítulo IV). “Pero de cierre y no de inicio, pues ya no se trata de una regla que afecta a la toma de decisiones valorativas, sino que despliega sus efectos para saber cómo actuar una vez que el proceso valorativo concluyó y todavía subsiste la duda: hay que absolver” (p. 29). Se trata de una regla de

decisión unánimemente seguida y alabada, pero no expresa en nuestro ordenamiento (pp. 214 y s.) ni exenta de algunos titubeos conceptuales y aplicativos. A ellos se dedica la parte final del libro. Merece la pena subrayar, con el autor, que “la duda que da lugar a la aplicación del principio es una duda concreta: [...] sólo la concreta duda que se extiende a las particularidades del caso a enjuiciar y que impide el convencimiento sobre la verdad, es relevante, no la duda inevitable, que se basa en la capacidad limitada de conocimiento del hombre” (p. 213). Y si bien es verdad que no estamos ante una regla aplicable a la interpretación del tipo (p. 216) o al sustrato fáctico de la adopción de la medida de prisión provisional (pp. 220 y s.), sí que rige en la determinación fáctica del tipo subjetivo (pp. 217 y s.) y respecto a los hechos sobre los que se discute la prescripción (pp. 225 y s.). También, frente a cierta apariencia, respecto a la realidad que permitiría una circunstancia exonerante, supuesto en el que si frecuentemente no se aplica la regla decisoria es porque lo que no concurre es la duda que constituye su presupuesto (pp. 228 y ss.).

6. Llegando al final del libro uno se queda con ganas de más. Qué opinará el autor, por ejemplo, sobre la destrucción de pruebas por un imputado (problema apuntado en el p. 48); o sobre las garantías de las medidas de seguridad predelictivas (p. 51); o sobre si lo que muestra la *exceptio veritatis* es, como sostiene el profesor VIVES ANTÓN, que lo propio de la calumnia es la inveracidad subjetiva de la imputación (pp. 84 y ss.); o, en fin, nada menos que cuál sería el diseño procesal óptimo *ex* presunción de inocencia para la revisión de la sentencia penal de primera instancia. Esta sensación no proviene sin embargo de un defecto del libro, cuyo contenido se habría dispersado inconvenientemente con estas cuestiones. Es más bien un efecto de su calidad.

Termino mi comentario consciente de que lo propio de las recensiones es una actitud crítica del comentarista, que debe presentar sus objeciones a las tesis centrales que resume y comenta. Yo no tengo ninguna relevante. Y no es desde luego porque el tema abordado por el libro no sea importante, o no sea tratado con profundidad, o no adopte su autor una perspectiva original de análisis. Todo ello lo reúne muy sobradamente “Variaciones sobre la presunción de inocencia”. Confío en haber transmitido en estas líneas que el lector va a encontrar una reflexión seria, aguda y novedosa sobre una institución capital de un ordenamiento democrático, y que va a hallar también propuestas concretas de aplicación de tal reflexión al devenir diario del proceso penal. Y lo que es más importante: tales propuestas son valiosas en el más noble sentido del adjetivo: propuestas garantistas, acordes con los valores que inspiran la legitimación democrática del Derecho Penal.

Juan Antonio Lascuraín

Universidad Autónoma de Madrid

Reseña: Obras generales sobre Derecho penal y neurociencias, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

De pocos temas de la investigación científica se puede decir que estén «de moda». El de las neurociencias lo está. También en Derecho penal ha hecho aparición el fenómeno «neuro» y contamos ya con una bibliografía relativamente abundante. La atención que se le ha prestado bien merece que se pueda hablar ya de un «neuroderecho penal», que se añade a los múltiples «neurologismos» (FEIJOO, 2012, p. 222) que proliferan en la bibliografía al uso (neurobiología, neurocultura, neuroeconomía, neuroética, neuroderecho, neurodiritto, neurofilosofía, neurolaw, neuromárketing, neuropolítica, neuropsicología, neuroteología, análisis neuroeconómico...). El tiempo dirá si dicho fenómeno será duradero. De momento, hay que constatar que existe una amplia bibliografía, de muy variada procedencia.

En esta reseña general se ofrece información sobre obras que han considerado las neurociencias como punto de partida o como objeto de discusión del Derecho penal. Se centra en monografías, libros colectivos y números especiales de revistas, y no en artículos o trabajos publicados aisladamente, cuya recopilación haría de esta reseña un trabajo tan ímprobo como poco útil, al ser fácilmente localizables en las obras aquí reseñadas o bien a través de buscadores en la Red. Por otra parte, se centra en las obras de perfil jurídico (y, en particular, jurídico-penal: hay muchas más recopilaciones y monografías de perfil no jurídico), y de los ámbitos de inmediata influencia en la ciencia penal española (y, en concreto, en lengua española, alemana e inglesa; hay ya bibliografía en otras lenguas, que sería imposible abarcar aquí).

En la doctrina penal española, si no me equivoco, el tema comienza a resonar en 2006, en el marco de un seminario organizado por CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, en el que interviene Günther JAKOBS. Su ponencia fue titulada en castellano «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», y que había sido publicado poco antes en *ZStW* 117 (2005). El contenido de dicho seminario fue publicado en FEIJOO SÁNCHEZ/CANCIO MELIÁ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, si bien la contribución de JAKOBS es el trabajo de dicha colectánea principalmente referido a esta materia.

Algo antes el tema ya era objeto de interés en Alemania desde de diversas disciplinas. Así, es pionera la obra de ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Suhrkamp, Fráncfort d.M., 2001 (hay edición posterior, reelaborada, 2013). ROTH es neurobiólogo y su obra es cita obligada en posteriores escritos, también de autores penalistas.

Además, suele señalarse como obra pionera en presentar el debate la de Wolf SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Suhrkamp, Fráncfurt d.M., 2003, por más que no se trata de un autor jurista, sino neurofisiólogo. Otra obra publicada en Alemania

tempranamente es GEYER (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, Suhrkamp, Fráncfort d.M., 2004, que reúne numerosas contribuciones de autores de muy diversa procedencia científica. Se trata de una obra en general de carácter divulgativo (GEYER es periodista profesional), que pone de manifiesto el aspecto poliédrico del tema. Los trabajos ahí recopilados son a menudo los ya publicados sobre todo en medios de prensa, con alguna excepción, como los trabajos de W. SINGER, ROTH, FRIED, WALDE, KRÜGER Y LIBET («Do We Have a Free Will», en versión alemana). Este último (1916-2007), psicólogo de la Universidad de San Francisco, dio nombre al experimento que suele mencionarse en los estudios sobre el tema (inicialmente en *Journal of Consciousness Studies* 6, núm., 8-9, 1999, pp. 47-57, aunque ya presentaba resultados en otras publicaciones anteriores: véase RAMOS VÁZQUEZ, p. 50).

Con todo, la obra que comienza a tratar el tema de la relevancia de los avances de neurociencias para el Derecho es B. GARLAND (ed.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind and the Scales of Justice*, Dana Press, Nueva York, 2004, y que es calificada por FEIJOO, 2012, p. 222, como «libro de referencia». Contiene un informe coordinado por Brent GARLAND, a partir del cual se celebró un workshop en 2003, con cuatro commissioned papers: dos, de juristas (H.T. GREELY y S.J. MORSE); y dos, de neurocientíficos. El propio editor (Brent GARLAND) es jurista también.

Además, el tema de las neurociencias y el Derecho penal había sido objeto de una jornada en 2005 que se recogió en la obra colectiva coordinada por HILLENKAMP, *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2006, con aportaciones del propio HILLENKAMP, GROTHE (neurobiólogo), PRINZ (psicólogo), KRÖBER (psiquiatra forense) y LIBET (la versión alemana de cuyo trabajo es la misma que se incluye en GEYER, 2004). En mayo de 2006, otra jornada, de la Schweizerische Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, dio lugar a una nueva recopilación de ponencias: SENN/PUSKÁS (eds.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 111, 2006, con aportaciones de SEELMANN y BURKHARDT, entre otros no penalistas. Siguió un workshop en junio de 2007, cuyas ponencias quedan recogidas en DUTTGE (ed.), *Das Ich und sein Gehirn. Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-) Recht*, Universitätsverlag, Gotinga, 2009, con aportaciones desde el Derecho penal (DUTTGE, KOTSALIS, SCHREIBER Y STRENG), así como desde la Psicología filosófica y la Medicina. En 2008, otro simposio interdisciplinar vuelve a referirse al tema que nos ocupa, publicado bajo el título *Hirnforschung-Chancen und Risiken für das Recht: Recht, Ethik, Naturwissenschaften*, Schulthess, Zúrich, Basilea, Genf, 2008. Ese mismo año, vio la luz otra obra colectiva más (por cierto, que esta parece ser nota común a casi todas las obras generales, hasta configurar un género de esta materia: el estudio interdisciplinar). Se trata de GRÜN/FRIEDMAN/ROTH (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Vandenhoeck & Ruprech, Gotinga, 2008, que recoge las intervenciones en una jornada –en el que sería deseable una mayor relevancia de los penalistas (Grischa MERKEL y Anja SCHIEMANN)– en la Universidad de Fráncfort d.M., de cuyos editores, sólo Michel FRIEDMAN es jurista (y no académico), junto a un filósofo (Klaus-Jürgen GRÜN) y un neurobiólogo (Gerhard ROTH).

El mismo año se publicó la obra colectiva *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Suhrkamp, Fráncfort d.M., 2008, coordinada por LAMPE (Derecho penal), PAUEN (Psicología filosófica) y ROTH (Neuropsicología), que reúne contribuciones de Filosofía, de Psicología y Neurociencias así como de Derecho: en concreto, aspectos históricos, de Derecho privado, público y penal (sobre este último, las tres aportaciones son del propio LAMPE, R. MERKEL y DÖLLING). Ya unos años antes, PAUEN había publicado otra obra sobre el tema, en la que no faltan referencias –algo casi obligado aunque el autor no sea penalista– a la culpabilidad, pena, responsabilidad: PAUEN, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, Fischer Verlag, Fráncfort d.M., 2004 (hay edición de 2006); y sigue después Pauen/Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Suhrkamp, Fráncfort d.M., 2008. Y un año después apareció otra obra: SCHLEIM/SPRANGER/WALTER (eds.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 2009, en la que predominan contribuciones de autores del ámbito de la Psicología y Psiquiatría, sin perjuicio de incluir las de K. GÜNTHER y JAKOBS (cuyo trabajo aquí publicado coincide con uno de los incluidos en FEIJOO, 2012).

Como puede adelantarse, no pocos ámbitos del Derecho penal son idóneos para prestar atención a los avances de las neurociencias. El tema era objeto de estudio en otras áreas antes que en Derecho penal (pioneros como W. SINGER, PRINZ y ROTH no son juristas). La situación parece tomar el cariz de una provocación, en la que los neuropsicólogos se asombran de nuestro fundado «laissez passer», sobre todo a la vista del peculiar potencial teórico de las neurociencias, lo cual hace que su «éxito» resulte sencillamente «curioso» (cfr. RAMOS VÁZQUEZ, p. 56). A menudo, los penalistas se han visto interpelados por no pocos autores ajenos a nuestro ámbito y llevados a tomar postura sobre temas claves: pena, fines del Derecho penal, libertad, culpabilidad... Nos encontramos en un campo de mutua influencia en donde se entrevén posibles los intercambios y aportaciones. Sin embargo, no se piense que las referencias que desde la neurociencia se hacen son trasladables directamente a nuestro ámbito: a veces el lenguaje es menos compartido de lo que parece o incluso resulta que hablamos idiomas distintos. Por ejemplo, el lector puede esperar mucho de obras como SIESEL, *Das Strafrecht, die Neurophysiologie und die Willensfreiheit. Unrecht, Schuld und Vorsatz im Lichte neuerer Erkenntnisse der Hirnforschung. Ein interdisziplinärer Forschungsbeitrag und zugleich ein erkenntnistheoretischer Beitrag über interdisziplinäres Forschen*, Verlag Dr. KOVAČ, Hamburgo, 2009, una monografía (tesis doctoral) cuyo contenido, a pesar del título, abunda poco en Derecho penal. En otras ocasiones, las obras de neurocientíficos se adentran en terreno propio de penalistas, y sin embargo las aportaciones no resultan del todo útiles (pienso, por ejemplo, en la obra de GAZZANIGA, *Who's in Charge, Free Will and the Science of Brian*, Harper Collins, Nueva York, 2009, cap. 6). A la vez, hay que tener en cuenta que algunos estudios de Derecho penal sobre materias que se prestan a considerar las aportaciones de las neurociencias, no siguen dicho camino (en concreto, por ejemplo, véase WÜRFEL, *Freiheit als Grundlage der Schuld*, Peter Lang, Fráncfort d.M., 2012), de manera que cabe pensar que tal punto de vista no sirve para todo, o que posiblemente ha tenido «su momento» y el tiempo pone a cada disciplina en su sitio.

En nuestra doctrina, después de aquel primer trabajo de 2008, se han publicado tres importantes obras (dos recopilaciones y una monografía). Se trata de FEIJOO SÁNCHEZ

(coord.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, con trabajos del propio FEIJOO, FRISCH, JAKOBS (una de cuyas aportaciones es su trabajo de ZStW 2005, ya aparecido en España en 2008) y CANCIO; y la amplia obra de DEMETRIO CRESPO (dir.)/MAROTO CALATAYUD (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas*, Montevideo, Buenos Aires, 2013, con numerosas contribuciones de autores alemanes, italianos y españolas, sobre todo penalistas, pero sin excluir a algunos neurofisiólogos. Se trata de una colectánea imprescindible –obra de referencia– para adentrarse en esta temática. La monografía española –la única, de momento, con tal carácter– es la de RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal (Aporías del determinismo y defensa de la libertad de acción como base del sistema penal)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, otra obra también imprescindible en esta materia, cuyo enfoque crítico hacia la pretendida arrogación de protagonismo de las neurociencias cede paso a un enfoque de la libertad desde planteamientos de Filosofía del lenguaje (véase 2013, pp. 211-230; DEMETRIO CRESPO/MAROTO CALATAYUD, pp. 137-158).

Se entiende que el tema fuera objeto de interés por dos revistas, que le dedicaron sendos números cuasi-monográficos: por un lado, *Revista de Occidente*, núm. 356, enero 2011, con aportaciones de F. RUBIA (coord.), «El controvertido tema de la libertad»; DELGADO GARCÍA, «Decidir no es cosa de dos (Un ensayo sobre la neurofisiología de la toma de decisiones)»; PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia»; SÁNCHEZ-ANDRÉS, «El espacio de la libertad en el determinismo» y BARCIA, «Responsabilidad y patología cerebral»; y, por otro, *InDret* 2/2011, con trabajos de DEMETRIO CRESPO, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal»; FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?»; HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal»; PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia» (versión previa y reducida de la de *Revista de Occidente*).

En fin, en los años transcurridos de este siglo, el tema no ha dejado de producir una amplia bibliografía, a la que se suma la de autores penalistas. Es llamativo que comparativamente los trabajos publicados son sobre todo artículos y capítulos de libro (en España la excepción es la ya citada monografía de RAMOS VÁZQUEZ): posiblemente sea una muestra de cómo el ritmo de publicaciones y de presentación de avances esté siendo marcado por el estilo propio de las ciencias empíricas.

A la vez, es llamativo que, en nuestra doctrina, en el área de la culpabilidad –que parece ser el ámbito propicio, junto con el de la pena, para tomar en cuenta los avances en neurociencias, y sobre el cual se ha publicado en los últimos años cierto número de monografías– no se ha venido prestando atención en esa misma medida a las neurociencias. Basta con una revisión de los contenidos para comprobar que a menudo se ha continuado elaborando la doctrina sobre la culpabilidad al margen de las neurociencias. Las obras aquí reseñadas plantean el tema de otro modo. Y ciertamente nos obligan a prestar atención al sustrato neuro-biológico. A la vez, presentan muchos retos y no menos interrogantes al modo de operar propio de los saberes prácticos, como es el Derecho y, en

él, la dogmática. A fin de cuentas, la normativización de las categorías forma parte del modo de operar del Derecho y la dogmática. Y no cabe ignorar que es racional también prestar atención a los datos neuro-biológicos, siempre que respetemos las pretensiones de unos y otros saberes, así como sus peculiaridades metodológicas.

En el momento de cerrar estas líneas no puede decirse que aquí se hayan recogido todas las obras sobre el tema. Seguramente existen otras que no se han localizado, y posiblemente se encuentran ya en prensa otras nuevas que no se han podido tener en cuenta. En todo caso, valga como recopilación para adentrarse en este ámbito en los últimos tiempos tan transitado, aunque no por ello bien conocido. De un repaso por estas y otras obras sobre el tema, se extrae enseguida la conclusión de que sobre culpabilidad, responsabilidad y pena parecen sentirse legitimados para escribir neurólogos, filósofos y psicólogos..., y no falta en las obras de los autores no penalistas la debida atención a dichos conceptos, que son clave sin duda para comprendernos. Al final, las abundantes referencias pueden dar la razón a LUZÓN PEÑA (*InDret* 3/2012, p. 36, y nota 101) cuando expresa que tanto empeño e insistencia para convencer de una postura sobre la libertad no puede sino ser expresión de racionalidad e indeterminación, es decir, de uso de libertad.

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra