

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Fabián Ignacio Balcarce, *Dogmática penal y principios constitucionales*, Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2014, por Rafael Rebollo

Recensión a Douglas Husak, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2013, por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Recensión a Ricardo Robles Planas (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2014, por José Antonio Caro John

Recensión a Thomas Rotsch (ed.), *Criminal Compliance. Handbuch, Nomos*, Baden-Baden, 2014, por Juan Pablo Montiel

Réplicas

Réplica a la recensión de Tatiana Vargas Pinto a Juan Pablo Cox Leixelard, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012, (306 páginas), *InDret* 4/2014, *ExLibris*, pp. 1-4, por Juan Pablo Cox Leixelard

Reseñas

Doctrina penal del siglo XIX español (1822-1900), por Pablo Sánchez-Ostiz.

Recensiones

Recensión a Fabián Ignacio Balcarce, *Dogmática penal y principios constitucionales*, Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2014 (358 páginas)

Rafael Rebollo Vargas
Universidad Autónoma de Barcelona

El libro que presentamos de Fabián Ignacio BALCARCE es la madura obra de un autor que con extraordinaria solidez aborda, en una primera parte, la evolución del concepto de dogmática en el Derecho penal para, en un segundo bloque, abundar en los principios constitucionales que la presiden cuya síntesis es la que, a la postre, proporciona el título a este importante trabajo: "*Dogmática penal y principios constitucionales*". Investigación a la que le pronostico un largo recorrido por la infinidad de cuestiones que aborda (que por sí solas merecerían cada una de ellas una reflexión particular mucho más detalladas que la ofrecida a continuación); es cierto que en algún caso se trata de cuestiones polémicas o que pueden no compartirse pero que, desde luego, no dejan indiferente al lector.

Así en el Capítulo I, bajo la denominación: "*La evolución del concepto de dogmática en el Derecho penal*", BALCARCE presenta los objetivos que pretende con su investigación así como la sistemática con la que aborda el trabajo para, poco después, adentrarse ya sin más prolegómenos en el análisis de lo que denomina las dos acepciones contenidas en el concepto clásico de dogmática (pp. 22 y ss.), para continuar con lo que califica como modelo tradicional (dogmática cerrada, pp. 33 y ss.), y detenerse poco después en los postulados de lo que identifica como método actual (dogmática abierta, pp. 42 y ss). En este último apartado, cuando se refiere a los fenómenos históricos menciona una serie de fenómenos que producen modificaciones de envergadura, tanto en lo político como en lo científico, que se trasladan o que se ven reflejados en el concepto de dogmática. Uno de esos fenómenos me ha parecido particularmente interesante: es el destinado al nacimiento de la "*sociedad del riesgo*". En efecto, en este apartado el autor, siguiendo a BECK, pone de relieve las contradicciones que se desprenden de fenómenos como la consecuencia real de la tan anhelada igualdad entre el hombre y la mujer, o la efectos que la sociedad del riesgo ha trasladado a la educación ("*los jóvenes permanecen más tiempo en la escuela y a menudo eligen una formación complementaria a fin de evitar el paro*", p. 53). Añadiendo que la nueva sociedad es una "*sociedad asustada*", que en el nombre de la seguridad detiene, mata e inicia guerras preventivas; es más, mientras que el positivismo elaboró la figura del hombre delincuente, la nueva sociedad del riesgo construye el perfil del hombre peligroso, centrándose en el "*musulmán, el terrorista, el tercer-mundista, el inmigrante, el marginado, etc...*". Situación que, ineludiblemente, permea el Derecho penal y que tiene como consecuencia inmediata la defenestración del bien jurídico como paradigma del ilícito penal, la proliferación de delitos de peligro abstracto, de ilícitos culposos y de la comisión por omisión imprudente o el rechazo frontal al carácter imperativo de la norma penal (p. 60).

El epígrafe que BALCARCE destina a la propuesta denominada: “*La construcción de un nuevo concepto*”, pp. 105 y ss., merece una reflexión pausada ya que, a mi entender, acumula incertidumbres para –entre otros– la seguridad jurídica, además de suponer una quiebra del principio de legalidad penal. En su mérito se afirma que el objeto de la dogmática que aparece representado de modo esencial por el Derecho positivo está en trance de decidida superación (p. 107) y que el nuevo sistema proporciona una irrefutable “*seguridad*”, dado que es el medio idóneo para realizar justicia. ¿En qué consiste?, en síntesis se sostiene que la ciencia del Derecho debe fraguarse en un “*sistema abierto*” que no obstaculice el desarrollo social y jurídico; por ello, el nuevo sistema se definirá en parte por términos jurídicos precisados de modo exacto, en parte por las descripciones tomadas del lenguaje ordinario y complementadas en sentido jurídico y, además, por predicados puramente valorativos indeterminados en cuanto al contenido, a lo que se añade que la precisión que se impone al Derecho penal por mor del principio de taxatividad no puede ser absoluta ya que es innegable predicar un cierto margen de indeterminación dado que, de lo contrario, se corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible conductas que merecerían ser sancionadas mientras que, a la vez, existiría el riesgo de incluir dentro del ámbito de lo punible comportamientos que deberían ser excluidos.

Finalmente, el autor destina un último apartado a: “*Una tercera posición dogmática (¿more geométrico?)*”, pp. 122 y ss., se trata de la opción –si no lo he interpretado erróneamente– por la que opta BALCARCE. Afirma que la dogmática científica aparece como de factible realización (p. 135), parte de la relación entre los avances de la Filosofía, la Teoría General del Derecho y de la Dogmática penal, proponiendo la necesidad de avanzar en ese ámbito ya que –añade– no puede vislumbrarse un futuro sin el encuentro previsible entre los problemas valorativos del Derecho penal y la denominada “*lógica prohairética o lógica basada de la preferencia*”. Es más, cuanto más preciso sea el conocimiento de las leyes de la lógica y de la teoría de la argumentación que rigen dichos sistemas, menos dependeremos de las decisiones valorativas adoptadas “*ad hoc*” que tan insatisfactorias e infructuosas resultan. Al respecto, HRUSCHKA propone apelar al sistema de casos, a la necesidad de reunir todos los grupos de casos imaginables para ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática para construir sistemas completos de casos y sistemas de sistemas de casos (p. 126), proponiendo que uno de los métodos sea la combinatoria, sugiriendo la posibilidad de atender a la teoría de los juegos –empleada en otras disciplinas– como mecanismo para resolver un problema.

En el Capítulo II se analiza el “*Principio de legalidad penal en la actualidad*” y, en consecuencia, se hace referencia a su origen y, con ello, al “*nullum crimen nulla poena sine lege scripta, certa, stricta, praevia, sine praevia legi poenali*”, además de poner de relieve algunos de los problemas que se suscitan actualmente de la aplicación práctica de tales principios. Como es fácilmente imaginable los interrogantes que pone BALCARCE sobre la mesa son múltiples, razón por la que voy a centrarme de forma sintética en sólo algunos de ellos.

En primer lugar, al referirse al origen del principio de legalidad el autor lo cuestiona en relación con la soberanía estatal ya que, a su juicio, éste se encuentra condicionado por la globalización. Como ejemplo de ello trae a colación al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) quien, como es sabido, a pesar de formular “sólo” recomendaciones en materia de blanqueo de capitales (lo que luego se ha extendido a otros ámbitos, como es el caso de la financiación terrorismo), de facto estas recomendaciones se adoptan por la mayoría de los países que forman parte de la mencionada organización dado que, de lo contrario, se les incluye en las denominadas “listas negras” o en el caso de Latinoamérica se amenaza con cortar el crédito internacional (p. 148, 226). Así, las citadas recomendaciones obligan indirectamente a introducir en las legislaciones penales figuras delictivas que no siempre se compadecen con los ordenamientos de algunos Estados. Con independencia de que puedo suscribir la inquietud del autor, creo que a lo anterior se pueden formular dos matizaciones, la primera de ellas es que, ciertamente, existe un innegable conflicto derivado de la normativa internacional y su transposición al ordenamiento jurídico interno de cada país y más cuando en algunos casos esa normativa internacional entra en conflicto con el ordenamiento interno de los Estados y, por otro lado, y no menos importante que lo anterior, que algunos Estados que forman parte de esas organizaciones o grupos internacionales trasladan miméticamente a su legislaciones internas incluso lo que en principio eran previsiones “facultativas”. Un ejemplo de lo anterior es la incorporación, en su momento, al Código penal español del blanqueo de capitales imprudente cuando la correspondiente Directiva Comunitaria lo preveía únicamente como una facultad de cada uno de los Estados; de lo anterior, creo que no se puede menos que concluir la existencia de una amenaza que se cierne sobre el principio de soberanía estatal es materia de legalidad, es cierto, pero también que algunos Estados no establecen las reservas que pueden fijar para su protección.

En segundo lugar, cuando analiza el principio de “*nullum crimen sine lege stricta*”, el autor pone de relieve dos cuestiones que me parecen particularmente interesantes. Una es la jurisprudencia y la otra es la prohibición de interpretación analógica. En cuanto a la primera, BALCARCE pone de manifiesto que en los ordenamientos jurídicos continentales no rige la regla del precedente obligatorio (“*stare decisis*”); a pesar de ello, señala que los criterios jurisprudenciales, seguidos sin pestañear por los tribunales inferiores, han llegado a ahogar por completo la interpretación del Derecho, hasta el punto de que las citas jurisprudenciales en muchos casos están descontextualizadas y destinadas a “*llevar el agua a su molino bajo el sino arte de la persuasión*”, lo cual le genera al autor una indiscutible desconfianza atendiendo, en ocasiones, al alto contenido político de algunas de las resoluciones de los tribunales de justicia y a su relación con las estructuras del poder vigentes (p. 167). Otra cuestión particularmente relevante derivada del mismo principio es el relativo a la prohibición de analogía “*in malam partem*”, lo cual lleva a denunciar al autor la existencia de lo que denomina unas “*zonas de penumbra*” derivadas de la textura abierta del lenguaje que dan lugar a “*lagunas normativas*” que, afirma, entran en conflicto con el carácter fragmentario del Derecho penal, a lo que cabe añadir que una de las cláusulas de cierre del sistema es el principio de “*in dubio pro reo*”, en virtud del cual la duda razonable debería llevar a la absolución, por ello aboga por la necesidad de dotar de mayor precisión a los instrumentos

dogmáticos aplicables a la Parte Especial (p. 173); no obstante, ello no es óbice para que el autor reproduzca una cita de NAUCKE, en la que el autor alemán afirma el escaso valor de la prohibición material de analogía *“in malam partem”* y, con ello, el efecto insignificante de la misma.

BALCARCE destina el Capítulo III al *“Principio de reserva, lógica deóntica y entuerto”*. Unas páginas particularmente interesantes, como las anteriores y las posteriores de este importante trabajo, donde además de referirse a lo que denomina la *“paradoja de la antijuridicidad”* (p. 187), a las relaciones entre tipo y juridicidad (p. 189), comprende un apartado que me parece muy sugerente, es el denominado por el autor: *“conductas penalmente relevantes y conductas penalmente irrelevantes”* (p. 192), donde distingue nítidamente el comportamiento atípico del comportamiento justificado, diferenciando su propuesta de los autores partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, más que esa importante puntualización, las conclusiones del Capítulo (p. 195) son de una claridad insoslayable ya que hacen hincapié en una conclusión asumible por todos y es que aquéllos hechos que la ley penal no castiga quedan reservados al poder represivo del Estado; ahora bien, finalmente, añade un matiz en sentido contrario como es que la introducción de ejes de índole moralista, paternalista o de ofensividad agreden al principio de reserva (p. 197).

El Capítulo IV se denomina: *“El principio de lesividad: breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico-penal”*. Comentario que debo iniciar anticipando la conclusión con la que BALCARCE cierra este apartado: *“Tal vez; antes, fui un fiel creyente en las cualidades que encarnaba el bien jurídico. Quizá hoy sea demasiado pesimista. El fanatismo a veces suena a dialéctica....”* (p. 232).

Siguiendo la sistemática de la obra, el autor realiza una breve introducción al Capítulo para seguidamente diferenciar entre los sistemas continental y el anglosajón, más adelante referirse al concepto de bien jurídico y desde allí desgranar su interpretación desde el iusnaturalismo hasta JAKOBS; sin embargo, más que detenerme en ello, me interesa el apartado destinado al Derecho penal de la seguridad donde el autor con una aguda ironía inicia el epígrafe con la siguiente afirmación: *“Una estocada más: el Derecho penal de seguridad...”* (pp. 216). En él se pone de manifiesto que éste nació al abrigo de la sociedad del riesgo invirtiendo los principios actores del estado liberal. Afirma que la sociedad actual está sometida a una carga de riesgo debida a la propia actividad humana que provoca el aumento de situaciones de peligro; de ahí que se haga necesario truncar el avance de esas situaciones de peligro mediante la creación de nuevos bienes jurídicos, como el medio ambiente o el que se propugne el adelantamiento de la barreras de punición que suponen el desplazamiento de la tipificación de situaciones de hostilidad para el bien jurídico a otras que únicamente implican la creación de situaciones de peligrosidad, lo cual genera una cierto *“ablandamiento”* del bien jurídico (p. 219), que tiene como máximo exponente ya no sólo la creación de delitos de peligro abstracto sino, también, de la omisión imprudente, a la que se convierte en uno de los ejes del Derecho penal; paradigma, señala BALCARCE, que se maximiza cuando KINDHÄUSER *“otorgó al bien jurídico imaginario seguridad, normativamente garantizado”* (p. 220).

En suma, concluye BALCARCE, la idea bindgniana de distinguir entre infracciones penalmente relevantes y peligros concretos y abstractos –propios del Derecho penal de policía– ha claudicado.

Sin embargo eso no es todo, ya que el panorama del bien jurídico todavía es susceptible de empeorar con otro factor que en la actualidad cobra un ámbito sobredimensionado en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se trata de lo que el autor denomina “*el discurso de la víctima*” (pp. 223 y ss). Hasta ahora la víctima ocupaba el lugar que le correspondía al sujeto pasivo del delito, quedando limitando su posición en el proceso penal a su condición de acusación particular (lo cual, me permito añadir, tampoco es una cuestión pacífica en la doctrina) o, en su caso, a la pretensión de resarcimiento por el daño causado. Sin embargo, la tendencia actual es la de revertir esa situación para atribuirle a la víctima el papel de protagonista lo cual, afirma BALCARCE: “trae mayor vaguedad a la teoría del delito y contamina el concepto de bien jurídico” (p. 224), lo que califica sin ambages como una “*falacia criminológica y procesalista*” (p. 225. Asimismo, sobre esta misma cuestión, vid., p. 103, donde afirma que el lugar del sujeto pasivo era ocupado por el Estado como método para evitar la venganza).

Ese y otros factores le llevan a concluir que nos encontramos ante un escenario extremadamente preocupante que se acentúa más ante la proliferación de doctrinas que se suceden una tras de otra para determinar qué debe entenderse por bien jurídico, lo cual, afirma, lo debilita sobre manera a la hora de examinar la legitimidad constitucional de los tipos penales, por lo que las opciones que en este momento se pueden barajar no son demasiado halagüeñas ya que pasarían por volver a BINDING y su vigoroso positivismo jurídico (SCHÜNEMANN) o, quizá, a una profundización teleológica como instrumento restrictivo de los alcances de la figura penal (p. 230).

Situación que le hace concluir a BALCARCE en ese pesimismo al que hacíamos referencia al principio.

A mi juicio, las observaciones realizadas por el autor, su percepción sobre el estado de la cuestión en torno al bien jurídico son una realidad que no admite demasiadas discusiones que, entre otras razones, tiene su fundamento en la incapacidad de encontrar un consenso sobre la noción auténtica de bien jurídico, a lo cual se debe añadir –como elemento adicional a esta situación crítica– una notable pérdida de virtualidad de las funciones que tradicionalmente se le asignaron. Es más, la encrucijada en la que se encuentra el bien jurídico presenta unos riesgos innegables que no son desdeñables, como aquéllas propuestas impregnadas por la desconfianza hacia éste que proponen una reelaboración de las categorías dogmáticas donde el concepto de injusto puede llegar a confundirse con el de imputación, es decir, cuando la configuración de la identidad social no se realiza a través de “*bienes*” sino de normas, por lo que pierde relevancia el discurso del bien jurídico y se acude a la fórmula metafórica de la “*vigencia de las normas*” (p. 119).

Como bien afirmara HRUSCHKA en uno de sus conocidos trabajos: es necesario: ¡Repensar el Derecho penal!

El Capítulo V se destina a: “*las distintas acepciones dogmático-penales del término culpabilidad*”. En él se hace especial hincapié a la polisemia del término culpabilidad en Derecho penal, a sus diferentes acepciones. El autor se detiene profusamente en su contenido (pp. 235 y ss.); en la culpabilidad como su propio presupuesto, en el libre albedrío (pp. 246 y ss.); a la culpabilidad como su consecuencia, esto es, a la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas (pp. 258 y ss.); a la culpabilidad como estrato analítico (pp. 260 y ss.), para presentar su posición personal (p. 277), en la que, en breve síntesis, diferencia dos momentos distintos. Uno previo donde se debe de dilucidar lo que denomina la: “*responsabilidad política por el hecho*”, atender al principio de oportunidad como corolario del principio de necesidad de pena; para, en un segundo momento, atender a la atribuibilidad individual, esto es, donde debe concretarse el conocimiento de la antijuridicidad, la exigibilidad de una conducta conforme a derecho y, por último, la imputabilidad.

Seguidamente se realizan una serie de interesantes consideraciones entorno a la culpabilidad como responsabilidad en el proceso penal (pp. 279 y ss.), en las que pone de manifiesto lo que denomina una “*sutil confusión*” entre culpabilidad jurídica y moral, ya que –añade– si el acusado se declara no culpable y muestra “*remordimientos*”, los órganos jurisdiccionales se muestran favorables a reducir la pena a imponer dado que “*merece*” una pena menor o que será menos peligroso en el futuro. Lo complementa afirmando que parece como si se pensara que el fin de la pena no es en la práctica tanto el castigar al culpable como el de provocarle un sentimiento de culpa (p. 280). Remordimiento o arrepentimiento que tiene su correspondencia en nuestras circunstancias atenuantes y que, además, es también un factor al que las autoridades conceden un valor esencial para la mejora del grado penitenciario.

Finalmente, el Capítulo aborda un interesante excursus en el que detiene sobre una cuestión de actualidad: la relación entre el Derecho penal y las neurociencias (pp. 283 y ss.).

El Capítulo VI, “*El principio de judicialidad. Su relativismo práctico en degradé y crisis permanente*”, me ha parecido particularmente interesante ya que no sólo por lo que en él se dice sino por establecer un vínculo ineludible, particularmente desatendido en nuestro país, entre el proceso penal y el Derecho penal sustantivo, donde en la mejor de las ocasiones las obras de estas características se limitan a describir con carácter general algunas cuestiones relacionadas entre el Proceso y el Derecho penal.

Así, en esta línea de consideraciones, creo muy sugerente o, mejor dicho, muy “*valiente*”, la referencia a la que BALCARCE denomina la “*ingenuidad*” de FRISTER (p. 296). Este último alude a la independencia material y personal del Poder Judicial lo cual –añade FRISTER– supone que los Jueces se encuentran en las mejores condiciones para tomar decisiones atendiendo exclusivamente a la ley y no a las expectativas de terceros; de la misma forma que me resulta muy interesante la denuncia que realiza algo más adelante BALCARCE al

poner de relieve una circunstancia que es inusual en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, como es que el Ministerio Fiscal tiene atribuido, en el Código procesal penal de la provincia de Córdoba, la potestad de acordar la medida de prisión preventiva del acusado. BALCARCE trae a colación el art. 18.1 de la Constitución nacional argentina para destacar que en ese precepto se dispone la imposibilidad de que nadie pueda ser penado sin “juicio” previo; mientras que las constituciones regionales mimetizan el citado mandato con una particularidad, ya que éstas se refieren a que nadie puede ser penado sin que se haya tramitado un “proceso” con arreglo a esa Constitución. Con independencia de las distintas acepciones que se puedan derivar del vocablo “juicio”, el autor se refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en la que de modo reiterado se afirma que el mínimo indispensable para que exista un debido proceso penal es la concurrencia de acusación, defensa, prueba y sentencia (p. 310).

Como se puede intuir, una vez sentadas las bases que debe reunir el debido proceso, BALCARCE hace especial énfasis en que la regla general en la provincia de Córdoba es que se adopte la prisión preventiva durante la sustanciación del proceso e incluso llegando a un paroxismo inimaginable: que se acuerde la “prisión preventiva domiciliaria” bajo caución personal y real, lo que le lleva a concluir el corte indiscutible autoritario que tiene el Código procesal de la provincia de Córdoba, anclado en el Código de Rocco que entiende plagado de ideología positivista y fascista (p. 314).

En las páginas siguientes BALCARCE nos brinda un elemento que merece una especial consideración ya que, también en nuestro país, se consolida como una tendencia más que preocupante: el neopunitivismo como una nueva muestra de la tensión existente entre libertad y seguridad y, en ese caso, del papel que juegan algunos medios de comunicación en sus críticas al garantismo y su demanda permanente de la adopción de respuestas inmediatas contra los enemigos del sistema (p. 315); obviamente, la adopción de medidas cautelares personales es una de las decisiones más reclamadas, a pesar de que ello signifique la caída del principio de presunción de inocencia o, incluso, una anticipación de la pena.

Evidentemente, el autor es particularmente crítico con las medidas cautelares preventivas adoptadas con el automatismo que enuncia llegando a calificarlo como una auténtica “toma de rehenes” que, materialmente, impide que los imputados ejerzan de forma satisfactoria su defensa; puntualizando previamente que cuando un tribunal penal resuelve sobre la condena o absolución de un imputado que ha estado privado previamente de libertad durante el proceso, *“por compromisos corporativos implícitos y con el fin de ocultar la evidente injusticia, toma postura normalmente por la condena del imputado”* (pp. 318-319).

Perfectamente consciente de las críticas o de las descalificaciones que su radical defensa del principio de judicialidad (que, todo sea dicho, suscribo en su práctica literalidad) genera en determinados sectores, afirma que no pretende convertirse en un “libertario desencajado de la realidad”, ni mantener posiciones heroicas, sino denunciar la irracionalidad de las medidas de coerción personal y su ilegitimidad en un Estado social y democrático de

Derecho cuando éstas no se aplican de manera excepcionalísima por un tiempo determinado y escaso.

El Prólogo de este brillantísimo libro es de Manuel CANCIO; de su lectura inicial me llamó la atención que éste le objetara a BALCARCE su pesimismo por su posición sobre el futuro del sistema penal. Pesimismo que él mismo admite al final del Capítulo IV (p. 232), como ya hemos anticipado. No conozco personalmente a BALCARCE pero, como afirma CANCIO, nadie que no tenga una confianza inquebrantable en el Estado de Derecho sería capaz de escribir un libro como el que aquí se presenta ya que, me permito añadir, sólo denunciando las imperfecciones de un sistema es posible reivindicarlo.

**Recensión a Douglas Husak, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*
(traducción e introducción de Rocío Lorca Ferreccio), Marcial Pons, Madrid -
Barcelona 2013, (334 páginas)**

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Pompeu Fabra

1. Husak y la sobrecriminalización: filosofía (militante) del Derecho penal

Hace unos años tuve oportunidad de coincidir con Douglas HUSAK en un congreso acerca de la sobrecriminalización en EEUU. En su exposición, y tras dar cuenta de las tesis principales de su obra y las críticas que había recibido, procedió a rebatir algunas de las críticas y a reconocer que carecía de respuesta para otras. Sin embargo, añadió, él tenía algo que hacía que esa falta de respuesta no fuera realmente un problema: una cátedra (*I have tenure*). Con cierto alivio vi que los profesores locales echaban a reír, y que el propio HUSAK continuaba explicando que reconocía abiertamente que su teoría distaba de ser perfecta, pero que pensaba que era la mejor disponible sobre un tema muy importante, tanto para la teoría como, y sobre todo, para la praxis, y que ahora tocaba a otros investigadores continuar desarrollándola.

Genio y figura, HUSAK ha realizado importantes aportaciones a casi todos los temas fundamentales de la teoría de la imputación¹, desarrollándolos con gran profundidad mediante el uso de herramientas de la filosofía del lenguaje, la epistemología y la ética normativa contemporáneas. De este mismo utillaje conceptual se ha servido en un segundo conjunto de trabajos para contribuir de manera decisiva al debate contemporáneo sobre la justificación del castigo, con una propuesta basada en la primacía del merecimiento que subraya la importancia (secundaria pero fundamental) de las cuestiones instrumentales².

El libro que se comenta pertenece a un tercer grupo de trabajos, en los que HUSAK se ha ocupado de relevantes temas de política criminal, entre ellos dos estrechamente relacionados y que probablemente sean los más importantes en términos prácticos: la criminalización de las drogas y el excesivo alcance del Derecho penal actual³. Sin abandonar el enfoque filosófico, HUSAK adopta aquí un enfoque en el que destaca la riqueza de la información empírica empleada, con una profusa utilización tanto de fuentes estadísticas como de aportaciones de otras disciplinas (sociología, economía, antropología, medicina). Con ello consigue que sus incursiones en estos otros temas sean, como escribe la traductora de la obra en su estudio introductorio, auténticos trabajos de filosofía aplicada (p. 10) que, sin perder rigor conceptual, se alejan del preciosismo académico para analizar problemas reales y con el

¹ Vid. los 17 trabajos recopilados en HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*, 2010.

² Vid. últimamente HUSAK, «Retributivism in Extremis», *Law and Philosophy*, (32), 2013, pp. 3 y ss.

³ Sobre el Derecho penal y las drogas, vid. HUSAK, *Legalize This! The Case for Decriminalizing Drugs*, 2002 y EL MISMO, *Drugs and Rights*, 1992, ambos traducidos al castellano.

objetivo de ofrecer soluciones practicables. La obra que se analiza es un excelente ejemplo de este último tipo de trabajos, que han hecho de HUSAK la voz de la conciencia entre los filósofos del Derecho estadounidenses⁴.

2. La sobrecriminalización y sus efectos sobre el principio de legalidad

Hay dos formas principales de exceso de Derecho penal: penas excesivas para conductas susceptibles de ser criminalizadas y penas para conductas que en ningún caso deberían serlo. HUSAK sostiene que ambas se dan en la actualidad (p. 41) y, que, debido a ciertos rasgos del Derecho penal estadounidense, allí la sobrecriminalización supone una quiebra del principio de legalidad.

En cuanto a la primera cuestión, el apartado “Demasiado castigo, demasiados delitos” (pp. 42-59) ofrece por un lado estremecedores datos sobre el sistema penal estadounidense, incluyendo que el 5% de los niños nacidos en los EEUU pasará en algún momento por una prisión federal o estatal, que EEUU aloja al 25% de la población penitenciaria mundial o que en ese mismo país en 2004 la policía realizó 14 millones de detenciones por delito; por otro, intenta una aproximación al volumen de leyes penales existentes, tarea mucho más compleja, toda vez que, como concluye el autor, “sorprendentemente, nadie parece estar preparado para estimar el número de leyes actualmente existentes en Estados Unidos” (p. 49). Aunque no se puedan aportar cifras concretas, hay consenso en cuanto a que las últimas décadas han visto la aprobación de un importante número de delitos⁵, lo que, junto con el incremento de penas de los ya existentes, ha contribuido a la sobrecriminalización⁶.

El siguiente paso es mostrar cómo la sobrecriminalización genera injusticia. En este punto HUSAK va un paso más allá de la obvia denuncia de injusticia por quiebra del merecimiento para centrarse en el hecho de que el movimiento en pro de la limitación de la discrecionalidad de los jueces desde los años ochenta produjo antes un desplazamiento que una disminución de la discrecionalidad, que ha acabado teniendo importantes consecuencias para el principio de legalidad: “Como ha sido destacado por una serie de teóricos, pocas instituciones son capaces de eliminar por completo la discrecionalidad. Más comúnmente, la discreción pasa de un lugar a otro, finalmente instalándose donde es menos visible. Actualmente la discreción reside fundamentalmente en la policía y los fiscales” (p. 65). Si a

⁴ En sus palabras: “La filosofía en general, también la filosofía del derecho, se ha transformado crecientemente en una disciplina especializada en la que sus expertos dialogan exclusivamente entre sí. (...) A pesar de que frecuentemente se ha escrito acerca de un ‘giro hacia la práctica’ de la filosofía, luego de estudiar el panorama me he convencido de que la mayoría de la producción académica sigue siendo decididamente impráctica” (pp. 34 y 35).

⁵ En mayo de 2013 un grupo de trabajo del Congreso estadounidense encargó un informe al Servicio de Documentación del Congreso, según el cual, entre 2008 y 2013, se añadieron al *US Code* federal al menos 439 nuevos delitos (vid. <http://freebeacon.com/wp-content/uploads/2014/08/CRS-Report-Up-Dated-New-Crimesfinal-1.pdf>)

⁶ Sin ser igualmente importantes: “No sostengo que el crecimiento del Derecho penal sea el único factor o el más importante para explicar el incremento en la población penitenciaria. La razón más importante de que nuestras cárceles y prisiones estén llenas es que los castigos para los delitos existentes se han vuelto mucho más severos” (pp. 60-61).

esta discreción reforzada añadimos la efectiva comisión de numerosos delitos cada año⁷, que los fiscales pueden apilar en sus acusaciones, los acusados tienen amplios incentivos para reconocer su culpabilidad a cambio de una reducción de la pena (lo que en EEUU ocurre en algo más del 95% de los casos). En palabras de STUNTZ recogidas en el texto, las leyes penales son, sobre todo, “medios para dar poder a los fiscales (...) ítems de un menú del cual el fiscal puede pedir según le plazca” (p. 70).

Las implicaciones para el principio de legalidad de esta nueva ubicación del poder penal y la medida de la discrecionalidad de la policía y los fiscales son claras: en lugar de en la aplicación judicial de leyes dictadas por el parlamento, en Estados Unidos el poder penal consiste hoy en día principalmente en la elección, por parte de la policía y de los fiscales, de qué leyes se aplicarán y cuáles no, total o parcialmente, a algunas de las personas que las infringen (y a otras no)⁸. En este punto, HUSAK se aleja de cualquier maniqueísmo o simplificación, indicando que “Ni siquiera aquellos policías y fiscales que prometen ser fieles al Estado de Derecho pueden esperar honrar su compromiso, pues no reciben ninguna directriz de los legisladores acerca de qué es lo que realmente se espera de ellos” (p. 72).

Hasta aquí, la descripción del naufragio. HUSAK pasa luego a la tarea de ofrecer soluciones mediante la propuesta de una teoría de la criminalización que ofrece tanto límites internos (Capítulo II) como externos (Capítulo III).

3. Una propuesta para contrarrestar la sobrecriminalización

La teoría de HUSAK se articula en torno a siete principios, cuatro de los cuales se extraen de fuentes internas al Derecho penal, los otros tres de fuentes externas.

De los internos, dos, la restricción del Derecho penal a casos de daño no trivial y a conductas ilícitas, se infieren de instituciones de la parte general, en concreto de la existencia de las causas de justificación (daño no trivial) y de las causas de exculpación y la restricción (en EEUU no proscripción) de la responsabilidad objetiva (pp. 123-138). La tercera restricción, “del merecimiento”, acude a las teorías de la pena: el que se entienda que la pena exige una justificación especial y el predominio absoluto de teorías que de una forma u otra recurren al merecimiento abonaría la existencia de este límite (pp. 144-156). La cuarta restricción, el derecho a no ser castigado, se relaciona igualmente con la teoría de la pena, y se argumenta con apoyo en la conocida distinción entre la infracción y la violación de un derecho,

⁷ HUSAK estima que, si contamos delitos como el consumo de drogas ilegales, la piratería musical y las apuestas por Internet, el hurto menor y la conducción bajo los efectos del alcohol, “Quizá más del 70 por 100 de los estadounidenses adultos han cometido en algún momento de su vida un delito que podría acarrear una pena privativa de libertad” (pp. 68-69).

⁸ Que este proceso haya pasado desapercibido a los filósofos del Derecho proporciona a HUSAK una nueva oportunidad para darles un fuerte tirón de orejas por no estudiar o siquiera reconocer la existencia de problemas de legitimidad en funcionarios del sistema de justicia penal distintos de los jueces, lo cual “probablemente refleja la antigua obsesión de los filósofos del Derecho con el poder judicial” (p. 73).

introducida en la literatura moral y jurídica angloamericana por Judith Jarvis THOMSON⁹: la pena supone la imposición de un sufrimiento deliberado, lo que implica un deber de justificación por quien lo hace (el Estado), y un correlativo derecho a no ser castigado en el ciudadano acusado (pp. 162-170).

Los tres límites externos se construyen a partir del Derecho constitucional estadounidense, y afirman que el Estado sólo puede criminalizar para promover intereses públicos estatales (a), cuando tales intereses se vean promovidos de una manera directa (b), y siempre que las disposiciones penales no alcancen más casos que los estrictamente necesarios para la promoción de dicho interés (c). HUSAK advierte que la tarea de extracción de estos principios no resulta sencilla, dado que la Constitución estadounidense impone numerosas restricciones al Derecho procesal penal, pero no hace lo propio con el sustantivo (p. 196). Quizás sea este el motivo por el cual esta parte del libro resulte la más especulativa y al tiempo la menos convincente, como también lo es su propuesta de diseño institucional: HUSAK afirma que el principal y posiblemente único destinatario de la teoría sea el parlamento, mostrándose más que escéptico sobre las posibilidades del control judicial (pp. 207-208).

En el camino hacia la construcción de su propia teoría HUSAK analiza, ataca con precisión y gusto y refina un buen número de las más importantes doctrinas del Derecho penal de cuño angloamericano. El lector interesado en ampliar sus horizontes penales más allá del continente europeo encontrará en esta parte del libro una oportunidad inmejorable.

4. La propuesta de Husak vs. otras teorías de la criminalización

HUSAK, que en diversos lugares de la obra se refiere a su teoría como incompleta y perceptible, e incluso como “demasiado problemática” (p. 271), dedica el cuarto y último capítulo de su libro a compararla con otras tres candidatas a servir como teoría de la criminalización: el análisis económico del Derecho (AED), el utilitarismo y el moralismo jurídico. El objetivo declarado es mostrar que, si bien su propuesta no es perfecta, es la mejor disponible en la actualidad, y debe ser el punto de partida a partir del que construir otras alternativas.

El análisis comienza con una confesión sobre sus dudas acerca de que tan siquiera realmente existan tales teorías alternativas, lo cual subraya afirmando que, “con la posible excepción de Jeremy BENTHAM ningún filósofo importante –vivo o muerto– puede asociarse directamente con una teoría de la criminalización” (p. 271). Como críticamente pone de manifiesto Lorca FERRECCIO en su introducción a la obra (p. 12, n. 11), el lenguaje es excesivo, existiendo como existe la impresionante obra de Joel FEINBERG dedicada al análisis y desarrollo de una teoría

⁹ THOMSON, «A Defense of Abortion», *Philosophy and Public Affairs*, (1), 1971, pp. 47-66. Sobre la relación entre esta teoría y la discusión sobre la relación entre las conductas atípicas y las típicas pero justificadas, vid. ORTIZ DE URBINA, «Old Wine in New Wineskins? Appraising Professor Bergelson's Plea for Comparative Criminal Liability», *Pace Law Review*, (28), 2008, pp. 832-842.

de la criminalización a partir del *Harm Principle* de J.S. MILL. A pesar de esta sorprendente omisión, no puede negarse que HUSAK confronta su propuesta con teorías influyentes que en modo alguno pueden considerarse adversarios de paja. Se trata, además, de tres teorías que deberían interesar especialmente al lector en castellano, dado que ni el AED ni el moralismo jurídico son bien conocidos en nuestro entorno jurídico, y el utilitarismo, si bien es una teoría conocida, es mal comprendida.

En términos generales, la dificultad de dos de las tres alternativas analizadas (el AED y el utilitarismo) estribaría en que ambas ofrecen teorías normativas comprensivas¹⁰ a partir de las que se derivan conclusiones para la teoría de la criminalización. Con el problema de que, al hacerlo desde un marco conceptual propio y más amplio, no logran captar (y, como teorías comprensivas que son, tampoco les interesa) lo que es peculiar al Derecho penal, que en opinión de HUSAK es su énfasis en las nociones de merecimiento y proporcionalidad. Por el contrario, el problema de la tercera teoría, el moralismo jurídico, sería su carácter excesivamente parcial.

En la confrontación con la primera teoría rival, el AED, HUSAK realiza un excelente trabajo de crítica informada, censurando a esta teoría por lo que dice y por lo que deja de decir, y no, como otras veces ocurre, conforme a alguna desfiguración ignorante o interesada de la misma. A pesar de reconocer las múltiples contribuciones que el AED ha hecho a otras ramas del Derecho, así como su primigenia influencia en el ámbito de la reforma legal en las últimas décadas, afirma que “esta escuela de pensamiento no ha hecho casi ninguna contribución al ámbito de lo penal” (p. 271). O, más concretamente, no lo ha hecho al Derecho penal sustantivo y a la teoría de la criminalización, habiendo concentrado sus esfuerzos teóricos en como asignar eficientemente los recursos para la ejecución de las leyes, con una atención especial (y desproporcionada, aunque HUSAK no lo afirme expresamente) a la teoría de la disuasión.

En lo relativo a los intentos de fundamentar los aspectos sustantivos del Derecho penal mediante el AED, desde la punición de la tentativa hasta la atribución de distintos grados de pena a las distintas formas de imputación subjetiva, HUSAK concluye que tales intentos presentan dos características salientes: son muy escasos y tuvieron lugar en un momento ya algo alejado en el tiempo (p. 272). Ambas cosas son ciertas: los intentos de fundamentar mediante el análisis económico las decisiones principales sobre lo que en nuestro entorno jurídico denominamos teoría jurídica del delito se cuentan con los dedos de ambas manos (y sobran), y se produjeron casi todos ellos en la primera mitad de los años ochenta¹¹. Además de pocos y antiguos, y esto es lo más relevante, son insuficientes, y tienen necesariamente

¹⁰ El utilitarismo no sólo ofrece una teoría normativa, sino que es exclusivamente una teoría normativa. El AED, por el contrario, tiene una vertiente normativa, pero también una positiva (sobre ambas, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Análisis económico del Derecho y política criminal», *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº extraordinario (2), 2004, pp. 37-48.

¹¹ Los dos más influyentes se publicaron en el mismo número de la misma revista, hace 30 años: POSNER, «An Economic Theory of the Criminal Law» y SHAVELL, «Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», *Columbia Law Review*, (85), 1985, pp. 1193 y ss. y pp. 1232 y ss.

que serlo en la medida en que el AED se vincule con una posición normativa bienestarista, toda vez que para el bienestarismo el reconocimiento de las diferencias en merecimiento característico del Derecho penal es secundario e instrumental a lo único que realmente le importa, que es la maximización del bienestar: en la medida en que la mayor pena del dolo frente a la imprudencia consiga incrementar el bienestar, ésta deberá aplaudirse; pero, si en alguno o en muchos supuestos esta diferenciación punitiva disminuye el bienestar, habrá de abandonarse; y, si para incrementar el bienestar ha de pasarse por encima de la responsabilidad subjetiva, admitiendo casos de responsabilidad objetiva, así habrá de hacerse.

Tras su análisis, y refiriéndose a la incapacidad de dar cuenta del lugar del merecimiento en el Derecho penal, HUSAK concluye que “este problema es prácticamente letal” (p. 276). Y lo sería, si el AED tuviera obligatoriamente que vincularse con una posición normativa bienestarista. Sin embargo, aun cuando tal vinculación fuera usual durante las dos primeras décadas de desarrollo de esta perspectiva (1970-1990), no es necesaria¹².

Por lo que respecta a la consideración generalizada de que el AED ofrece una teoría de la criminalización, HUSAK se muestra nuevamente crítico, en esta ocasión no porque la teoría fracase, como ocurre con los intentos de explicación económica del Derecho penal sustantivo, sino porque, en realidad, la teoría tiene tantas salvedades y reservas que al final carece de contornos, por lo que “si mi aproximación debe ser descrita como un esbozo, el análisis económico del Derecho debería ser caracterizado como un mero garabato” (p. 272).

HUSAK se centra en el planteamiento del más conocido partidario del AED, Richard POSNER, quien comienza afirmando que “la principal función del Derecho penal en una sociedad capitalista es evitar que la gente eluda el sistema de intercambio recíproco y voluntario –el ‘mercado’ implícito o explícito en situaciones en las que (...) el mercado es un método más eficiente para la colocación de recursos que el intercambio forzoso”¹³. Tan directo inicio, sin embargo, viene seguido de importantes salvedades, de modo que al final no se sabe muy bien si la tesis es que la eficiencia debe ser tenida en cuenta (lo cual no parece censurable) o que sólo la eficiencia debe ser tenida en cuenta (lo cual sí lo es), y tampoco en qué consisten esos mercados, especialmente los “implícitos”, o cuándo estamos ante un intercambio forzoso (pp. 273-276).

A pesar de lo anterior, HUSAK concede un punto importante al AED cuando este afirma que, si todo el mundo tuviera capacidad de pago suficiente, tendría sentido sustituir el Derecho penal (o buena parte del mismo) por la indemnización de los daños causados, ajustada al alza para dar cuenta de la cifra negra en la comisión de delitos. Si bien la afirmación suele ser desechada con una sonrisa irónica, lo cierto es que tal rechazo no puede justificarse sin abrazar una explicación del Derecho penal en términos de merecimiento que admita su

¹² Vid. ORTIZ DE URBINA, *op. cit.* n. 10, pp. 42-48.

¹³ POSNER, *op. cit.* en nota 11, p. 1.195. Formulaciones similares se encuentran en las distintas ediciones de su manual, vid. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., 2003, pp. 215-219.

función expresiva: “¿cómo podría ser posible que una mera compensación transmitiera el estigma inherente al castigo penal?” (pp. 279-280).

En definitiva, y a pesar de lo que algunos de sus partidarios afirmarían en sus inicios, es claro que el AED no sirve para todo (lo que es distinto de afirmar que no sirva para nada). Y, entre las cosas para las que no sirve, se encuentran la fundamentación del Derecho penal sustantivo y la provisión de una teoría de la criminalización. Sin embargo, HUSAK detiene su análisis en este punto, lo que le impide ver dos tipos de propuestas del AED que, aunque no son una teoría de la criminalización, sí pueden disminuir el problema de la sobrecriminalización.

En primer lugar, los más prominentes analistas económicos del Derecho (y también los más destacados representantes de la Escuela de Chicago en economía) han propuesto la legalización de las drogas¹⁴. Dado el impacto porcentual que la “Guerra contra las drogas” tiene sobre el actual grado de sobrecriminalización, que HUSAK conoce como nadie¹⁵, sin duda alguna su legalización contribuiría de forma muy importante a mejorar el problema.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, y como el propio HUSAK reconoce, al AED lo que más les preocupa es la adecuada asignación de los recursos sociales en la prevención del delito (p. 271). Y esto en modo alguno obliga a privilegiar las soluciones punitivas sino que, por el contrario, en la medida en que otras opciones consigan un mejor balance de costes y beneficios, está en la propia lógica del AED preferirlas. En realidad, la prevención del delito mediante el Derecho penal resulta tan cara que en muchos casos de hecho y ya desde una lógica puramente económica habrán de preferirse estas otras alternativas¹⁶. En el caso del uso de penas privativas de libertad, dado lo que sabemos sobre sus efectos sobre la delincuencia, prácticamente nadie dudaría de que hoy en día en muchos países, y especialmente en los EEUU, se ha superado con creces el punto de uso eficiente de la medida, habiéndose entrado en una fase de despilfarro¹⁷. También en este sentido, el AED supondría un importante freno al fenómeno de sobrecriminalización.

El segundo contendiente al que enfrenta su propuesta HUSAK es el utilitarismo, del que afirma que “ninguna otra teoría ha ejercido mayor influencia en el pensamiento político y jurídico” (p. 281)¹⁸. De nuevo se ofrece un análisis plenamente informado, especialmente

¹⁴ Vid. BECKER (<http://www.becker-posner-blog.com/2013/05/alternatives-to-the-war-on-drugs-becker.html>). Además de este premio Nobel, incluso los analistas económicos más cautos concuerdan en que la regulación actual no tiene sentido económico (“es una opción político-criminal subóptima”). Vid. DONOHUE, «Drug Prohibition and Its Alternatives», en COOK et al. (dirs.), *Lessons from the Economics of Crime: What Reduces Offending?*, 2013, pp. 45 y ss.

¹⁵ “Actualmente, los delitos de drogas constituyen la manifestación más importante de nuestra tendencia a criminalizar demasiado y a castigar a demasiados” (p. 57).

¹⁶ Vid. DONOHUE/SIEGELMAN, «Allocating Resources among Prisons and Social Programs in the Battle against Crime», *Journal of Legal Studies*, (27), 1998, pp. 1 y ss., y BROWN, «Cost-Benefit Analysis in Criminal Law», *California Law Review*, (92), 2004, pp. 323 y ss.

¹⁷ V., por todos, KLEIMAN, *When Brute Force Fails*, 2010, especialmente el capítulo 6.

¹⁸ Este reconocimiento no debe en modo alguno entenderse como adhesión al mismo. Por el contrario, HUSAK afirma expresamente en un momento anterior que el utilitarismo es precisamente la única teoría ética que

alejado de la confusión del género (consecuencialismo) con la especie (utilitarismo)¹⁹. A pesar de ello, y por las mismas razones por las que en la teoría ética contemporánea son netamente mayoritarias versiones menos robustas del consecuencialismo, HUSAK lo rechaza como teoría de la criminalización.

Los problemas comienzan con la conocida vocación a la sobreexigencia del utilitarismo, que llevaría a exigir la inclusión en los códigos penales de “delitos de omisión de ayuda” que fueran mucho más allá de los actuales tipos de omisión del deber de socorro para englobar todas las acciones que produjeran más beneficio a los demás que costes a quienes las tienen que llevar a cabo; como afirma HUSAK, la propuesta, especialmente en ordenamientos como los angloamericanos, más restrictivos con el establecimiento de deberes generales de socorro (*good samaritan laws*), “no está en ninguna lista de reformas legales urgentes” (pp. 282-283). Del mismo modo, la falta de reconocimiento del valor de los derechos individuales aboca al utilitarismo a la admisión de la responsabilidad colectiva y la vicaria, así como a tolerar eventuales infracciones del principio de merecimiento de las penas cuando estas pudieran conseguir beneficios que fueran más allá del coste que al inocente le supone sufrir una pena injusta, por ejemplo porque tal pena injusta evite el linchamiento de un colectivo, siguiendo el conocido ejemplo de MCCLOSKEY²⁰ (pp. 284-286).

A las anteriores objeciones, todas ellas conocidas, añade HUSAK algunas más originales (pp. 290-292). Así, se pregunta por qué razón no se exige desde planteamientos utilitaristas que se tipifique el delito de ver (¿demasiada?) televisión o de comer comida basura, siendo así que la abstención de ambos comportamientos tendría efectos sociales beneficiosos. La respuesta estándar desde el utilitarismo es que la prohibición tiene costes para quienes querrían llevar a cabo tales conductas. Pero entonces llegamos a una conclusión tan inescapable para el utilitarismo como extremadamente difícil de digerir: si en el cálculo de la utilidad de una conducta se han de incluir todos los costes y todos los beneficios para cualquier integrante de la sociedad, esto supone incluir también el beneficio del delincuente, incluso en aquellos casos en que responde a motivaciones o inclinaciones abyectas, como el placer del racista al golpear al integrante de una minoría étnica, el del marido violento al atacar a su mujer o el del violador al agredir sexualmente a su víctima. La inclusión de estos “beneficios” (desde la perspectiva subjetiva de quienes los experimenta) resulta plenamente coherente con los postulados bienestarristas del utilitarismo y, por ello y al mismo tiempo, una poderosa *reductio ad absurdum* del mismo.

rechaza: “Más allá de que rechazo el utilitarismo, permanezco neutral frente a los detalles o fundamentos de una teoría moral” (p. 35).

¹⁹ Una confusión extendida entre los penalistas alemanes y la doctrina penal española y latinoamericana que les siguen y, según refiere HUSAK, también entre los penalistas angloamericanos (p. 286). En teoría ética contemporánea hay consenso en que entre ambos existe la mencionada relación género-especie, y en concreto en que el utilitarismo es un consecuencialismo bienestarrista y “aditivista” (o sumatorio). Vid. SEN/WILLIAMS, «Introduction», en SEN/WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*. 1982, pp. 1-21.

²⁰ MCCLOSKEY, «A Non-utilitarian Approach to Punishment», *Inquiry*, (8), 1965, pp. 249 y ss.

Finalmente, HUSAK se refiere a una posible última forma de rescatar el papel del utilitarismo como teoría de la criminalización. Al fin y al cabo, siguiendo a RAWLS y HART las teorías mayoritarias de la justificación de la pena en el ámbito anglosajón distinguen entre el propósito general de la institución, que, se dice, se explica mejor desde el utilitarismo, y su imposición en cada caso concreto, que debe fundamentarse en términos de retribución o merecimiento. Del mismo modo, sigue el argumento, una teoría de la criminalización podría dejar en manos del utilitarismo la decisión de qué conductas tipificar, siempre que las penas se impusieran siguiendo criterios retributivos.

HUSAK, sin embargo, no está de acuerdo en que este tipo de justificación mixta sea sostenible y, si bien comienza anunciando su desacuerdo con mesura (“Creo que no deberíamos intentar un completo divorcio entre las cuestiones relacionadas con el castigo y aquellas relativas a la criminalización”, p. 287), procede de inmediato a una refutación impecable (pp. 287-290). El argumento, resumido, es que si dejásemos al albur de una teoría utilitarista la criminalización, no tendríamos luego manera de “corregir” sus resultados con restricciones basadas en el merecimiento. Así, por ejemplo, si por motivos utilitaristas resultara adecuado prescindir de los requisitos de imputación subjetiva y establecer delitos en régimen de responsabilidad objetiva, no se podría luego insistir en la exigencia de imputación subjetiva (dolo o imprudencia) en el momento de enjuiciar concretas conductas. Formulado alternativamente: si ante la tipificación de delitos en régimen de responsabilidad objetiva por motivos utilitaristas se respondiera que en su aplicación sería en cualquier caso necesario exigir alguna forma de responsabilidad subjetiva, lo que se estaría diciendo es que en realidad las razones utilitaristas no serían soberanas, y que ya en el momento de la criminalización deben tenerse en cuenta requisitos y exigencias retributivas.

En este punto, HUSAK pone el ejemplo de los delitos colectivos. Estos pueden tener sentido desde el punto de vista preventivo (si sé que mi conducta puede tener efectos negativos sobre mi familia y amigos, es más probable que la omita), pero repugnan al principio de personalidad de la sanción, un baluarte del Derecho penal moderno. Sin embargo, si diésemos carta blanca al legislador utilitarista, éste “Podría prohibir (aproximadamente) ‘ser miembro de un grupo cuando al castigar a todos los miembros del grupo se extraigan ventajas utilitaristas’” (p. 288). Y aquí ya no se estaría puniendo al individuo del grupo en cuestión por lo que ha hecho otro, sino por su propio delito de pertenencia.

El tercer y último competidor es el “moralismo jurídico”. Con esta expresión HUSAK no se refiere al planteamiento más general que afirma que el Derecho está autorizado a proteger contenidos morales, incluso por medio del Derecho penal²¹, sino, de modo más limitado e

²¹ Éste es el tipo de moralismo jurídico en juego en la famosa polémica Hart-Devlin. Sobre ésta y los subsiguientes planteamientos liberales en la materia, vid. DWORKIN, «Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality», *William & Mary Law Review*, (40), 1999, pp. 927 y ss. A pesar de la contundencia del título, Gerald DWORKIN entiende que HART tenía razón en sus tesis sustantivas (así, por ejemplo, en la inadecuación de regular penalmente cualquier conducta sexual consentida entre adultos), pero defiende que no existe una forma adecuada de trazar una separación nítida entre la conducta que es solo inmoral y la que también causa un daño (*harm*) que permita afirmar que sólo las últimas deben de ser criminalizadas.

idiosincrásico, a la teoría de Michael MOORE, conforme a la cual el hecho de que una conducta sea inmoral es una razón suficiente para su criminalización²². Sí, el lector ha leído bien: “Todos los ilícitos morales, y sólo ellos, deben prohibirse penalmente”²³.

De primeras, una tal teoría parece extremadamente implausible: si ya parece erróneo entender que el Derecho en general deba ser coextensivo con la moral, más tiene lógicamente que parecerlo que la identidad de contenido no se predique con todo el Derecho, sino precisamente con su rama más intrusiva, el Derecho penal. Sin embargo, la perplejidad inicial se reduce cuando se sigue leyendo a MOORE y éste prosigue afirmando que el “deber” de prohibir tales ilícitos penalmente no es un deber absoluto, sino que está sometido a límites, entre los que se encuentran los ligados a la modestia epistémica (no podemos estar seguros de poder determinar correctamente todos los supuestos de ilícito moral) y la conveniencia (en ocasiones, la imposición coactiva de la moral puede tener consecuencias negativas que justifiquen su no imposición)²⁴.

La contraposición en esta parte final del libro (pp. 292-305) de las teorías de la criminalización de HUSAK y MOORE es en realidad una contraposición entre sus teorías de la pena (lo que no es incoherente por ninguna de las dos partes, dado que ambos admiten la vinculación directa de la teoría de la pena con la teoría de la criminalización). Ambos autores admiten la necesidad de merecimiento para poder penar, pero, mientras que para MOORE se trata de una condición necesaria y suficiente (en ausencia de razones “poderosas” en contra), para HUSAK estamos ante una condición necesaria, pero no suficiente, siendo necesario adicionalmente que se persigan intereses estatales relevantes y que la utilización del Derecho penal lleve previsiblemente a su consecución. Frente a MOORE, para HUSAK “las consideraciones consecuencialistas juegan un papel indispensable en la justificación del Derecho penal y el castigo” (p. 304).

Dado que la cuestión implica nada menos que la teoría de la pena, sería un error intentar terciar en la polémica en este espacio. Sin embargo, conviene poner de manifiesto que el reconocimiento de la importancia de las consecuencias (excepcional, para MOORE, imprescindible, según HUSAK), aceptado por una mayoría de autores en EEUU, ha llevado al autor que más ha contribuido a la materia en los últimos años a afirmar que, en ese país, “el retribucionismo se ha transformado cada vez más en una explicación que descansa en una estructura justificativa que es claramente consecuencialista”²⁵.

²² Michael MOORE ha defendido esta postura en diversos lugares, probablemente de forma más conocida en su monumental *Placing Blame*, 1997, especialmente en los capítulos 3, 16 y 18.

²³ MOORE, *op. cit.* en nota anterior, p. 662.

²⁴ Sobre la teoría de la pena de Moore, v. por todos BERMAN, «Modest Retributivism», Documento de trabajo, disponible en <http://ssrn.com/abstract=24169904>

²⁵ BERMAN, «Two Kinds of Retributivism», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, p. 434.

5. Sobre la importancia de la teoría: una reflexión pre- y post-recesión

En un pasaje del primer capítulo de la obra HUSAK reflexiona sobre la relevancia práctica que pueda suponer disponer de una teoría de la criminalización, concluyendo sobriamente que “nadie debería subestimar la importancia de los factores económicos en su capacidad de influir –y a la larga cambiar– nuestras políticas. Los filósofos del derecho podrían unirse a mi protesta contra la injusticia, pero mi pronóstico es que el exorbitante costo de nuestras prácticas punitivas será un factor más decisivo en una eventual reforma de nuestro sistema de justicia penal. Es sorprendente que no hayamos presenciado más cambios de esta naturaleza. Nuestras políticas penales parecen ser extraordinariamente inmunes al escrutinio de costo-beneficio que se aplica rutinariamente a tantas otras instituciones estatales. Quizás debamos sufrir una recesión económica importante antes de que hagamos mejoras significativas en nuestro sistema de justicia penal” (p. 47, nota omitida).

HUSAK escribía tales palabras en 2008, justo antes de esa “recesión económica importante”. En la introducción a la traducción al castellano, escrita en 2013 y por lo tanto una vez superada (¿?) tal recesión, HUSAK afirma que la ola de sobrecriminalización parece haber alcanzado su cota máxima y encontrarse ahora en retirada, entendiéndose que “La explicación más plausible para estas tendencias es la recesión económica de la que los países de todo el mundo recién empiezan a recuperarse. El castigo que acarrearán las infracciones penales es caro, y las realidades económicas han obligado a los estados a emplearlo con más parsimonia. Creo que los filósofos del Derecho merecen sólo un pequeño crédito por estos desarrollos” (pp. 30-31).

El sobrio realismo de HUSAK es de agradecer: en efecto, la elaboración académica no cambia el mundo salvo cuando éste está listo para ser cambiado, siendo otros factores (entre ellos los económicos, pero también los culturales), los que explican la evolución de la política criminal. Con todo, el crédito de los académicos es seguramente algo mayor que el “pequeño” que les concede HUSAK. Y sin duda sería mayor si hubiera más obras como ésta suya.

Recensión a Ricardo Robles Planas (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. El debate doctrinal en la actualidad, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2014, (XXVI y 472 páginas)

José Antonio Caro John

Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico

El libro reúne las aportaciones de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Ricardo ROBLES PLANAS/Eduardo Javier RIGGI, Víctor GÓMEZ MARTÍN, María Ángeles RUEDA MARTÍN y Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, dedicados a la problemática de la intervención del *extraneus* en un delito especial, a la luz del art. 65.3 del Código penal español que precisamente se refiere a esta cuestión. En una composición *sui generis* la obra no sólo contiene las contribuciones de los autores antes mencionados, sino ella recoge además las discusiones científicas presentadas a modo de “réplicas” por cada uno de ellos, poniendo a debate las ideas y aportaciones con un elevado rigor científico y tirando del gatillo hasta agotar prácticamente casi todo lo que hay por polemizar en torno a la responsabilidad en los delitos especiales.

Los temas materia de discusión son muchos y diversos, sin embargo, si cabe identificar un orden metodológico coincidente en la exposición de ideas por parte de los autores, este radicaría en haber priorizado dos cuestiones con ocasión de la determinación de los alcances del art. 65.3 CP: *a)* dar una respuesta a qué clase de delito especial se refiere el precepto legal para decidir si cabe o no en él la participación de un *extraneus*, y *b)* una crítica a la categoría dogmática del delito de infracción de deber, con diferentes matices, a excepción de SÁNCHEZ-VERA, quien por tratarse del máximo exponente e impulsor de dicha teoría en el penalismo de habla hispana, refuerza sus argumentos a favor de la teoría.

a) En lo que respecta a la precisión del contenido del delito especial existe un criterio uniforme de reconocer que el sentido del art. 65.3 CP se distancia claramente de una opinión práctica que considera que la atenuación facultativa prevista en dicho artículo para el partícipe debería ahorrar toda discusión en vista que el instigador y el cooperador necesario siempre responderán de manera atenuada en los delitos especiales. La simpleza de este razonamiento se deshace rápidamente luego de verificarse que la propia definición y diferenciación entre delitos especiales y comunes no es nada sencilla. Lo destaca con razón GÓMEZ MARTÍN (p. 100 ss.) cuando anota que existen tipos penales que en apariencia podrían ser calificados como delitos comunes, pero en esencia son delitos especiales. Es el caso, p. ej., del delito de alzamiento de bienes (art. 257.1 CP) cuyo sujeto activo está redactado con la expresión “el que”, pero no por ello se trata de un delito común, pues sólo “el deudor” que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores podrá ejecutar la acción típica.

Pero la complejidad no es distinta en el campo de los llamados delitos especiales. La clasificación tradicional entre delitos especiales propios e impropios –recuérdese que en el primero de ellos la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, mientras que en el segundo la cualidad especial del autor sólo agrava el injusto de un delito común– tampoco contribuye a explicar el sentido de los delitos especiales ni a resolver la cuestión de la intervención del *extraneus* en un delito especial. La diferenciación de esta clase de delitos dio lugar a las teorías de la ruptura y la unidad del título de imputación. La primera de ellas planteaba claramente la impunidad del *extraneus* cuando intervenía en un delito especial. Se preguntaban sus defensores ¿para qué el Código penal tendría que referirse a un “funcionario público” si finalmente se va hacer responder a un particular por dicho delito? Posición distinta era la ofrecida por la teoría de la unidad del título de la imputación, en virtud de lo cual si se trataba de un delito especial propio el *extraneus* respondía como partícipe, mientras que en el caso de los delitos especiales impropios la solución final dependía de quién obró con el dominio del hecho.

Las soluciones complejas a que conducían las teorías de la ruptura y la unidad del título de imputación se superan con la supresión de la diferencia entre delitos especiales propios e impropios. En esto concuerdan GÓMEZ MARTÍN (p. 185) y SÁNCHEZ-VERA (p. 463), si bien con argumentos distintos, pero apuntando claramente en la misma dirección. Esto trae como ventaja la claridad interpretativa aplicable al art. 65.3 CP –como ocurre con su equivalente § 28.I StGB– en la medida que se refiere únicamente a delitos de personas portadoras de un deber especial. Esta idea es desarrollada por ROBLES PLANAS/RIGGI, para quienes el alcance del art. 65.3 CP no se dirige a todos los delitos especiales. Con una propia terminología estos autores consideran que el precepto no resulta aplicable a los “delitos de posición”, pues la referencia típica en este caso a la condición del sujeto activo es meramente formal y no material. Sólo en apariencia reunirían los atributos de los delitos especiales; cualidades especiales de, p. ej., “accionista”, “deudor”, “socio”, u otros, pueden admitir la condición de autoría o de participación según cuál sea la posición en que el sujeto activo ejecute la acción lesionadora del objeto de protección. Pero la mera posición en la que él se encuentre no determina su autoría. Con la terminología de los delitos de dominio podría entenderse que el sujeto activo puede convertirse tanto en figura central como en figura secundaria del hecho según la posición que ocupe en la realización típica. En definitiva, a juicio de ROBLES PLANAS/RIGGI, el sentido del art. 65.3 CP está pensado sólo para los “delitos especiales de deber” respecto de los cuales la infracción de deber “constituye el eje de la conducta típica” (p. 70). En el pensamiento de PEÑARANDA RAMOS este elemento confiere a las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor un carácter “limitadamente personal” (p. 19): el prototipo de esta clase de delitos son los cometidos por funcionarios públicos.

La claridad lograda en el sentido que el art. 63.5 CP alude a delitos cuyo autor es portador de un deber altamente personal no conduce, sin embargo, a una consecuencia uniforme en relación a la posibilidad de la intervención de un *extraneus* en dicha clase de delitos. ROBLES PLANAS/RIGGI consideran que la intervención de un *extraneus* en un delito especial de deber es impune, pues una tal participación sólo sería posible en el caso de los delitos de posición

(p. 70 s.). Considero que esta es también la conclusión a que arriba PEÑARANDA RAMOS cuando sostiene que la responsabilidad del *extraneus* en estos casos no debe ser atenuada sino “excluida por completo” en la medida que su responsabilidad no se comunica con un sujeto cualificado por reunir éste un elemento “*exclusivamente personal*” (p.18, subrayado en el original). Sin embargo, para GÓMEZ MARTÍN nada impide que el *extraneus* participe en un delito especial de deber (pp. 175 ss.), dado que el *extraneus* no interviene accesoriamente en relación al *intraneus*, sino al hecho típico, su conducta de favorecimiento recae sobre el hecho principal. Esta idea es también defendida por RUEDA MARTÍN, quien, incluso yendo más allá de los defensores de la teoría de la unidad del título de la imputación es explícita al afirmar que la participación del *extraneus* es posible tanto en los delitos especiales propios como impropios. Para esta autora se trataría de una “consecuencia obligada en un Código en el que está vigente el principio de accesoriedad de la participación” (p. 234).

Es de apreciar la coincidencia general de los autores en dar una explicación a los delitos especiales al margen del formalismo legal a que han estado apegados según la dogmática tradicional. La literalidad cualificadora de los elementos normativos del tipo no son determinantes para la configuración de un delito especial mientras no se refieran a deberes de naturaleza extrapenal trascendentes a la simple letra de los tipos penales.

b) Una línea de fundamentación del deber especial sobre una base institucional es emprendida por la categoría de los delitos de infracción de deber. Si bien existe una coincidencia general en los autores de este libro de no aceptarla –así PEÑARANDA RAMOS (p. 5 ss.), ROBLES PLANAS/RIGGI (p. 62 ss.); RIGGI (p. 378), GÓMEZ MARTÍN (p. 389) y RUEDA MARTÍN (p. 407 ss.)–, SÁNCHEZ-VERA se ocupa de refutar todas las críticas en su réplica (pp. 431-471). Entre los cuestionamientos dirigidos contra la categoría del delito de infracción destaca que la misma no se armonizaría con el principio de legalidad, asimismo que las instituciones positivas no son seguras, por lo que la categoría sería peligrosa, entre otros más. Naturalmente unas objeciones de este género resultan de confrontar el pensamiento propio con el ajeno; lo bueno es que trae como consecuencia el enriquecimiento de la discusión científica y el ascenso a un grado superior de la ciencia penal.

Lo central a destacar de lo aportado por SÁNCHEZ-VERA radica en que la teoría del delito de infracción de deber no admite la diferencia entre delitos especiales propios y especiales impropios. Por una razón obvia: el único delito existente es la infracción de un deber. Para graficarlo en el ejemplo del funcionario público: no es la calidad típica del sujeto activo, ni el dominio fáctico de la situación típica, sino el deber institucional infringido lo que convierte al funcionario en autor del delito. El funcionario público es portador de un deber institucional con independencia de la calidad típica plasmada en el Código penal. En esto tiene mucha razón SÁNCHEZ-VERA, en el sentido que nada impide que el funcionario público responda como autor de un delito de infracción de deber al realizar un delito común, p. ej., cuando el policía quebrantando su deber institucional lesiona a un detenido en vez de vigilarlo. El delito cometido por el policía en este caso es de lesiones, pero perpetrado como delito de

infracción de deber. El desvío del normal ejercicio de la función pública fundamenta la imputación a título de autoría del delito de infracción de deber.

Asimismo, en los casos de intervención de *intraneus* y *extraneus* la competencia institucional fundamenta la autoría del *intraneus* y el *extraneus* siempre responderá como partícipe. También de un ciudadano cualquiera se espera que no cometa prevaricato, de allí que la expectativa de conducta abarca tanto al juez como al ciudadano porque entre ellos “no existe una diferencia de casta” (JAKOBS), sólo que el ciudadano cualquiera está en posibilidades de cometer prevaricato únicamente cuando adapta o adhiere su intervención a la conducta de un juez. Aquí es donde SÁNCHEZ-VERA concreta la consecuencia dogmática de entender que toda institución positiva encierra a la institución negativa (p. 305), precisamente en el lado material u organizacional del delito especial es donde opera la comunicación entre el funcionario y el *extraneus* haciendo posible que éste pueda responder por el mismo delito del funcionario público. Haciendo un paralelismo, creo entender que a esto se refiere SILVA SÁNCHEZ cuando precisa que “las instituciones generan deberes para sujetos *outsiders*, consistentes en que éstos no perturben la gestión de la institución por los *insiders*. En efecto, las instituciones no sólo tienen una función *ad intra* sino también otra *ad extra*” (*InDret Penal* 4/2014, p. 3). La sociedad en que se desenvuelve el *extraneus* no es diferente a la sociedad donde interactúa el funcionario público, se trata de la misma sociedad que en el proceso de institucionalización ha diferenciado entre instituciones negativas y positivas, que el penalista luego debe concretar en una teoría de la imputación.

Hasta aquí no cabe hacer reparo alguno a la tesis de SÁNCHEZ-VERA. Sin embargo, un ámbito que considero que él descuida es lo referido a cuándo la infracción de los deberes positivos por parte del obligado especial adquiere un sentido de relevancia penal. El referente de obligatoriedad –¿a qué debo sujetar mi libertad de tal manera que importe penalmente?– no puede estar fijado únicamente en la institución positiva sin referencia alguna a una concepción material del tipo penal que corporiza la realidad social de la institución dentro de su configuración. No es suficiente la lesión de la institución positiva para la concreción de un delito de infracción de deber, pues es necesario comprobar todavía la lesión de la “realidad social” subyacente a la institución, que no es otra cosa que la realización típica en un sentido material. La relevancia penal se gesta así cuando la conducta inquiere en la semántica del tipo penal. En contra de lo afirmado, SÁNCHEZ-VERA considera que ya existe un delito de infracción de deber completo, por tanto punible, cuando, por ejemplo, la madre facilita un arma a un asesino para que mate a su hijo (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 192 ss.). Con independencia que el asesino llegue al estadio de la consumación, e incluso aún no haya dado inicio a la tentativa –ergo, puede que se encuentre todavía en la fase del acto preparatorio– el delito de infracción de deber “se ha producido en toda su plenitud”. Esta conclusión obviamente no es de recibo.

En el deber jurídico se sintetizan expectativas normativas generadas en los contactos sociales que el Derecho penal recoge como objeto de protección. En este punto da lo mismo si se trata de un deber negativo o de un deber positivo porque ambos tienen en común la función de

constituir normativamente a la sociedad. En esto radica el sentido de la afirmación de JAKOBS, que “todo orden personal empieza con deberes” (*Doxa*, (23), 2000, p. 342). Estos deberes presentan en su configuración dos aspectos, uno formal, y otro material. Atender sólo el primer aspecto, haciendo depender sólo de él la vigencia, por tanto, la lesión del deber especial, conduce a sobredimensionar dicho ámbito, desembocando en las conclusiones a las que arriba SÁNCHEZ-VERA. El delito de infracción de deber –por tanto, la institución positiva– necesita de una objetivización de la lesión acorde a la semántica del tipo a la que se llega cuando se activa el significado socio-normativo de la acción con el comienzo de realización típica, es decir, con la tentativa. Claro que en el lado de los deberes negativos es mucho más perceptible incluso por los sentidos cuando el filo del cuchillo hace brotar una gota de sangre. Pero, en el caso de la administración pública, ésta no tiene sangre, pero sí tiene un contenido material de todas maneras logrado en el proceso de institucionalización. Y ese contenido está plasmado en los elementos que dan sentido material a un tipo penal, por ejemplo, en el caso de la malversación, cuando la acción típica recae sobre los elementos normativos “caudales”, “efectos”, “bienes públicos”. Es imposible por ello afirmar ya una realización típica de malversación en el momento en que el tesorero de una municipalidad entrega la clave de la caja fuerte para que sus compinches, con quienes lo ha planificado todo, se apropien luego de los caudales públicos a pesar que éstos todavía no han dado inicio a la tentativa, bien porque la guardia de seguridad no les permitió el ingreso al recinto municipal por estar indocumentados, bien porque en el trayecto sufrieron un accidente que los mandó de inmediato al hospital, o bien porque simplemente renunciaron a seguir adelante con el plan delictivo. Los *extranei* en este caso sólo adhieren su conducta a la del funcionario *intraneus*, a pesar de ser ellos quienes dan comienzo a la ejecución material de la acción típica. Precisamente, en razón que configuran un “todo” con el funcionario, la parte que ejecutan los particulares es lo que activa el todo delictivo. La planificación del delito por el *intraneus* y el *extraneus* se contempla como una unidad normativa (en ese nivel todavía no punible), pero el punto de inicio de la tentativa se activa en lo que cualquiera de ellos objetiviza primero en el tiempo la unidad de lesión plasmada de acuerdo a la aproximación a la semántica de la realización típica. El sentido jurídico penal de la lesión del deber institucional no se inicia cuando el funcionario agota todo lo que esté a su alcance con miras a la realización del delito –p.ej., cuando entrega al *extraneus* la clave de la caja fuerte de la tesorería pública–. Puede darse el caso que el funcionario agotó por su parte todo lo que le tocaba hacer dentro del plan conjunto de apropiación de la caja estatal. Sin embargo, mientras no se dé un comienzo de realización típica la lesión *no* se ha producido en toda su plenitud penal. Lo realizado por el funcionario implica sólo una lesión de la institución positiva en sentido administrativo, disciplinario, de un delito de función dependiendo del sector público que se trate, pero no de una lesión de la institución positiva en sentido jurídico-penal.

Estamos así ante una concepción material y no formal de la lesión del deber que obtiene un *sentido* jurídico-penal cuando se traduce en una realización típica que se desenvuelve en el estadio mínimo de una tentativa, salvo que el tipo corporice un adelanto de las barreras de protección porque así lo haya previsto el legislador, p. ej., mediante el castigo autónomo de

un acto preparatorio. Lo cierto es que la lesión penalmente relevante de un deber positivo depende de su anclaje típico a través de su grado de objetivación en función de semántica del tipo penal. Sólo de esta manera la lesión podrá ser graduada en tentativa o consumación.

Sin duda hay otros aspectos del amplísimo y fascinante tema de los delitos especiales por abordar, que no me es posible siquiera mencionar en este lugar. Sólo al margen de la exposición considero que la atenuación facultativa para el *extraneus* prevista en el art. 65.3 CP es correcta en razón que si el autor tiene un plus de deber frente al *extraneus*, éste no tiene la misma responsabilidad que el *intraneus* porque su aporte no lesiona directamente la institución positiva. Él lesiona un deber menos centralizado, que bordea el tipo penal, que es el deber negativo. Por ello su responsabilidad debe ser atenuada frente a quien lesiona el deber centralizado del tipo.

Hay que dar las gracias muy sinceramente a Enrique PEÑARANDA RAMOS, Ricardo ROBLES PLANAS/Eduardo Javier RIGGI, Víctor GÓMEZ MARTÍN, María Ángeles RUEDA MARTÍN y Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES por regalarnos esta obra donde sin aspavientos ponen a prueba de fuego sus posiciones personales con una interesantísima discusión científica. Ricardo ROBLES PLANAS merece un reconocimiento especial por la iniciativa de haber reunido en un solo libro las contribuciones de todas estas firmas que, por su alta calidad dogmática, constituye una obra clave para entender de una mejor manera la discusión actual de la responsabilidad en los delitos especiales.

Recensión a Thomas Rotsch (ed.), *Criminal Compliance. Handbuch, Nomos, Baden-Baden, 2014 (1504 páginas)*

Juan Pablo Montiel
Universidad de San Andrés

La paulatina asimilación del fenómeno del *Criminal Compliance* en el mundo jurídico de los Estados Unidos de América y de los países de la Unión Europea hace difícil calificar de exagerado a quien afirme que asistimos a un «quiebre» en el modo de estudiar y trabajar el Derecho penal. A diferencia de otros fenómenos, como el Derecho penal económico y el Derecho penal internacional –aparecidos con similares pretensiones de generar un quiebre metodológico–, el *Criminal Compliance* ha tenido el mérito de acercar la teoría y la praxis, junto al fomento de un verdadero diálogo con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas. En cuanto a lo primero, la particularidad de la problemática autorregulatoria ha ofrecido a los académicos significativos incentivos (y no sólo económicos) para inmiscuirse en la praxis empresarial, ya sea para teorizar sobre una nueva fenomenología o directamente para poner al servicio de los jueces y abogados herramientas teóricas útiles (y sofisticadas) para resolver sus problemas cotidianos. Así, los mojones entre científicos y prácticos acaban por diluirse en ciertos aspectos. Por su parte, en cuanto a la interdisciplinariedad, la complejidad de los problemas que aparecen ligados a las manifestaciones de la autorregulación han agudizado la necesidad (ya apreciada con la ebullición del Derecho penal económico) de ligar el Derecho penal con consideraciones de otras ramas, como el Derecho societario, el Derecho de protección de datos, el Derecho procesal, el Derecho administrativo, etc. Este impulso se expande aún más allá de las disciplinas estrictamente jurídicas: las ciencias de la administración de empresas y los negocios y la criminología ofrecen puntos de vista insoslayables para un tratamiento (teórico y práctico) idóneo de la problemática del *Criminal Compliance*. Estas notas de «estrecho vínculo academia-praxis» y de «interdisciplinariedad» se ven complementadas además con la internacionalización del fenómeno: buena parte de los agentes a los que les concierne el *Compliance* se ven forzados a atender no sólo regulaciones locales, sino también, en ciertos casos, internacionales (v. gr. la *Foreign Corrupt Practices Act* [FCPA] de los EEUU o la *Bribery Act* del Reino Unido).

La riqueza y complejidad de toda esta problemática aparece muy bien retratada en la monumental obra editada por Thomas ROTSCH, *Criminal Compliance*. Allí, el Director del *Center for Criminal Compliance* de la Universidad de Gießen (Alemania) reunió a un grupo de destacados académicos y abogados para que analicen analizaran los aspectos más sobresalientes del *Criminal Compliance*. Aunque quizá, haciendo honor a las dimensiones del trabajo y a la exhaustividad temática, debería decirse que este manual agota todos los aspectos relevantes de esta disciplina.

Yendo directamente a su contenido, la mejor manera de presentar este manual es advirtiendo la existencia de una estructura compuesta de cuatro secciones. En la primera –que coincide con las partes 1 y 2 del libro (pp. 31-309)– aparecen condensados los fundamentos y las cuestiones materiales fundamentales del *Criminal Compliance*, tales como su desarrollo teórico, su vínculo con la organización empresarial, la delegación de responsabilidad en las estructuras empresariales, los deberes de vigilancia, la responsabilidad penal del *Compliance Officer* y (como no podía ser de otra manera) de las personas jurídicas. La segunda sección – parte 3 del libro (pp. 310-1026)– aborda concretos problemas vinculados al *Criminal Compliance* que se suscitan en las diferentes ramas del Derecho. En la tercera sección – cuarta parte del libro (pp. 1027-1152)– se halla un análisis pormenorizado de aquellos aspectos relevantes de la regulación de norteamericana, europea y del Reino Unido. Como cuarta sección – coincidente con la quinta parte del manual (pp. 1153-1423)– conviene identificar aquella en la que se concentran todas las cuestiones procesales, entre las cuales, el *Whistleblowing* y las investigaciones internas ocupan un lugar central. Una especial mención merece el tratamiento que recibe este último tema desde la teoría y la praxis del Derecho penal y desde la criminología (pp. 1234 y ss.). De este modo, podría decirse, sin ánimo de exagerar, que se trata de una obra que constituye un referente obligado para académicos y abogados, dado que ofrece un panorama completo de los debates teóricos y de la casuística, pero sobre todo aporta a los abogados herramientas claras para resolver problemas de su quehacer cotidiano. Por tanto, la primera nota saliente de este trabajo es su *exhaustividad*.

Una segunda nota destacada la aporta el hecho de tratarse de un manual dirigido «en bloque» a académicos y abogados. No podemos hablar de un libro que tenga algunos capítulos pensados para unos y otros capítulos ideados para otros. Y ello se logra con una armonía admirable, ya que en los diferentes capítulos aparecen muy bien llevados al plano teórico innumerables problemas de la praxis, para luego devolver su análisis un producto ensamblado con ambas perspectivas. En mi opinión, ello no sólo es mérito de la cuidadosa selección de los temas, sino también de los autores elegidos. Junto a una nómina de académicos de reconocido prestigio en el Derecho penal en general (Eric HILGENDORF, Gerhard DANNECKER, Matthias JAHN, Carsten MOMSEN, entre otros), como en el *Criminal Compliance* en particular (Dennis BOCK), se incorpora una nómina de abogados con una reconocida trayectoria profesional y una fuerte vocación académica (Klaus MOOSMAYER, Oliver SAHAN, Thomas KNIERIM).

La *interdisciplinariedad* del proyecto se aprecia con máxima nitidez en la segunda sección, enfocada justamente a las concreciones del *Criminal Compliance* en las diversas ramas del Derecho. En mi opinión, ésta resulta ser la sección más meritoria y de mayor impacto práctico y teórico, toda vez que se hace foco en las concretas manifestaciones del fenómeno no sólo en los ámbitos más conocidos –como la lucha contra la corrupción pública y privada, el lavado de activos, el Derecho de la competencia o medioambiental–, sino también en otros menos frecuentados, como el Derecho aduanero, las entidades prestadoras de servicios de salud, la industria farmacéutica y de la construcción, el Derecho penal

laboral, de internet y de la protección de datos, el Derecho concursal y bancario, entre muchos otros ámbitos.

Como se mencionó previamente, también el libro da cuenta de la importancia de contemplar exigencias regulatorias en materia de *Compliance*, procedentes de cuerpos normativos extranjeros o comunitarios. En los tiempos globalizados que vivimos, su conocimiento parece ser ineludible para los integrantes de las áreas de legales y *Compliance* de las empresas. El apartado reservado al marco regulatorio de los EEUU contiene un detallado estudio de la *Sentencing Guidelines* y de los principios de persecución penal del Ministerio de Justicia de los EEUU (pp. 1031 y ss.), aunque brilla por su ausencia un mayor análisis de las implicancias de la FCPA en este terreno. A este capítulo le sigue uno concentrado en las regulaciones europeas, mereciendo ser especialmente destacadas las concretas exigencias presentes en materia de Derecho cambiario y de la competencia, terrorismo, tráfico de personas, pornografía infantil, criminalidad informática, etc. (pp. 1071 y ss.). La sección concluye con un exhaustivo estudio de la *Bribery Act* británica de 2010.

Sobre la base de lo anterior es esperable que este manual de *Criminal Compliance* se convierta en poco tiempo en una de las obras más consultadas de los próximos años por académicos y *practitioners*, por defensores y por detractores. En definitiva, el Prof. ROTSCH ha aportado un material que debe estar presente en toda biblioteca de juristas o abogados familiarizados con este «nuevo mundo», aunque también invita a los «forasteros» a explorar el *Criminal Compliance* con un material enormemente seductor.

Réplicas

Réplica a la recensión de Tatiana Vargas Pinto a Juan Pablo Cox Leixelard, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2012 (306 páginas), InDret 4/2014, ExLibris, pp. 1 a 4

Juan Pablo Cox Leixelard
Universidad Adolfo Ibáñez

En el último número de 2014 de la muy encomiable sección de recensiones de la revista *InDret*, la profesora Tatiana VARGAS realiza un espléndido comentario de mi libro *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*. El estilo directo y alejado de artilugios retóricos que caracteriza su pluma, centrada en los ejes y no en los márgenes del texto, me brinda una oportunidad inmejorable para intentar precisar algunos aspectos del libro que tal vez no he explicitado adecuadamente. Por tanto, y en la medida en que este es un escenario de intercambio dirigido al entendimiento, me enfocaré en los aspectos en que aparentemente estamos en desacuerdo, dejando de lado el amplio fondo que parece compartido.

1. Las críticas nucleares que despliega la profesora VARGAS pueden reconducirse, según veo, a dos: por una parte, a la confusión –que cruzaría largos pasajes del texto– entre objeto valorado y juicio de valoración. La objeción la presenta desde el comienzo de su recensión (p. 1) y luego muestra lo que a su entender son concreciones de ella. Por otra parte, con algo de la letalidad oblicua de Apolo, casi al pasar desliza un comentario destinado a diluir la distinción crucial que en el libro se intenta con la tesis de la profesora PASTOR MUÑOZ en el plano del sentido típico de la posesión de objetos (p. 4). Considero que ambas críticas son erróneas.

2. Comienzo por lo primero. Tatiana VARGAS apunta a que la distinción que sostengo –inserto por lo demás en una rica tradición a la cual me incorporo– entre el carácter de conducta de la posesión y su específico sentido se ve desdibujada porque en el libro recensionado considero que la determinación del carácter de acción o conducta integraría valoraciones jurídico-penales y, de este modo, se haría imposible distinguir el objeto valorado de la valoración. En efecto, dado que el carácter de conducta constituiría el objeto de valoración, construirlo a partir de premisas normativas representaría, en puridad, una confusión: esas premisas o valoraciones serían propias, más bien, de los juicios de valoración relativos al objeto.

En un nivel análogo de confusión me encontraría al definir a la posesión como expresiva de un control sobre la cosa de que se trate, pues terminaría identificándose con la noción de custodia, eminentemente valorativa y portadora de un carácter normativo que “el autor [*scil.*: yo] no puede dejar de reconocer” (p. 3).

En fin, la idea de que el objeto valorado representa un sustrato no puramente descriptivo sino que uno dotado de significado, le recuerda a la profesora VARGAS la división kantiana entre cosa o realidad en sí y fenómeno o realidad conocida.

Por mi parte, no concibo a la dogmática como un ejercicio de arqueología exclusivamente dirigido a desentrañar, a partir de reducciones fenomenológicas, a la cosa misma. Pero si Husserl no está en mi horizonte, tampoco intento seguir aquí la estela de KANT, y evito arrojarme a la búsqueda de la *Dinge an sich*. Aunque Tatiana VARGAS me lo atribuya, está también alejada de mis pretensiones la búsqueda de una respuesta a “la pregunta por el ser” (p. 4, en relación, evidentemente, con el *ser* de la posesión). Tengo para mí que el talante de esa fórmula lingüística quedó teñida para siempre de las reminiscencias ontológicas que la impronta analítica de HEIDEGGER le impuso al aventurarse al rescate de la interpretación del sentido del ser a través de la primaria interrogación del *Dasein* (HEIDEGGER, *Ser y tiempo*, 1998, pp. 25 y ss., 39 y ss.; también escapa a mi itinerario la monumental versión desarrollada en HEGEL, *Ciencia de la lógica*, 2011, pp. 225 y ss.). Y el análisis de la conducta de posesión que emprendo en el libro por cierto carece de una tal dimensión. Mi pretensión es muchísimo más modesta, y por tanto más acorde con mis posibilidades: en este punto simplemente trato de identificar las cualidades que un determinado *hecho* (en términos deliberadamente amplios: SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 81 y ss., 387 y ss., 510 y ss.) debe ostentar para fungir como conducta jurídico-penalmente significativa, por una parte, y luego precisar su específico sentido típico, a partir de su concreta relación con las normas penales, por la otra.

No pierdo de vista que lo característico de una conducta obedece a su peculiar capacidad interpretativa (por todos: KINDHÄUSER, «Acerca del concepto jurídico penal de acción», *CDP*, 2012, pp. 14 y ss.). Y justamente esta interpretabilidad determina que el momento descriptivo sea desplazado por –o incluya– uno adscriptivo, en términos tales que la capacidad de sentido del hecho no puede concebirse con independencia del sistema encargado de dotarlo de sentido. Si se quiere: el objeto de valoración *es* producto de una valoración. A mi respecto, entonces, la intención de generar una separación radical entre el objeto y el juicio, de manera que cada uno se mantenga impoluto respecto del otro, es un oxímoron. Con esto no tomo posición respecto de la intrincada cuestión que pretenden resolver las teorías del conocimiento de la realidad, sino que me limito a remarcar la conveniencia de seguir un modelo conceptual según el cual la posibilidad de *asignación* de sentido al hecho es la que lo determina como conducta (así, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 125), favoreciendo con ello su comprensión como un compuesto atributivo. Todo esto, por supuesto, no implica negar la posibilidad de valoraciones relativas a la conducta; sólo debe aceptarse que los juicios de valor que se prediquen respecto del objeto valorado deben considerarlo como ya integrado por componentes valorativos. Se trata, en definitiva, de un régimen escalonado de valoración y no de una confusión.

Sorprende que en este punto se me impute una contradicción por “criticar la tesis del *control requirement* de HUSAK por ser una tesis valorativa”, siendo que justamente considero “ese control [*scil.*: el control mínimo para afirmar que poseer es una acción] para definir el acto o conducta” (p. 2). La sorpresa surge, al menos parcialmente, porque no critico la tesis de HUSAK por ser valorativa. Como se sabe, HUSAK intenta reemplazar el *act requirement* por un *control requirement* en el marco de su ambicioso plan de explicar el derecho penal a partir de los principios que lo inspiran (HUSAK, «Does criminal liability require an act?», en DUFF (ed.), *Philosophy and the criminal law*, 1998, pp. 60 y ss.). Entiendo que se trata de una propuesta lúcida que arroja mucha luz sobre la cuestión y permite, de paso, establecer interesantes comunicaciones con las teorías clásicas de la imputación. Más allá de aspectos que escapan al punto aquí ventilado –como la manera en que diluye la distinción entre el *act requirement* y el *actus reus* (HUSAK, *Philosophy of the criminal law*, 1987, pp. 9 y ss.)–, me aparto de su planteamiento porque su perspectiva lo lleva a obviar la pregunta por el desempeño conductual del agente, que es precisamente lo que a mí me interesa en este ámbito. Si bien desconfío de las posturas propias de un normativismo férreo, que transforman la función dogmática en un mero ejercicio de voluntarismo al modo de la versión *à la* Carroll del *Humpty-Dumpty*, no es este un vicio que le achaque a HUSAK.

Por último, aclaro un punto que la profesora VARGAS esboza: entender que poseer una cosa implica desplegar un cierto control sobre ella es algo que se resuelve en el plano del análisis del sentido de las expresiones empleadas por el legislador al establecer la descripción del supuesto de hecho. Ese control-del-objeto es conceptualmente escindible del control-sobre-uno-mismo como elemento constitutivo de la noción de agencia que permitirá concebir a una persona como *causa libera* de un... hecho.

3. Sigo con lo segundo. Tatiana VARGAS duda del éxito de mi intento por separarme de la influyente tesis de Nuria PASTOR, quien ve en los delitos de posesión estructuras de omisión pura o de comisión por omisión (PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 39 y ss.). Sin considerar la contradicción que supone aplicar dos estructuras tan disímiles para dar cuenta de un mismo hecho, sostengo la tesis según la cual la estructura idónea para reconstruir típicamente la posesión es la de la comisión activa, sobre la base de su comprensión como actividad (COX LEIXELARD, *Los delitos de posesión*, 2012, pp. 137 y ss., 174 y ss.; v. WRIGHT, *Norma y acción*, 1970, pp. 45 y ss., 58; contra la identificación de la posesión de objetos con una actividad se ha planteado reciente y brillantemente, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 28 y ss.). ¿Cómo puede, entonces, dudarse de la lejanía entre ambas posiciones? Intuyo que la profesora Vargas toma un específico *output* común a nuestros planteamientos –cuando una persona posee un objeto de tenencia prohibida debe dejar de poseerlo– y a partir de allí difumina, algo apresuradamente, la considerable distancia que media entre ambas propuestas.

En efecto, para la profesora PASTOR el concepto jurídico-penal de posesión surge, algo paradójicamente, luego que el agente ya está en posesión del objeto de que se trate. Por eso es que define poseer como la no supresión de la posesión, de manera tal que recién en ese

momento pesa sobre el autor el deber de acabar con la posesión. En sus palabras, “convertirse en poseedor da lugar al nacimiento de una posición de garante que se cumple cuando se pone fin a esa posesión” (PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, 2005, pp. 39, 43). Este planteamiento me parece, por varias razones, muy insatisfactorio. Aquí simplemente me interesa precisar un punto que estimo crucial: dependiendo de la posición situacional del agente, la prohibición de poseer implicará abstenerse de iniciar una posesión (omitir cualquier acción que lo lleve a adquirir la posesión) o poner fin a la posesión ya iniciada (ejecutar una acción por la cual termine la posesión), según el estado mundano al momento de la interpelación normativa. Es justamente esta dualidad la que MAÑALICH ha retratado bajo el sugerente rótulo de “normas silogísticamente opacas”, por oposición a las “normas silogísticamente transparentes”, que regulan *acciones* de cierto tipo, y no *actividades* o *estados* de cierto tipo, como hacen las primeras (MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 29). De esto se sigue que en ningún caso la prohibición de poseer surge recién cuando ya se está poseyendo, en términos tales que sólo existiría la prohibición para los poseedores. La prohibición, en cambio, se impone también a quienes no han iniciado una tal posesión.

El déficit de la tesis de Nuria PASTOR alcanza también, a mi juicio, a las situaciones en que aparentemente nuestras posiciones se solapan, esto es, a los casos en que el agente ya posee y debe poner fin a tal actividad. En efecto, si la adquisición de la posesión fue lícita y sólo posteriormente deviene la tenencia en ilegítima (*e.g.*: al momento de empezar no existía la prohibición, que comienza a regir luego de adquirida), la tesis de la profesora Pastor es insuficiente como modelo explicativo del fundamento jurídico-penal del deber de cesar la posesión, a menos que defienda que aún bajo un caso de adquisición lícita el adquirente se transforma en ese preciso momento en garante de terminar con la posesión. Esa sería, en efecto, la consecuencia de aceptar que el deber de despojarse de la cosa existe sólo para garantes y que éstos lo son desde que adquieren la posesión: dicha tesis –errónea– se construye sobre la premisa implícita –aquí impertinente– de que la adquisición ya representa una contrariedad a derecho (pues en su visión no se trata puramente del nacimiento de una posición de garante; antes bien, al empezar la posesión el autor se obligaría inmediatamente a revertir la situación).

4. Concluyo agradeciendo los elogios que la profesora Tatiana VARGAS dirige a mi libro y también sus críticas y la oportunidad subsecuente que me brinda de clarificar algunos puntos quizás oscuros del mismo.

Reseña

Doctrina penal del siglo XIX español (1822-1900)

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

I. El objeto de esta reseña es ofrecer una relación de las obras de la primera doctrina penal española. Se trata de facilitar su localización y utilidad, en la medida de lo posible, para la doctrina penal actual, dado que todavía puede recurrirse a aquellas «fuentes» para algo más que hacer alarde de erudición, pues como expresa CEREZO, «[l]a moderna ciencia del Derecho penal española se inicia en el siglo XIX»*. De algunas de ellas, es posible encontrar ya ejemplares digitalizados en la Red; de otras, hay reimpresiones y reediciones.

II. Esta relación parte de una fecha –tan convencional como significativa– como es la del primer código penal español, el de 1822, y se extiende hasta otra fecha convencional, la de 1900. Ulteriores desarrollos harían desmedida esta reseña, por lo que han de quedar para otra ocasión. Dejo así aparte obras anteriores a aquella fecha de 1822, a pesar de que son exponentes doctrinales en germen. Ciertamente ya antes aparecen algunas obras destacables, influidas por los pensadores de la Ilustración: BECCARIA, por supuesto, pero también LARDIZÁBAL (1739-1820): Manuel LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 1ª ed., Madrid, 1782; 2ª ed., 1828 (existen eds. a cargo de SERRANO BUTRAGUEÑO, Granada, 1997; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Vitoria, 2001; MORENO MENGUÍBAR, Cádiz, 2001). La influencia, sin embargo (CEREZO, pp. 91, 117), de Lardizábal en el primer código penal español (1822) fue menor, no así en el «Discurso sobre los delitos y las penas», de José Marcos GUTIÉRREZ (1733-1790), incluido «para mayor ilustración, la más fácil inteligencia y el mejor uso de las doctrinas contenidas en la parte tercera de su Práctica criminal de España», en el vol. III de su *Práctica criminal*, Madrid, 1804-1806 (2ª ed., 1818-1819; 3ª ed., 1824; 4ª ed., 1826; 5ª ed., 1828). Baste ahora también una somera mención a las tempranas contribuciones doctrinales de Ramón SALAS, Toribio NÚÑEZ o Marcial Antonio LÓPEZ, como divulgadores en España del utilitarismo de BENTHAM.

1. La restauración monárquica y la corta vigencia del código de 1822 generaron una situación de incertidumbre normativa que poco facilitó que surgiera y creciera la doctrina penal (véase Florencio GARCÍA GOYENA, *Código criminal español, comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, 2 vols., Madrid, 1843; Alejo GALILEA, *Exámen filosófico-legal de los delitos*, 2 vols., Madrid, 1846). Habrá que esperar todavía unos años hasta encontrarlas. En esta primera

* CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo y Buenos Aires, 2008, p. 83; por tanto, «carece de fundamento situar en Alfonso de Castro [...] el origen de la ciencia penal española del Derecho penal», *ibidem*, p. 81 (así, también SAINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1975, p. 111). Además de las ya citadas, otras obras de obligada consulta a estos efectos son SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, *passim*; ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 48-51; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 325-338.

parte del siglo (caracterizada por ANTÓN ONECA, p. 49, como de «penuria bibliográfica»), destacan dos autores: PACHECO y ROSSI. Es común referirse a PACHECO (1808-1865) como el primer autor de la doctrina penal en sentido estricto. En efecto, la publicación en 1843 de sus lecciones constituye un punto de referencia claramente identificable: Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, vol. I, Madrid, 1842; vol. II, 1843; 2ª ed., México, 1853; 3ª ed., Madrid, 1868; 4ª ed., 1877; 5ª ed., 1887. Ciertamente, por su contenido, sistemática y carácter docente, se trata de un claro exponente *doctrinal*. Es asumido que dichas lecciones se basaban a su vez en la obra de ROSSI (1787-1848), cuya influencia pudo venir de la obra penalista de este, como también a la proximidad política entre ambos (CEREZO, p. 91): Pellegrino ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, vols. I y II, Madrid, 1839; 3ª ed., 1883; trad., Cayetano Cortés (*Traité de droit pénal*, París, 1829; Bruselas, 1835; París, 1855).

2. La promulgación del código penal de 1848 (no así el de 1822, de corta vigencia) y su importante reforma de 1850 dieron lugar a la aparición de *comentarios*, considerados por CEREZO (p. 93) como el punto de arranque de la «moderna dogmática del Derecho penal español». El mismo año del código, PACHECO, cuya intervención en la elaboración del código había sido relativa (CEREZO, pp. 91, 120), ofrece los primeros comentarios: Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, vol. I-II, Madrid, 1848; vol. III, 1849; 2ª ed., 3 vols., 1856; 3ª ed., 1867; 4ª ed., 1870; 5ª ed., 1881 (existe edición, a cargo de TÉLLEZ AGUILERA, Madrid, 2000). Junto a él, habían formado parte de la Comisión General de Códigos (CEREZO, p. 120), VIZMANOS, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, ORTIZ DE ZÚÑIGA, y CASTRO Y OROZCO, autores a su vez de algunos comentarios. En efecto, el mismo año 1848 aparecen también los de Tomás María VIZMANOS/Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2 vols., Madrid, 1848; 2ª ed. (*Comentarios al Código penal*), Madrid, 1853; y los de José de CASTRO Y OROZCO/Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, 3 vols., Granada, 1848; seguido de José de CASTRO Y OROZCO/Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal reformado, con notas y observaciones sobre las reformas y sus motivos*, Madrid 1850. Y poco después el comentario de José VICENTE Y CARAVANTES, *Código penal reformado*, Madrid, 1851; y Manuel L. de AZCUTIA, *Derecho criminal. Sustanciación de los procesos, leyes, decretos y órdenes vigentes. Observaciones al código y exposición y explicación de casos prácticos dudosos*, Madrid, 1861; 2ª ed., 1862.

3. El código penal de 1870 brindó una vez más la oportunidad de que irrumpieran los *Comentarios* de legislación, donde destacan: Salvador VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, Barcelona, 1874; 2ª ed., 2 vols., Madrid, 1877 (y *Suplemento al código penal reformado de 1870*, Madrid, 1881...); 3ª ed., 1885; 4ª ed., 4 vols., 1890; 5ª ed., 1906; 6ª ed., 1915; Manuel L. de AZCUTIA, *La ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código penal de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876; Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. I, Burgos, 1870; vol. II, 1872; vol. III, 1874; vol. IV, Salamanca, 1891; vol. V, 1893; vol. VI, 1896; vol. VII, 1897; vol. VIII, 1899; 2ª ed., Madrid, 1902-1914.

4. La publicación de Comentarios no impidió la aparición relativamente temprana de obras con aspiraciones más doctrinales, aunque en ocasiones no pasaran de intentos poco sistemáticos y menos fundamentados. Así, en primer lugar, las (múltiples veces editadas) de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de Derecho penal de España, arreglados al nuevo código*, 1ª ed., 3 vols., Madrid, 1840-42; 2ª ed., 1843; 3ª ed., 1845-46; 4ª ed., 1851 (vol. III: Apéndice a los *Elementos de Derecho penal de España, arreglados al código penal*, Madrid, 1849); 5ª ed., 1855; 6ª ed., 1861; 7ª ed., 1865; 8ª ed., 1868-69; 9ª ed., 1870-71; 10ª ed., 1871-72; 11ª ed., 1874; 12ª ed., 1877; 13ª ed., 1881; 14ª ed., 1886; hay edición de México, 1852. En segundo lugar, la de Eustoquio LASO, *Elementos de Derecho penal de España. Formados con arreglo al programa de tercer año de Jurisprudencia*, Madrid, 1849 (Apéndice, 1850), quien fue catedrático en la Universidad de Madrid. Y, finalmente, una obra más bien histórico-descriptiva, pero que sirve de muestra de la doctrina del momento: Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen histórico del Derecho Penal*, Madrid, 1866.

5. Con todo, la primera obra doctrinal sistemática puede situarse en el tratado de Luis SILVELA (1865-1928), considerado como «el primer tratado importante de la Parte general», «hito importante en el desarrollo de la dogmática del Derecho penal en nuestro país» (CEREZO, pp. 95-96), con la «que ha formado su cultura penal una generación de juristas» (ANTÓN ONECA, p. 50): Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, primera parte, Madrid, 1874; segunda parte, Madrid, 1879; primera y segunda parte, 2ª ed., Madrid, 1903; ID. (con el pseudónimo de Elías VISLLÚ), *El código penal y el sentido común*, Madrid, 1886 (reimpr., Pamplona, 2003). En palabras de DORADO MONTERO («Balance penal de España en el siglo XIX», en *Criminología y penología*, Madrid, 1906, p. 137): «Pacheco continuó todavía siendo el autor “de consulta” de las gentes de ley y del foro; las personas de estudio, en cambio, se aficionaron á las traducciones españolas de los libros de Roeder, al *Tratado de derecho penal*, de D. Luis SILVELA [...] y á los artículos, folletos y lecciones orales de SALMERÓN, GINER, AZCÁRATE y demás krausistas españoles». Anterior en el tiempo, pero deudora de la ahora mencionada es otra obra sistemática: Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios de Derecho penal con aplicación al código español*, Madrid, 1871 (que sigue las explicaciones de cátedra de Luis SILVELA: cfr. *ibidem*, p 5).

6. Otros manuales: Luis VARELA LAMAS, *Nuevo manual de Derecho penal español*, Madrid, 1878; Ramón RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, Santiago, 1886; José María VALDÉS RUBIO, *Programa razonado de un curso de Derecho penal según los principios y la legislación*, Madrid, 1889; 2ª ed., 1892; 3ª ed. (*Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*), 1903 (reimpr., Pamplona, 2004); 4ª ed., corregida y aumentada, 1909-1910; 5ª ed., 1913; Alejandro BENITO Y CURTO, *Elementos de Derecho penal (Contestaciones a la parte de legislación española del programa oficial de dicha asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Central)*, Madrid, 1894; 2ª ed. notablemente corregida y aumentada 1897; 3ª ed., 1901; Francisco LEAL DE IBARRA, *Estudios de Derecho penal*, Granada, 1896 (obra que, como manual, resulta pobre); 2ª ed. corregida y aumentada, 1903. Y, aunque no se trata de un manual, sino de un comentario sistemático de legislación, téngase en cuenta: Ramón CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, *La reforma del código penal español*, Ávila, 1896.

7. Sin duda, la fuerza doctrinal del Correccionalismo y las adhesiones que suscitó en España trajeron consigo cierto número de publicaciones nada desdeñables, así como una incipiente orientación doctrinal, menos pegada al texto de la ley. Así, destaca la amplia obra de CONCEPCIÓN ARENAL (1820-1892), publicada en veintidós tomos (Madrid, 1895), y que abarca, entre otros, temas penales y penitenciarios (tomos V-VI; y III, X, XII-XIII, respectivamente). Debe mencionarse también a otro autor, cuya obra se inicia en las postrimerías del siglo y se ampliará en el siguiente: Pedro DORADO MONTERO (1861-1919). En concreto, cabe incluir aquí, del periodo que abarca esta reseña: Pedro DORADO MONTERO, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1889; ID., *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, 1894; ID., *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895; ID., *El reformatorio de Elmira*, Madrid, 1898. Otro autor, ARAMBURU (1848-1913), aunque menos prolífico, es digno de mención aquí: Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*, Madrid y Sevilla, 1887 (que agrupa el texto de cinco conferencias impartidas un año antes en Oviedo, en las que rivaliza con el positivismo criminológico), así como sus adiciones de Derecho penal a la traducción española de los *Elementos de Derecho penal* de Enrico PESSINA (Madrid, 1892; 2ª ed., 1913). Otros autores, como Francisco GINER DE LOS RÍOS (1839-1915), llevaron a cabo algunas incursiones en temas de Derecho penal, en el marco de sus obras más generales: así, Francisco GINER DE LOS RÍOS/Alfredo CALDERÓN, *Principios de Derecho Natural*, 1873; ID., *Resumen de Filosofía del Derecho*, 1898. En el ámbito criminológico y en el penitenciario, destacan Mariano CUBÍ Y SOLER (1801-1875), Felipe MONLAU (1808-1871), Rafael SALILLAS PANZANO (1854-1923) y Constancio BERNALDO DE QUIRÓS (1873-1959): aunque sus publicaciones pudieron haber tenido menor relevancia, son muestra de una incipiente doctrina criminológica y penitenciarista española.

8. Esta reseña de bibliografía exige referirse también a las traducciones. Así, en primer lugar, a la muy temprana, y ya citada, del tratado de Pellegrino ROSSI (*Tratado de Derecho penal*, tomos I y II, Madrid, 1839, original francés: *Traité de Droit pénal*, Bruselas, 1835; 1840; 1851), a cargo de CAYETANO CORTÉS. En segundo lugar, otras traducciones de tratados: la de los *Elementos* de PESSINA (1828-1916), a cargo de Hilarión GONZÁLEZ DEL CASTILLO, con prólogo y adiciones de Derecho español a cargo de Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA: *Elementos de Derecho penal de E. Pessina*, Madrid, 1892; 2ª ed., Madrid, 1913; 3ª ed., Madrid, 1919; y la del tratado de Joseph Louis Elzear ORTOLAN, *Tratado de Derecho penal. Penalidad, jurisdicción, procedimiento, según la ciencia racional, la legislación positiva y la jurisprudencia*, Madrid, 1895, a cargo de Melquíades PÉREZ RIVAS. En tercer lugar, las traducciones de trabajos monográficos: Francisco GINER DE LOS RÍOS se ocupó de la traducción de la obra de Karl David August RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, 2ª ed., 1871; 3ª ed., 1876; y Vicente ROMERO GIRÓN, a su vez, realizó la traducción de otra obra de RÖDER, *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875; así como de la de Francesco CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, Madrid, 1877; 2ª ed., 1926. Finalmente, hay que mencionar la labor como traductor de DORADO MONTERO: MOMMSEN, *Derecho penal romano*, 2 vols., Madrid, 1898 (?), 1905 (hay

reediciones: Bogotá, 1976; Pamplona, 1999); GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, Madrid, 1900 (¿?) (reimpr., Pamplona, 2002), entre otras obras.

9. Junto a las obras antes reseñadas, no puede olvidarse el impulso dado por las revistas jurídicas, en las cuales se incluía una sección o apartado de doctrina penal. En particular, cabe mencionar la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, fundada en 1853. Pero también otras, de vida efímera, pero que en su momento sirvieron para catalizar de alguna manera cierta producción en Derecho penal: entre otras, *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1836; *Crónica Jurídica*, 1839; *Derecho Moderno*, 1847; y *Faro Nacional*, 1851. Y al final del siglo, la *Revista Jurídica de Cataluña*, en 1895; y en 1898, los *Anales del Laboratorio de Criminología*, fundado este por Francisco GINER DE LOS RÍOS en su cátedra de la Universidad de Madrid.

10. En este panorama cabe hacer mención a algunas obras, más que por su calidad doctrinal, por su perfil «procedimentalista» o de prontuario, o por lo curioso de su enfoque (como *Anales dramáticos del crimen ó causas célebres españolas y extranjeras, extractadas de los originales y traducidas*, bajo la dirección de José VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, 1858). Asimismo, no faltan discursos y lecciones inaugurales, cuyo contenido parece haberse sacrificado en aras del estilo retórico propio de la época.

III. Estas obras, y algunas más que se me hayan pasado por alto, conforman un entramado de la doctrina penal española que está todavía en los albores. Al resumir la producción penal española a lo largo de este periodo, cabría destacar: por un lado, la aportación de Joaquín Francisco PACHECO en los *Estudios* de 1842, por su carácter pionero; después, el *Tratado* de Luis SILVELA de 1874; y, finalmente, por lo ambicioso de la empresa, los *Comentarios* de Alejandro GROIZARD al código del 70. Con todo, se cierra un siglo que, en comparación con la producción científica alemana en ese periodo muestra distancias notables, tanto en volumen como en calidad. Basta con tener en cuenta algunos de los tratados que durante el s. XIX vieron la luz en torno a las Universidades y Tribunales de los estados alemanes. Cuando en 1906 describe DORADO MONTERO la situación doctrinal del siglo que acababa de concluir expresaba (en *Criminología y penología*, p. 140) que no era posible todavía hablar de una escuela penal española, pero que «se trabaja en la afirmación de sus cimientos, y cimentado el edificio, ya puede adelantarse rápidamente en su construcción. De esperar es que, si el primer impulso continúa, se haga en el siglo que empieza algún mayor aprecio de la ciencia penal española, del que se ha hecho de ella (sin injusticia, claro) durante el siglo que ahora acaba». Aunque de la producción española en este periodo cabría afirmar que es *non multa nec multum*, se asentaron las bases para una doctrina mucho más prolífica y profunda como la que surge desde comienzos del s. XX. Pero eso es ya otra historia.