

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### **Recensiones**

Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, (Vol. IV), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015, por Sebastián A. Green Martínez.

Daniel Varona Gómez, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2016, por Mario Pereira Garmendia.

James Waller, *Confronting Evil. Engaging Our Responsibility to Prevent Genocide*, Oxford University Press, Nueva York, 2016, por Mario Pereira Garmendia.

Rolando Márquez Cisneros, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016, por Roberto Cruz Palmera.

## Recensiones

**Recensión a Bergsmo, M./ Cheah, W./Song, T./ Yi, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law* (vol. IV), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015 (996 págs.)**

**Paula C. Scianca Luxen y Dalila B. Seoane**

Universidad de Buenos Aires

El presente volumen se enmarca en la obra *Historical Origins of International Criminal Law*, editado por Morten BERGSMO, CHEAH Wui Ling y YI Ping. Dentro de la amplia gama de aspectos abarcados por el proyecto, el cuarto volumen se enfoca en la perenne influencia de los tribunales militares de Núremberg (TMI), Lejano Oriente o Tokio (TMILO), de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), así como también en los principios del Estatuto de Roma (ER) y las implicancias prácticas de la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). Asimismo, analiza desde variadas aristas la interrelación entre el derecho internacional penal (DIPenal) y las legislaciones domésticas, y la contribución de las jurisdicciones nacionales y de los actores no estatales al desarrollo de este ordenamiento, ayudando a una mejor comprensión del pasado y a superar los desafíos que se presentan en la actualidad.

La obra se destaca por el exhaustivo análisis de los tribunales penales internacionales y sus respectivos aportes en la evolución del DIPenal. Claro ejemplo de ello resulta el trabajo de RE (*Evolutionary, Revolutionary, or Something More Sinister? How the Nuremberg and Tokyo Procedures and Rules Continue to Influence International Criminal Law*, pp. 13-124) quien examina la influencia del TMI y el TMILO en los procedimientos internacionales contemporáneos. Frente al interrogante que plantea en su título, el autor sostiene –desde su vasta experiencia ante diversas jurisdicciones internacionales– que, en contraste con la lenta evolución que en general poseen los sistemas procesales nacionales, las características procedimentales que definen al TMI y al TMILO fueron instantáneas y revolucionarias coetáneamente con su creación. A pesar de las críticas que pueden alzarse en relación con los derechos de los imputados –aspecto que RE caracteriza, en parte, como siniestro–, el autor resalta los esfuerzos para sortear tales defectos y cómo una parte importante de las características del TMI y TMILO ha sobrevivido en la actualidad. ¿Las razones de este fenómeno? La transparencia que caracteriza a los procesos acusatorios internacionales y la consecuente confianza que ello genera en los Estados; la importancia de aprovechar el camino recorrido –y los escollos políticos/diplomáticos sorteados– de los TMI y TMILO; y, finalmente, el hecho de que la comisión de crímenes atroces –afortunadamente– no resulta indiferente a la comunidad internacional.

Las contribuciones del TPIY y el TPIR al desarrollo del DIPenal son analizadas en profundidad por DAQUN (*Contribution of the United Nations Ad Hoc Tribunals to the Development of International Criminal Law*, pp. 125-160). El autor –con una pluma autorizada desde su trabajo como juez en ambos tribunales– sostiene que tanto el TPIY como el TPIR han fortalecido las instituciones judiciales en las regiones sobre las que han operado, creando condiciones favorables para la

reconciliación y la consolidación de la paz, y otorgando una voz a las/os “sin voz” que padecieron graves violaciones a los derechos humanos. Los aportes de ambos tribunales, concluye DAQUN, no sólo se han cristalizado en la definición de los crímenes internacionales y en ampliar los límites de la concepción tradicional sobre los modos de responsabilidad penal, sino también en la prevención de futuros crímenes y, principalmente, en el establecimiento de la CPI.

Asimismo, BRAMMERTZ y HUGHES (*From Primacy to Complementarity: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993–2015*, pp. 161-234) ahondan en el análisis sobre los tribunales penales internacionales, focalizando en el trabajo del TPIY donde los autores se desempeñaron en la Oficina de la Fiscalía. Ellos hacen foco en el exitoso viraje del tribunal desde un modelo de primacía en el juzgamiento, a un enfoque fundado en la complementariedad positiva y en la colaboración entre los fiscales nacionales e internacionales. Así sostienen que, gracias al empoderamiento del sistema judicial nacional y a los 23 años de trabajo en el territorio, el TPIY se ha convertido en un laboratorio en el mundo real para el DIPenal y en un ejemplo a seguir para la cooperación judicial entre los tribunales internacionales y nacionales. Finalmente, y con un revés sumamente original, el trabajo de BRUNBORG (*The Introduction of Demographic Analysis to Prove Core International Crimes*, pp. 477-512) aborda la información demográfica y su análisis como prueba ante el TPIY. Para ello, realiza un recorrido histórico y crítico desde Núremberg hasta nuestros días. La autora concluye que la inclusión de esta información en los juicios ante tribunales internacionales permite estimar el número de víctimas en los conflictos armados. Esa determinación es lo que contribuye, según BRUNBORG, a la reconciliación, reparación e historia del lugar donde sucedieron los crímenes.

En lo que respecta al aporte de las comisiones internacionales de investigación, MUBIALA (*The Historical Contribution of International Fact-Finding Commissions*, pp. 513-552) analiza el rol que ellas han tenido para la determinación de los hechos y la persecución de graves violaciones de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (DIH). La autora sostiene que estos mecanismos han sido una piedra fundamental, tanto en el desarrollo normativo del DIPenal como en su aplicación, haciendo hincapié en la interacción de este tipo de comisiones con tribunales internacionales y nacionales, con especial atención en la CPI. Asimismo, HOULE (*China and the War Crimes Far Eastern and Pacific Sub-Commission*, pp. 661-701) aborda la cuestión de la creación de la Sub-Comisión para el Pacífico y el Lejano Oriente en 1943. En ese año, precisamente, los gobiernos de los países aliados decidieron crear una organización multilateral con el objetivo de activar una justicia retributiva internacional. A partir de este *racconto*, el autor determina que los juicios a criminales de guerra en China y Japón, junto con el trabajo de la Sub-Comisión fueron cruciales para que el DIPenal existiera actualmente.

Otra de las cuestiones notables del volumen es el crítico examen de varios aspectos del DIPenal y su aplicación por parte de las jurisdicciones internacionales. Así, SANDER (*International Criminal Justice as Progress: From Faith to Critique*, pp. 749-835) propone desmitificar ciertos postulados acerca de la justicia internacional. Uno de ellos se basa en que los tribunales penales internacionales son mecanismos de progreso. Esta presunción la sostiene en tres afirmaciones: el carácter “apolítico” de los tribunales, su promoción para la paz mundial y su aporte a una justicia global. Estos postulados enaltecen, con una fe cuasi religiosa, a los tribunales penales internacionales, provocando una brecha entre estas aspiraciones y lo que estas instituciones

pueden lograr en la práctica. El autor, luego de desvirtuar estas premisas, sugiere la necesidad de delimitar qué es lo que se debe esperar que los tribunales logren en la práctica y la importancia de considerar el contexto en las políticas de los tribunales, a la hora de decidir su intervención y cómo llevarla a cabo.

En la misma línea, MAHONY (*A Case Selection Independence Framework for Tracing Historical Interests' Manifestation in International Criminal Justice*, pp. 865-904) señala que el sistema internacional y el orden global post Guerra Fría han dado forma a la aplicación del DIPenal de dos maneras. En primer lugar, en cuanto al control de la selección de casos que permitió que hubiera una disputa entre los Estados poderosos y los débiles. En segundo lugar, se prefirió la persecución de violaciones al DIH antes que al *ius ad bellum*. Para poder identificar estas tendencias, el autor indaga en los intereses de los actores que diseñaron los instrumentos legales para la persecución de crímenes internacionales y examina los factores que afectan la "independencia" en la selección de casos en la CPI, el TPIY, el TPIR y el Tribunal Especial para Sierra Leona.

Por su parte, DOLGOPOL (*Civil Society's Engagement with International Criminal Law: The Role of Peoples' Tribunals*, pp. 703-728) estudia la dificultad que el sistema jurídico ha tenido, y en algunos casos continúa teniendo, con respecto al tratamiento de los crímenes cometidos contra mujeres. Asimismo, aborda el rol de los Tribunales del Pueblo en desafiar el modo en el que operan las instituciones internacionales y cómo el trabajo de esos tribunales ha influenciado los debates en el derecho internacional. Para desarrollar estas aristas, toma como caso de estudio el Tribunal de Mujeres sobre Crímenes de guerra para el Juicio de la Esclavitud Sexual perpetrada por Japón o "el Tribunal de Mujeres de Tokio" que ella misma integró. Concluye que el establecimiento de Tribunales Populares no sólo cerraría la brecha entre la retórica del DIPenal y el alcance limitado de las instituciones en la realidad, sino que se lograría una justicia que tendría mayor relevancia para las personas afectadas.

Asimismo, desde una perspectiva sociológica y con un impacto actual indubitable, SCHOMERUS (*International Criminal Law in Peace Processes: The Case of the International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, pp. 307-338) examina las órdenes de arresto de la CPI en Uganda contra los líderes del "Ejército de Resistencia del Señor", y su repercusión en un conflicto armado en curso y en las pretensiones para alcanzar la paz en la región. Su estudio analiza la tensión entre los conceptos paz y justicia, tanto por el modo negativo en que este tipo de justicia transicional suele ser percibido por parte de las personas afectadas, como por la necesidad que tienen estos procesos de ser vistos como justos e imparciales. En idéntica sintonía, MOHAMAD (*An Afro-Asian Perspective on the International Criminal Court*, pp. 729-748) repasa uno de los aspectos sumamente criticados en la actualidad en relación con el proceso de adopción del ER y las posiciones asiáticas-africanas con respecto a distintos institutos. El autor vincula el hecho de que la CPI se haya centrado en los Estados africanos con el rol que adoptó la Unión Africana garantizando la impunidad a algunos de los acusados. Una de sus conclusiones es que existen Estados que no se han unido a la CPI por la falta de mecanismos adecuados para asegurar el equilibrio de poderes en el ejercicio de sus potestades. La otra, es que la CPI elige sobre qué violaciones mantenerse en silencio. Por último, menciona que para lograr la universalidad a la que aspira la Corte, debe reconocerse que cada país posee su propia cultura jurídica.

Por otra parte, el volumen dedica una buena parte a las implicancias del Derecho doméstico en el DIPenal. A través del ejemplo paradigmático del juicio contra Eichmann, MAKOTO (*Expanding the Scope of Universal Jurisdiction through Municipal Law: From Piracy to the Crime of Aggression via the Eichmann Trial*, pp. 339-366) examina cómo el desarrollo y la aplicación de las legislaciones nacionales pueden constituir una fuente importante para la ampliación de los crímenes sujetos a la jurisdicción universal en el DIPenal. En la misma línea, LUTERSTEIN (*A Historical Approach to International Criminal Law through the Lenses of Domestic Prosecutions: Judging Massive Human Rights Violations in Argentina*, pp. 367-402) realiza un pormenorizado estudio de la evolución de los juicios llevados a cabo por los tribunales argentinos ante las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar en la década de 1970. El examen no sólo abarca el complejo entramado histórico del proceso de justicia transicional en la Argentina, sino que también se enfoca en los desafíos actuales ante los tribunales nacionales –v.gr. la visibilización de la violencia sexual bajo tipos penales autónomos– y cómo ello puede ser capitalizado para el DIPenal. Así, LUTERSTEIN devela la necesidad de entablar un “diálogo judicial” entre las jurisdicciones nacionales e internacionales que, por un lado, redundará en el desarrollo de los aspectos sustantivos del DIPenal y, por otro, fortalecerá la promoción de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad. De manera concordante, la contribución de FARTHOFER (*Peace and Security and the State's Use of Criminal Law and Justice: The Case of West Germany*, pp. 403-422) se focaliza en el caso de la República Federal de Alemania y en las relaciones de la legislación interna vinculada con el crimen de agresión. Para ello, la autora analiza retrospectivamente las dificultades de las jurisdicciones nacionales para la incorporación de este crimen y, al mismo tiempo, advierte que los medios al alcance de los Estados para hacer frente a actos de agresión no son –ni pueden ser– ilimitados.

Íntimamente vinculado con el eje anterior, se encuentra el trabajo de HOSAIN (*The Significance of Bangladesh's International Crimes (Tribunals) Act in the History of International Criminal Law and Justice*, pp. 459-475) donde se destaca el aporte del Tribunal de Crímenes Internacionales de Bangladés como una de las primeras experiencias de Estados que, con capacidades y recursos limitados, incluyeron en su legislación nacional la persecución de los crímenes internacionales más graves.

En lo que respecta a los aportes de los procesos civiles para la interpretación del DIPenal, APTER (*Civil Litigation and International Criminal Law – the Historical Discourse: Do the Two Go Together Even If Not Intended?*, pp. 423-458) analiza en particular aquellos procesos vinculados con la inmunidad de funcionarios públicos extranjeros y con la responsabilidad y complicidad empresaria en crímenes de guerra. Así, la autora concluye, por un lado, que las acciones civiles que trascienden las fronteras de un Estado, no podrían haberse desarrollado sin la interpretación del DIPenal como eje central de las violaciones cometidas; y por otro, que el DIPenal ha sido aplicado por los tribunales civiles en un modo en el que, en sus orígenes, quizás nadie se hubiera imaginado.

A través de un análisis con perspectiva histórica, PINTO SOARES (*Article 17 of the Rome Statute of the International Criminal Court: Complementarity – Between Novelty, Refinement and Consolidation*, pp. 235-306) examina el principio de complementariedad, tal como está receptado en el ER, a través de algunos ejemplos de legislaciones nacionales relacionados con su conceptualización.

Asimismo, y aun cuando el núcleo del funcionamiento de la CPI esté intrínsecamente vinculado con el principio de complementariedad, la autora confronta los orígenes de la complementariedad y critica su conceptualización como una creación “cuasi fascinante” del ER. De este modo, el concepto sustantivo de la complementariedad subyace al DIPenal a través del principio *aut dedere aut judicare* y en el caso de que las jurisdicciones internacionales no pudieran proceder a su juzgamiento.

Asimismo, también aborda en esta obra el papel de actores no estatales en el DIPenal. SHUICHI (*Victim Participation, Reparations and Reintegration as Historical Building Blocks of International Criminal Law*, pp. 837-863) estudia la participación de las víctimas, las reparaciones y la evolución de su protagonismo en el DIPenal. A partir del ejemplo de la CPI, señala que posee un análisis orientado hacia la víctima y lo destaca como una de las características más importantes. Esta perspectiva, sostiene la autora, es producto de una construcción histórica que ha modificado la naturaleza original del DIPenal. Con un enfoque más institucional e histórico, LEWIS (*The History of the International Association of Penal Law, 1924–1950: Liberal, Conservative, or Neither?*, pp. 599-660) analiza la Asociación Internacional de Derecho Penal como una organización no gubernamental creada por especialistas en derecho penal europeos de los países aliados y neutrales en 1924. El objetivo del capítulo es explicar cómo esta organización fue cambiando su ideología desde 1924 hasta la Guerra Fría y, a través de un recorrido histórico, dar cuenta de las implicancias de estas modificaciones en su posicionamiento e influencia en el desarrollo del DIPenal. Por su parte, GOTTLIEB (*Addressing Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes in INTERPOL's Practice: Historical Milestones and Recent Developments*, pp. 553-598) introduce un tema novedoso, que no suele examinarse en los estudios tradicionales del DIPenal. Desde su experiencia profesional se refiere al rol de INTERPOL, sosteniendo que pasado de un escaso involucramiento en la investigación de los crímenes cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, hasta la creación del TPIY –que la obligó a reconsiderar su posición–. El autor señala la búsqueda por parte de la organización de un equilibrio que tenga en cuenta, por un lado, el artículo 3 de su constitución que le prohíbe involucrarse en asuntos de carácter político, militar, religioso o racial; y, por el otro, el artículo 2(1) que prescribe la obligación de adherir al espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En conclusión, la obra reseñada presenta en sus cuatro volúmenes [recensionados a lo largo de los últimos números de esta revista] más de 80 trabajos que versan sobre una gran diversidad de temáticas, que van desde análisis de temas clásicos como los TMI y TMILO y los procesos nacionales de la segunda posguerra, hasta instancias de enjuiciamiento menos exploradas, como las de la antigua Grecia o del Imperio Otomano, entre otras. Contiene, además, detallados análisis técnico-jurídicos de cuestiones como la responsabilidad penal individual o las definiciones de crímenes internacionales y trabajos con perspectivas interdisciplinarias sobre temas vinculados a la justicia transicional en diferentes períodos históricos. Los cuatro volúmenes de *Historical Origins of International Criminal Law* ofrecen entonces un extenso y rico material de gran utilidad para aquellos estudiosos del Derecho internacional penal, con perspectivas novedosas y poco examinadas en la literatura tradicional que, además de encontrarse disponible encuadernada en versión papel, pueden ser consultadas en soporte digital disponible en [legal-tools.org](http://legal-tools.org) y en [fichl.org](http://fichl.org) de forma gratuita.

**Recensión a Daniel Varona Gómez, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (220 págs.)**

**Mario Pereira Garmendia**

Daniel VARONA es profesor titular de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Girona, así como magistrado suplente en la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Gerona. Ha sido investigador visitante en las universidades de Frankfurt am Main y Oxford. También se ha desempeñado como investigador jefe en varios proyectos, cuyas líneas de investigación se han centrado en el rol de los medios de comunicación y la opinión pública en la evolución y configuración del Derecho penal actual.

En esta obra, el autor parte de la –preocupante– constatación del fenómeno de fuerte expansión que experimenta la legislación penal; es ejemplo de ello la aprobación del instituto de la prisión permanente revisable (LO 1/2015). Ante ello, denuncia que el poder político suele apelar a la “voz ciudadana” o a la “opinión pública” como “motor de dicha expansión”, y ello para intentar validar o legitimar la promulgación de tales normas. No obstante, y más allá de genéricas apelaciones a dicha “voz ciudadana”, la realidad apunta a que no se tratarían más que de meras coartadas para terminar imponiendo unas concepciones ideológicas predeterminadas. No se verifican, pues, mayores esfuerzos para hallar y comprender lo que realmente demandan de la Justicia los ciudadanos ni sobre la función (que entienden ha de cumplir) la pena. En la búsqueda de tales extremos, el autor hace un doble planteamiento de hipótesis a demostrarse en su investigación:

Una *primera hipótesis* plantea que aquellos ciudadanos que sean sometidos a un proceso de democracia deliberativa, experimentarán un cambio en sus opiniones hacia la Justicia y hacia la rehabilitación de los presos, tendiendo hacia posiciones menos punitivistas y más favorables a un modelo de rehabilitación humanitaria (*v.gr.*: tercer grado, libertad anticipada, etc.). De tal modo, sostiene que la opinión ciudadana no se obtendría por medio de encuestas telefónicas o callejeras efectuadas a ciudadanos corrientes que poco, o nada, saben sobre el verdadero funcionamiento del sistema penal. Esto último sería lo que denomina como relevamiento de “opinión desinformada”, o, en palabras de HABERMAS, “pseudo-opinión pública”. Por el contrario, el autor propone recabar la opinión ciudadana mediante una metodología que recoja una “opinión informada”, fruto de un juicio reflexivo derivado del (previo) aporte de información objetiva y suficiente. Lo que se lograría a través del modelo de la “encuesta deliberativa” formulada por James FISHKIN: modalidad de encuesta que tiene por objeto posibilitar una opinión basada en la deliberación y el debate informado. De tal modo, y si bien con algunas modificaciones metodológicas respecto del modelo desarrollado por FISHKIN (a los efectos de “ajustarse” a las posibilidades presupuestarias con que contaba para desarrollar la investigación); el autor sigue una metodología respetuosa con los postulados de proporcionar información y propiciar una discusión mutuamente respetuosa, con igual consideración del punto de vista de todos los intervinientes.

En segundo lugar, el autor dice haberse “aprovechado” de la infraestructura de la investigación indicada *supra* para comprobar una *segunda hipótesis* ajena a la democracia deliberativa e íntimamente relacionada con las actitudes que se tengan respecto de la función de la pena. Así, propone demostrar que el supuesto carácter o tendencia pro-punitiva que sustentaría la ciudadanía desde un punto de vista emocional no obedecería más que a una construcción política, fomentada y ampliada por los medios de comunicación y otros grupos interesados. Lo que a su vez “silenciaría” otra realidad (emocional) que podría emerger en la medida en que los discursos punitivos permitan que “germine” otro tipo de emociones de tenor no negativo (ira, miedo, venganza etc.). Concretamente, se refiere el autor a aquellas emociones positivas como la empatía, la solidaridad y la compasión respecto del fenómeno de la delincuencia y del delincuente. De aquí que su hipótesis sea que aquellos ciudadanos que sean expuestos a emociones positivas (en la subespecie: el visionado de un vídeo centrado en la rehabilitación) experimentarán un cambio en sus actitudes hacia la Justicia y el castigo, tendiendo a ser menos proclives al castigo y más favorables a una rehabilitación más amplia y humana.

En atención a lo expuesto, no ha de extrañarnos que la finalidad del libro radique, en gran medida, en la demostración de las dos hipótesis planteadas. Ello, a través de dos experiencias enmarcadas en el contexto común de una encuesta deliberativa. Pero también el autor pretende fundamentar un alegato a favor de la relevancia de la opinión de los ciudadanos a la hora de dictar la política criminal del país. Opinión que presupondría determinadas condiciones procedimentales que permitan hablar “realmente de una opinión pública, por surgir de un proceso público de mutuo diálogo, información y deliberación” (p. 174). Así, propone la creación de un consejo ciudadano cuyos miembros sean elegidos de manera aleatoria, desempeñando sus funciones temporalmente, y funcionando como un órgano de asesoramiento vinculante respecto de la legislación penal. Otra propuesta más moderada que plantea el autor radica en la obligatoria realización de una encuesta deliberativa sobre el tema penal que se vaya a legislar, y cuyos resultados deberían ser “tenidos en cuenta” por el legislador (pp. 179-180).

Desde el punto de vista formal, hemos de subrayar que el libro se halla muy bien documentado; con una detallada explicación de la metodología empleada para elaborar y desarrollar la encuesta deliberativa así como de sus resultados. Cuenta, asimismo, con muy buenas notas que complementan los datos arrojados por la encuesta y las opiniones vertidas por el autor (citando teóricos de la comunicación y del Derecho penal angloamericano, sin perjuicio de las continuas referencias expresas e implícitas a Jürgen HABERMAS y su teoría de la acción comunicativa, fundamentación de la ética discursiva y defensa de la democracia deliberativa). También ha de hacerse referencia a la gran cantidad de gráficos y cuadros que acompañan al texto, así como de un amplio Anexo documental donde el lector hallará toda la documentación relacionada con las encuestas realizadas.

Respecto a su contenido, el libro se puede dividir en dos grandes partes. La primera comprende los capítulos I-III, en los que se desarrolla ampliamente la experiencia practicada en dos fases sucesivas: a) una primera fase consistió en recabar la opinión de un grupo de ciudadanos (integran la muestra unos 1.517 voluntarios) a través de una encuesta acerca de la Justicia y sobre la eficacia de la pena (concentrándose en la eficacia de la rehabilitación). Se trató, pues, de recabar la llamada “opinión no informada” sobre la que el autor, con posterioridad, desarrolla sendas



evaluaciones y valoraciones respecto de sí misma y sus resultados. Para tales efectos, el cuestionario se estructuró sobre dos lineamientos o “variables dependientes”: las actitudes punitivas de la ciudadanía y su concepción sobre la rehabilitación de los delincuentes (“humanitaria e inclusiva” o “punitiva y autoritaria”). Asumiendo las preguntas una específica metodología para evitar respuestas genéricas, efectos de “aquiescencia”, así como permitiendo una graduación en las respuestas (extremos, por cierto, que se desarrollan en el texto de manera por demás extensa y clarificadora). Asimismo, el cuestionario incluyó una serie de preguntas que buscaban captar las causas o “variables independientes”, aquellas que se hallan en pugna a la hora de explicar tanto las actitudes punitivas, como las concepciones acerca de la rehabilitación. En tal sentido, se contemplaron la teoría “instrumental del punitivismo”; las teorías “expresivo-simbólicas” (dentro de las que analiza el posible impacto del fenómeno inmigratorio); aquellas valoraciones de la delincuencia en clave de factores disposicionales (“es delincuente porque así lo quiere”) o bien situacionales (contextuales, o corresponsabilidad de la sociedad); y la creencia en que las personas pueden cambiar respecto a la delincuencia, o no (“*belief in redeemability*”). b) La segunda fase consistió en volver a plantear la misma encuesta de opinión, pero bajo el formato de una encuesta deliberativa. Así, se volvieron a citar a algunos voluntarios, integrando una muestra de dos grupos de 300 voluntarios cada uno (intentando ser lo más representativa posible del universo de la muestra anterior). A uno de esos grupos –y bien próximo en el tiempo a la celebración de la encuesta correspondiente a la fase anterior– se les proveyó de un documento donde se detallaban datos verídicos y objetivamente presentados, acerca de la verdadera situación del funcionamiento de la justicia penal en España. Con posterioridad a ello, se sometió a los voluntarios a un *foro de discusión* (on-line) en donde el propio autor ofició de moderador, y en donde todos los voluntarios debieron participar activamente. Al finalizar el foro, los voluntarios debieron volver a completar el cuestionario respondido en ocasión de la fase anterior. Al otro grupo de voluntarios, se les exhibió (también on-line) un video consistente en un documental sobre un ciudadano escocés, quien, tras una vida juvenil en un contexto social que le empujara a la delincuencia y a la prisión, se logró resocializar y hoy trabaja como agente de la libertad condicional. Tras el visionado del vídeo, los voluntarios también debieron completar –nuevamente– el mismo cuestionario. Como resultado se observan en ambas experiencias (aunque porcentualmente más nítido en el caso de aquellos sometidos al visionado del vídeo) cambios significativos en la opinión en los encuestados. Se aprecia una disminución del porcentaje correspondiente a aquellas posiciones más extremas en favor de la punición y de un modelo de rehabilitación de corte autoritario (*v.gr.* de aquellos que decían estar “totalmente de acuerdo” con las premisas de que el reo “esté en prisión hasta su rehabilitación total”, “rehabilitación sí, pero en prisión” o, que aprobaban “una rehabilitación obligatoria”). Se acrecientan así, las posiciones más moderadas e incluso proclives a un modelo no tan punitivista, así como a una rehabilitación más humanitaria y menos represiva.

La segunda parte del libro, abarca sus dos últimos capítulos (IV y V), y versa sobre la valoración de aquellos cambios de opinión observados en la consulta realizada tras la celebración del foro deliberativo y del visionado del vídeo (lo que el autor llama “las claves del cambio”). Cambios de opinión que impactaran tanto sobre las variables dependientes como sobre las variables independientes, anteriormente referenciadas. De tal guisa, el autor procede al análisis de las razones que –él entiende– explican todo ello. Así, y a modo de ejemplo, estudia las reacciones de los intervinientes en el foro deliberativo on-line respecto de los datos ofrecidos en el *dossier*

proporcionado de antemano: y se observa cómo muchos de ellos manifestaron haber tenido, hasta ese entonces, una concepción distorsionada por efecto de los medios de comunicación. Distorsión que –indica el autor– no obedecería a una exclusiva responsabilidad de dichos medios, puesto que estos –a veces– tan sólo se limitan a replicar lo que les es transmitido por agentes políticos, grupos de interés, *lobbies* u otros colectivos ciudadanos. Asimismo, el autor analiza las posibles “limitaciones” que se pudieron observar durante el desarrollo de tales deliberaciones: tensiones, inconsistencias y ambivalencias; resistencias de ciertos prejuicios –como, por ejemplo, acerca de una supuesta benevolencia de la Justicia con los poderosos, o de que las cárceles serían “hoteles de lujo”–. También, dentro de las “limitaciones” que pudieran haber afectado a la investigación, analiza detalladamente la posible incidencia por la ausencia de un grupo de control, así como posibles manipulaciones involuntarias que él –como moderador– pudiera haber generado sobre los voluntarios (cosa, esta última, que niega ocurriese). Por último, en el capítulo V expone de manera prolija y fundamentada sus conclusiones que, en líneas generales coinciden con lo que se planteara a título de hipótesis.

Deseo hacer referencia a dos cuestiones que me resultan sensiblemente discutibles: por una parte, la apelación a extremos emocionales a los efectos de “moldear” la opinión pública, y por otra, lo referente a la conformación de una suerte de institucionalización de estos procesos de “democracia deliberativa” que plantea el autor.

Señala el autor que una visión emocional de las actitudes punitivas debería servir para identificar qué emociones en concreto son preeminentes a la hora de configurar las actitudes sociales de demandar mayor severidad y rigor en la ejecución de las penas; así como qué otras emociones (positivas) podrían contrarrestar o mitigar aquellas otras emociones (negativas). Lo que a mi juicio debería propiciarse empero es la eliminación de argumentaciones exclusivamente emocionales del análisis de la fenomenología delictiva (por parte tanto de la política criminal, como de la dogmática penal), así como también respecto a la formación de la opinión pública. Ello, puesto que el campo de lo emocional resulta siempre un poderoso caldo de cultivo para la manipulación de cierta ingeniería social. Lo que podría llevar a resultados prácticos muy dignos y justos, como también a resultados horribles e inhumanos (y de ello, la historia nos provee de infinitos ejemplos).

Si lo que el autor ha pretendido demostrar es que se puede manipular a la opinión pública en un sentido contrario al que –manifiesta– hacen los medios de comunicación y ciertos políticos, es decir, en un sentido positivo a favor de penas más blandas y de una concepción más humanitaria sobre la rehabilitación, lo que demuestra es lo voluble que puede ser aquella ante una ingeniería social dirigida a las emociones. Y en tal caso, y de ser esa la finalidad perseguida, no tengo ningún reparo que formularle. Pero si se pretende sostener la validez del empleo de este tipo de – a mí entender– manipulación a los efectos de conducir a la opinión pública hacia lo que se entienda (por el ingeniero social de turno) como lo mejor, más justo, más progresista, etc., pues entonces no puedo estar más en desacuerdo. Los institutos jurídico penales se han de construir (y fundamentar) desde la razón y, nunca, desde meras exposiciones emocionales.

Finalmente, no puedo en lo personal estar más de acuerdo con la cita que el autor hace de BOURDIEU, en la que el genial sociólogo francés indica: “(...) *la opinión pública es un simple y puro artefacto cuya función es disimular que el estado de la opinión en un momento dado es un sistema de fuerzas, de tensiones, y que no hay nada más inadecuado para representar el estado de la opinión que un porcentaje. (...) He aquí el efecto fundamental de la encuesta de opinión: constituir la idea de que existe una opinión pública unánime y, así, legitimar una política y reforzar las relaciones de fuerza que la sostienen o la hacen posible*”. Y no puedo estar más de acuerdo, puesto que no creo que sea mediante encuestas (sean representativas, sean deliberativas) como se haya de articular el concepto normativo sobre un *consenso general* acerca de determinados institutos de Política criminal y normas de Derecho penal. Considerando mucho más válidas las construcciones fundadas en una política criminal principialista que, como saber práxico, apunte a la plausibilidad de sus premisas, es decir, a la aceptación y aplicación de las mismas en atención a su razonabilidad. Se trata, pues, de basarse, no solamente en razones de orden utilitarista, sino fundamentalmente deóntico-valorativas; se trata de apelar a la ponderación entre principios, y atender a que el consenso social no es el fundamento de dichos principios, sino –siempre– su consecuencia.

Todo lo dicho, sin perjuicio de la radical importancia que tiene brindar a la población más y mejor información acerca del funcionamiento y los principios en los que se ha de inspirar el sistema penal. La experiencia expuesta en este libro pone de manifiesto la indiscutible necesidad de dichos asertos. También resultan de fundamental importancia, a mi juicio, los controles externos a la actividad político-legislativa y judicial: la actuación de ONGs a través de sus investigaciones y publicación de informes; la actividad –vinculante o no– de observatorios sobre determinadas fenomenologías criminales (como, *v.gr.*, la violencia de género); la existencia de medios de comunicación plurales y éticos (comprometidos con un verdadero chequeo y ponderación de la información y las opiniones que transmiten); y, por supuesto, la relevancia de la Academia, como valedora de una opinión técnica y científica sopesada por un riguroso e irreductible anhelo de verdad.

**Recensión a Rolando Márquez Cisneros, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (253 págs.)**

**Roberto Cruz Palmera**

Universidad Autónoma del Caribe (Colombia)

La monografía de Rolando MÁRQUEZ CISNEROS constituye la publicación de su tesis doctoral, defendida en la Universitat Pompeu Fabra, bajo la dirección del Prof. Ramón RAGUÉS I VALLÈS. La obra tiene como objeto analizar la legitimidad del “delito de conducción con una determinada tasa de alcohol”, en concreto, desde la óptica de los principios de lesividad y de fragmentariedad. En este trabajo el lector podrá constatar que la investigación acaba trazando no pocas aportaciones más allá de la propuesta específica de tipificación que se considera legítima o ajustada a dichos principios. Este trabajo entra y se eleva a cuestiones tanto generales como principales, es decir, va más allá de la cuestión de si el precepto ha de tipificarse o no, cómo y por qué hay que hacerlo.

El libro se compone de cinco capítulos (I. “El Derecho penal de la seguridad vial: ¿Manifestación de un «moderno Derecho penal»?”, II. “Consideraciones generales sobre los delitos de peligro”, III. “Bien jurídico-penal”, IV. “La conducta típica del segundo supuesto del art. 379.2 del Código penal”, V. “La legitimidad de la intervención penal en el delito de conducción con una determinada tasa de alcoholemia”).

En el cap. I el autor nos aproxima a la crítica del *precepto objeto de estudio* desde una perspectiva del Derecho penal contemporáneo. El texto se inicia con lo que considera “la causa o las causas” de la aparición de este *nuevo precepto*. En su opinión, obedece a dos motivos: el primero, una respuesta a la exigencia de la sociedad, esto es, la intolerancia de accidentes viales que, a causa de la conducción bajo los efectos del alcohol generan resultados indeseables: muertes, lesiones graves y lesiones leves (pp. 29-30). Respecto al segundo motivo, más allá de las exigencias sociales, MÁRQUEZ CISNEROS sostiene que la reforma penal que introduce este precepto refleja un cambio de mentalidad en nuestra sociedad, pues los ciudadanos ahora son más conscientes de que la conducción bajo el consumo de alcohol es una conducta que puede ser realizada por buenos y malos (cfr. p. 32). Seguidamente, ofrece una síntesis de las críticas doctrinales al *precepto*. Básicamente se refieren a la notoria fricción con algunos principios básicos del Derecho penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima... En su planteamiento, esta notoria contradicción mostraría “una nueva faceta del Derecho penal”, esto es, la de ser un instrumento preventivo que tipifica infracciones formales (cfr. p. 40). Seguidamente, explica la dilucidación entre dos instrumentos, Derecho administrativo sancionador y Derecho penal, que se evidencia, por ejemplo, cuando se criminalizan conductas de mera desobediencia a la ley, pues no requieren ni elementos probatorios de peligrosidad ni ninguna clase de lesión que “posibilite” la intervención penal. En efecto, MÁRQUEZ afirma que “solo la observancia de tales principios hará

posible la diferencia material entre ilícito penal y administrativo” (cfr. p. 43). También en este apartado encontramos el concepto de injusto del “delito de conducción bajo una determinada tasa de alcohol”. Concepto que se apoya básicamente en los efectos que produce dicha sustancia sobre los rendimientos de la conducción, en pocas palabras, influencia etílica. Aparte, el concepto de injusto es tratado con más detenimiento en otros lugares (pp. 83, 85, 118, 131). Para el autor, la LO 15/2007 sería el mejor exponente de la tendencia expansionista del Derecho penal.

El cap. II muestra una crítica general de los “delitos de peligro”, que inicia con un análisis de la expresión “peligro”. A partir de ese momento, el autor trata de confrontar dicha acepción con las figuras de los “delitos de peligro”, “delitos de peligro concreto”, “delitos de peligro abstracto”... Para eso, repasa las posiciones doctrinales sobre estos instrumentos de autores que estima fundamentales en la literatura jurídico-penal: ROXIN (pp. 64-65), JESCHECK (pp. 62, 66), KINDHÄUSER (p. 69, 85), TORÍO LÓPEZ (pp. 68, 72-74), RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (pp. 70, 75, 76, 82), entre otros. En el análisis de estos instrumentos, su autor define y se inclina por el término “peligro” en sentido normativo, lo que supone entender esa expresión como una “probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal” (p. 55). A mi juicio, se adhiere a esa postura para reforzar una de sus tesis, la incompatibilidad del “delito objeto de estudio” con el principio de lesividad (cfr. pp. 58, 148, 151, 153, 209, entre otros lugares). Asimismo, afirma que no existe claridad en la técnica legislativa que debe emplearse para criminalizar conductas objetivamente peligrosas que no generan una lesión material (cfr. p. 64). De manera más detallada, examina el contenido material del injusto en los delitos de peligro abstracto y, si no lo malinterpreto, asegura que el fundamento de dichas infracciones radica en su desvalor de la acción. En tal sentido, asegura que la conducta debe prohibirse siempre y cuando manifieste una capacidad potencial para lesionar o poner en peligro concreto un determinado bien jurídico. No obstante, dicha conducta deberá respetar los principios limitadores del Derecho penal. Así pues, a juicio del autor, simplemente es legítimo adelantar las barreras de punición cuando sea posible asegurar que las acciones incriminadas sean potencialmente capaces de afectar a un interés jurídico. De allí que su propuesta se encamine a ofrecer un modelo de legitimación para los delitos de peligro abstracto (p. 84).

El cap. III nos introduce en la discusión del bien jurídico protegido por este delito. MÁRQUEZ CISNEROS parte de una idea fundamental, la función del bien jurídico como mecanismo restrictivo en el proceso de elaboración de leyes penales (p. 91, n. 1). Posteriormente, brinda un repaso del bien jurídico desde un punto de vista no solo político-criminal, sino también dogmático (cfr. pp. 93-94). Según alcanzo, desde la reflexión dogmática del bien jurídico como *regla de individualización de la pena*, el autor se basa en el contenido de dicha pauta para construir su propuesta. Tras esas observaciones, aborda una crítica a propósito del enunciado *bienes jurídicos colectivos*, acopiando y revelando varias imprecisiones terminológicas (“bien jurídico universal”, “bien jurídico supraindividual”, “intereses difusos”) y lo hace porque estas podrían pasar factura a la hora de interpretar las normas penales. Esta tarea descriptiva es elaborada con el propósito de adentrarse en el análisis de la expresión “seguridad vial” como interés jurídico colectivo, pues desde su punto de vista la expresión carece tanto de contenido como de naturaleza (pp. 104, 147). En efecto, afirma que la seguridad vial, como bien jurídico protegido, dificulta la determinación de aquello que se quiere proteger, pues no favorece la determinación del contenido material del injusto: “seguridad colectiva sería un conjunto de condiciones que no pueden considerarse en sí

mismas como bien jurídico, sino que estarían al servicio de otras entidades que sí merecen tal consideración” (p. 105). Dicha afirmación se conecta con la postura que sostiene al final del apartado, esto es, el objeto de protección no puede ser la seguridad vial, sino las realidades materiales que desde allí pueden cobrar peligro como la vida y la integridad física de las personas que participan en el tráfico rodado. De ese modo, según el autor, la decisión del legislador de tipificar la conducta resulta entendible.

En el cap. IV se analiza la tipicidad de la conducta, pero sin desvelar todavía su propuesta. En tal sentido, explica qué es lo que podría legitimar la tipificación del precepto. Así, el peligro de la conducción de vehículos sumado a un estado de rendimiento físico desaprobado, o sea, los efectos del alcohol en la capacidad de “manejar” o “dominar” una fuente de peligro (cfr. pp. 118, 133, 134, 136). Seguidamente, el autor nos expone su concepto de *conducción*, zanjando algunas dudas interpretativas. Por ejemplo, deja claro cuándo existe *conducción* desde una perspectiva jurídico penal, pero también nos explica cuándo el desplazamiento del vehículo genera un riesgo típico relevante, esclareciendo también los riesgos que la norma pretende evitar. También encontramos el significado de términos como “vehículo motor” o “vía pública”. Además, con apoyo en argumentos médico-científicos, se explica el proceso de absorción de alcohol en el organismo (p. 127, nn. 37, 39). A este respecto, se destacan algunos datos: por ejemplo, las condiciones que influyen en la desestabilización del rendimiento físico al ingerir sustancias alcohólicas como la edad, el sexo, el estado físico. Pero también aparecen otros, como la presencia en el organismo de ciertos alimentos que pueden *disparar* los efectos del alcohol o, por el contrario, *disminuirlos*. Sobre el particular, MÁRQUEZ afirma que “el grado de alcoholemia depende del cálculo entre la cantidad de alcohol absorbida y la eliminada” (p. 129). Y añade que “está comprobado [...] que con tasas de alcoholemia superiores a 0,5 gr/l existe ya una discreta influencia del alcohol, independientemente del sexo, peso u otros factores” (pp. 140-141), aunque no de manera grave, dado que solo se causa una merma moderada en el rendimiento de la conducción (cfr. pp. 167, 209). Del mismo modo, recoge un conjunto de estudios científicos especializados referidos a la peligrosidad de la conducta que demuestran las consecuencias posibles dependiendo de los grados de alcohol ingeridos (pp. 132-142). Creo que esta es una de las virtudes que deben abonarse al autor de la obra: acudir a criterios médico-científicos para fundamentar su propuesta de legitimación. El apartado finaliza (pp. 142-151) con los siguientes temas: manifestación externa de la influencia del alcohol, no necesaria para la imputación; como bien jurídico protegido, la “vida e integridad física de quienes participan en el tráfico rodado”; naturaleza jurídica de la conducta, “delito de peligro abstracto”; sujeto activo de la acción, “el conductor”. Su envergadura no me permite expresar comentarios de manera adecuada debido al espacio del que dispongo.

El cap. V es el núcleo de la obra. Contiene el estudio crítico de la legitimación del precepto contenido en el art. 379.2 del Código penal. Se pretende exponer el distinto modo en que se debe tipificar la conducta, interpretarla y sancionarla conforme a la Constitución (cfr. pp. 200, 203, 205, 211, 212). Aquí se tratan, entre otros temas, la determinación del límite de alcoholemia basado en la ciencia médica y en los principios limitadores del Derecho penal. También se explica por qué la tasa actual es demasiado alta, lo cual se demuestra con argumentos médicos, jurídicos, sociológicos. MÁRQUEZ CISNEROS somete su propuesta a un test de constitucionalidad que adopta de la obra de HUSAK, *Sobrecriminalización*. Concluye afirmando que “la conducción con una tasa

de alcoholemia superior a 0,8 gr/l" es legítima por cumplir con los criterios de *riesgo sustancial*, *requisito de prevención*, *requisito de daño consumado* y *requisito de culpabilidad*. Asimismo, argumenta que la pena de multa es la que más se adecua al principio de proporcionalidad (cfr. pp. 208, 212). Y asegura que la pena privativa de libertad, tal como está, no cumple con los fines preventivo-especiales (p. 201, n. 125). Desde mi punto de vista, al elaborar una propuesta basada en premisas de este tenor será difícil contrarrestar su postura. Expresado en resumen: la regulación legal de este delito resulta compatible con los principios de lesividad y fragmentariedad siempre que pueda representarse un riesgo significativamente relevante. El contenido de dicho riesgo aparece, y está científicamente demostrado, solo si la conducción se realiza con una tasa de alcoholemia superior a 0,8 gr/l.

Hasta aquí la exposición del planteamiento trazado por MÁRQUEZ CISNEROS, quien lleva a cabo un muy relevante análisis de la legitimidad del "delito de conducción bajo una determinada tasa de alcohol". Expongo seguidamente algunas objeciones suscitadas a propósito de su lectura.

En primer lugar, considero que este trabajo hubiera podido contribuir a la reflexión de un tema tan controvertido en este delito, como son las categorías dogmáticas básicas de autoría y participación. En este caso se optó por evitar la discusión, pues solo se aprecian algunas cuestiones de manera muy sucinta y escasa (pp. 149-151, 154). Con relación a la *autoría mediata*, MÁRQUEZ señala la complejidad de admitir esta figura y anota que solo es autor quien materialmente conduce: Pero no se expresa otra idea adicional, es decir, no se entra en el debate (cfr. p. 150). Conjuntamente, en lo que respecta a los supuestos de *coautoría*, describe que es factible desde la teoría objetivo-formal, y lo reafirma en otro lugar (p. 154). De modo que, al admitir esta figura, se amplía el ámbito de la responsabilidad penal. Pienso que en su análisis hubiera sido de gran interés adentrarse más en dicho tema, pues apostar por no admitir la coautoría, hubiera sido posiblemente un refuerzo para su propuesta. Si esta se ubicaba en la búsqueda de criterios restrictivos para respetar los principios básicos del Derecho penal, considero que hubiese sido conveniente apostar también por esta materia. Además, se podrían formular argumentos para limitar la extensión de la responsabilidad penal en razón de la complejidad de dichas figuras. Puesto que es difícil demostrar no solo la alteración de las capacidades físicas y psíquicas en el sujeto para poder asegurar la determinación del riesgo, también resultaría confuso, en la autoría mediata, determinar cuándo se ha provocado verdaderamente en otro el error de prohibición para instrumentalizarlo. De manera que se pueda afirmar que el autor material no ha perdido el dominio del hecho. También podemos imaginar supuestos de *coautoría* que podrían estar en el límite entre la determinación del coautor y del partícipe. Pienso en el caso no solo de la "conducción bajo una determinada tasa de alcohol", sino también de la "conducción temeraria" o de la "conducción con exceso de velocidad". Sin ir más lejos, así, si un sujeto acelera y el otro cambia las marchas del coche. Con todo, conviene subrayar que cierta doctrina afirma que estamos ante un delito de propia mano y la realización de un hecho a través de "un instrumento" podría plantear no pocas dudas. Pero supuestos tanto de inducción como cooperación seguirán siendo imaginables. Sea como fuere, en el trabajo de MÁRQUEZ CISNEROS se pretende salvar el mantenimiento de los principios limitadores del Derecho penal. No podemos olvidar que contamos con herramientas administrativas que regulan gran parte de los problemas aquí enjuiciados; en otras palabras, contamos con otros instrumentos jurídicos para intentar salvar parte del problema. Frente a lo anterior, pienso que podría resultar

cuestionable no solo la extensión de la responsabilidad penal, sino que también la admisión de figuras de adelantamiento como la tentativa.

En segundo lugar, considero que el lector echará en falta referencias en materia de causas de justificación. En concreto, me refiero al “estado de necesidad”, otra institución que podría dar juego en esta materia. En efecto, el “estado de necesidad” ha sido un tema muy discutido a propósito de este precepto: cierta doctrina niega su admisión, mientras que otra duda en admitirlo, y otros plantean que puede ser imaginable... Lo cierto es que se trata de una eximente amplia y compleja, y más si entramos en la discusión sobre el consentimiento y el objeto de protección de este precepto (¿“vida”?, ¿“salud”?, ¿“seguridad vial”?, ¿“seguridad de los potenciales usuarios del tráfico rodado”?). En todo caso, en un precepto como el analizado, pienso que se seguirán planteando dudas en cuanto a situaciones de necesidad de acudir a la conducción para evitar un “mal mayor”. Por ejemplo, en la provocación intencionada del riesgo; en otros términos: provocación de una situación de necesidad. Sobre este particular, se podría plantear el estado de necesidad del sujeto que, conduciendo un vehículo en estado de embriaguez, se ve abocado a elegir entre chochar contra un autobús escolar o arrollar a una anciana. Habría, sin embargo, que poner un límite al tema de la investigación, y no parece razonable entrar a todos los temas.

Finalmente, en tercer lugar y relacionada con lo anterior, una observación sobre el sujeto pasivo. Me permito discrepar de la posición que mantiene: “En lo que respecta al copiloto, este queda excluido de la consideración como sujeto pasivo” (cfr. p. 151). Comparto hasta cierto punto alguna postura trazada por MÁRQUEZ; por ejemplo, que el legislador pretende evitar los posibles riesgos para una colectividad indeterminada. Esto es plausible entendiéndolo desde un primer nivel, es decir, visto desde la posición de superioridad de quien “domina” una fuente de riesgo y puede causar lesiones a otro(s). En este primer nivel, se protegería tanto la vida como la integridad física de las personas *al violar normas de circulación conocidas por todos*, pues casi nadie niega que, al conducir bajo los efectos del alcohol, se podrían producir, cuanto menos, consecuencias lesivas. Sin embargo, no encuentro motivos para excluir del ámbito de protección al copiloto y a los demás acompañantes del vehículo. Diría más: no veo motivos para excluir al mismo conductor. Creo que la razón de fijar un límite en el consumo de alcohol es prevenir los efectos dañinos que se podrían generar en un accidente. Piénsese, únicamente a título de ejemplo, en el transportista que conduce sustancias corrosivas o, de otro modo, en la persona que conduce su coche acompañado de su familia. A mi parecer, tanto el copiloto como los acompañantes pueden merecer protección. En el momento en que se trasladan de un punto a otro son usuarios del tráfico rodado, si bien en distintas posiciones, o sea, unos desde del ámbito de control de una fuente de riesgo y otros como usuarios de las vías. En el caso de los acompañantes entiendo que adoptan un rol pasivo, esto es, depositan su confianza en un sujeto que “domina” la fuente de peligro. Pero también podemos pensar en el conductor del vehículo o transportista, en estado de embriaguez que, sin ningún acompañante, colisiona contra un árbol por haber perdido la capacidad de seguir los objetos con la vista y sufre graves lesiones. A este respecto cabría preguntarnos si la norma no está también para evitar esta clase de siniestros, no veo por qué el conductor debería quedar excluido del ámbito de protección, o, de otra manera, será necesario hacerle responder penalmente por infringir la norma a pesar del sufrimiento y menoscabo por realizar el ilícito. En tal sentido, considero que la idea del “sujeto pasivo”, “bien jurídico” y “contenido de injusto” en este precepto, podrían ser objeto todavía de ulteriores precisiones.



De todos modos, como hemos visto, el problema planteado en la obra que reseñamos afecta de manera directa a principios fundamentales del Derecho penal. De ahí, la necesidad de reflexionar sobre esas cuestiones y plantear desde allí soluciones posibles. Por descontado, aportaciones como las del autor contribuyen en muy alta medida a enriquecer el estado de la cuestión. Aquí MÁRQUEZ no se ha conformado con exponer y articular lo conocido, sino que ha dado un paso más, desarrollando una propuesta tanto seria como novedosa. También sobresale en este trabajo su originalidad y la valentía de afrontar un tema complejo que demanda fluidez, tanto de los aspectos fundamentales de nuestra disciplina como de detalles aplicados en otros saberes.

**Recensión a James Waller, *Confronting Evil. Engaging Our Responsibility to Prevent Genocide*, Oxford University Press, Nueva York, 2016 (381 págs.)**

**Mario Pereira Garmendia**

Todos los que hemos hecho del Derecho penal internacional y, más particularmente, de las razones (*rectius*: sinrazones) que conducen hacia la perpetración de genocidios y delitos de lesa humanidad nuestras líneas de investigación académica hemos recurrido alguna vez al vasto trabajo de WALLER. Así, su reconocido libro *Becoming Evil. How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing* (2.<sup>a</sup> ed., Nueva York, 2007), se ha convertido en una obra de referencia a la hora de analizar tales fenómenos criminógenos desde varios frentes: dogmático-penal, político criminal, criminológico, sociológico, psiquiátrico-social y filosófico. Sintetiza de manera clara y efectiva tal amplio rango de estudios interdisciplinarios, plantea un convincente, práctico y original modelo sobre el proceso a través del cual las personas comunes se convierten en ejecutores o intervinientes en genocidios o delitos de lesa humanidad (desarrollando, en muchos aspectos, las líneas que planteara Ervin STAUB en su libro *The Roots of Evil. The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Londres, 1989).

WALLER es profesor sobre el Holocausto y estudios sobre el genocidio en el *Cohen Center for Holocaust and Genocide Studies*, sito en el *Keene State College* (Keene, New Hampshire). Profesor de Psicología en la *University of Whitworth* (Spokane, Washington); director de los programas académicos para el *Auschwitz Institute for Peace and Reconciliation*; profesor y expositor sobre la prevención del genocidio en el *US Army Command and General Staff College* en Fort Leavenworth, Kansas; así como conferencista y asesor sobre prevención del genocidio y autoría para el *Departamento de Estado de los EE.UU.*, CIA, y la *Unidad Internacional de Derechos Humanos del FBI*.

El argumento central del libro radica en que, por más ubicuo que el genocidio se nos presenta en el mundo de hoy, no deja de tratarse de un problema humano que, como tal, ha de tener –también– una solución humana. El genocidio –señala– no es un problema que haya llegado a nosotros desde otro mundo, o que sea consustancial a un supuesto repertorio de conductas genéticamente determinadas. Bien por el contrario, el genocidio sucede porque nosotros dejamos que suceda. Porque preferimos ver y valorar “gentes” u “otros” en vez de a “individuos”; viniendo ello –en muchos casos– a desencadenar una deshumanización de sectores enteros de la sociedad. Así, parte de los integrantes de las sociedades europeas, bajo las Leyes de Núremberg y por su ascendencia hebrea, pasaron a ser considerados “seres inferiores”; como también muchos ciudadanos de Ruanda, dejaron de pertenecer al colectivo “ruandeses” para pasar a ser considerados –solamente– “tutsis” y “seres-cucarachas”; como, en mi opinión, de conformidad con ciertas legislaciones penales, personas en etapa vital intrauterina, suelen ser consideradas –y valoradas– como meras “entidades” deshumanizadas. Ello es el germen que explica que, ante determinados factores que provocan una escalada de la violencia social, el grupo más poderoso se halle más propenso a dar un paso más: eliminando (en grandes números y por un extenso período de tiempo) a esos “otros, cosas o entidades” que ya no ven como iguales, con derechos y dignidades propias.

Pero lo anterior no constituye un derrotero inevitable, sino que siempre nos resultará posible – como sociedad– tomar otro camino: encontrando maneras o vías constructivas para seguir manteniendo una convivencia social en paz, a pesar de nuestras (diversas y a veces antagónicas) identidades sociales. De allí surge la meta que WALLER se propone conseguir mediante este libro: delinear aquellos extremos que han de ser aprendidos, para prevenir el genocidio. O, al menos, para prevenir que ocurran nuevas atrocidades, una vez que un genocidio ya ha comenzado; o previniendo futuras atrocidades, una vez que la sociedad haya comenzado a reconstruirse tras haber sufrido un genocidio.

Desde el punto de vista formal, se ha de elogiar la clara prosa del autor (sin perjuicio de algunas erratas en la edición que dificultan su lectura). Cuenta con una frondosa información, ejemplos de suma actualidad –y que abarcan prácticamente a todo el globo– y tratados de manera por demás profunda y extensiva. También cabe elogiar la profusa bibliografía empleada, así como las efectivas notas al final de cada capítulo.

Respecto a su contenido, el libro se estructura en tres partes:

La primera de ellas, se despliega en tres capítulos, y se intitula: “Nombrando y definiendo genocidio”. En ella se revisa el nacimiento del neologismo (mezcla del término del griego antiguo *genos* –raza, familia, pueblo, tribu– y del latino *cidere* –forma combinatoria de *caedere*, matar–) y el proceso a través del cual dicho concepto fue adoptándose por la Comunidad Internacional como descriptiva de una realidad antijurídica macrocriminal. El capítulo primero analiza el surgimiento y desarrollo de la idea de tipificar autónomamente la matanza de colectividades enteras por razones políticas, religiosas o culturales; por tratarse de una casuística en la que el propósito delictivo no radica en asesinar a unas determinadas personas, sino a un pueblo o colectivo social entero. Y ello, puesto que solamente así se constituiría la responsabilidad penal individual sobre tales actos, despojándoles así de la calidad de “actos o cuestiones de Estado”, de las que sólo estos últimos habrían de responder (conforme al Derecho internacional público). Tal idea, como relata el autor, surgió en la mente y sensibilidad jurídica de un joven estudiante polaco, Rafael LEMKIN, quien, como toda persona judía en la Europa del Este de principios del siglo XX, ya había sentido en sus propias carnes los efectos de la discriminación y persecución social. Su propuesta de tipificación del fenómeno –que ya intentara sin éxito fuere aprobada en la Conferencia de Madrid de 1933–, terminó siendo recogida por la Asamblea General de la ONU en 1946 y cristalizada dos años después en la Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CG). De particular enjundia son las referencias e información que aporta la obra sobre el particular trabajo de LEMKIN para que se alcanzase dicha codificación, tanto por la Comunidad Internacional como por las jurisdicciones nacionales. Siempre actuando a título personal –muy solo– y la más de las veces luchando contra molinos de viento –*rectius*: contra verdaderos gigantes– durante los difíciles años de la Guerra Fría.

El capítulo segundo analiza los extremos que ya el propio LEMKIN reconocía como los más problemáticos del punto de vista típico-penal. Así, en primer lugar, lo referente a cuáles son los grupos que resultan protegidos por la CG y si, en atención a los últimos aportes legislativos (internacionales y domésticos), judiciales y académicos, se podría habilitar una interpretación más amplia de la referencia típica, alcanzándose a un mayor número de colectivos sociales como,

por ejemplo, el genocidio por razones políticas –tantas veces rechazado por el bloque soviético dentro de la ONU durante la Guerra Fría–. En segundo lugar, refiere a cuáles conductas resultan alcanzadas por tal tipificación; analizando *in extenso* dos extremos relacionados con el art. II CG: la referencia subjetiva del tipo “(...) cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados *con la intención de destruir*”, y el elemento normativo del tipo que sigue a aquella “*total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (...)*”. Extremo, este último que la doctrina continental europea e iberoamericana ha tratado extensamente y, por cierto, con mucha mayor enjundia que lo aportado por la doctrina inglesa.

Respecto de la referencia típica “*con la intención de destruir (...)*” del art. II CG. El autor le reconoce –aunque con titubeos– la cualidad de “dolo específico”; si bien es cierto que hubiese sido preferible hablar de “referencia subjetiva del tipo distinta del dolo” –más acorde con las categorías típicas subjetivas post-finalistas–. Además, el autor debió ser más claro en su análisis: señalando que, conforme a dicha referencia subjetiva, todo interviniente en el delito de genocidio debe observar una intención de destruir, en todo o en parte, a determinado grupo social. Resultando de mayor relevancia, que dicha intencionalidad debe verificarse en el momento mismo en que el sujeto pone en marcha el curso causal correspondiente a su conducta; enervándose, así, toda posibilidad de imputación a título de dolo eventual. Ahora bien, ello no significa que tal intencionalidad haya de verificarse en el momento de potenciar, coadyuvar o fomentar cualquiera de los factores que propician una escalada de violencia social que, eventualmente, conduzca a un genocidio. Bien al contrario, dicha intencionalidad ha de verificarse sólo en el momento de comenzar a desplegar la concreta conducta típica del genocidio (y no respecto de aquellos extremos que generaran el contexto de crisis social en virtud del cual pudiere desplegarse tal conducta típica).

El capítulo tercero trata de la importancia de considerar y comprender al genocidio dentro de un contexto más amplio, continente de otro tipo de atrocidades masivas tales como los crímenes de guerra, lesa humanidad y limpiezas o depuraciones étnicas. Ello de conformidad con un Derecho internacional que pretende comprometer a los diferentes centros de poder político en el respeto y protección de los individuos. Se trata de la denominada “responsabilidad de proteger”, recogida en el Informe del Secretario General de la ONU que desarrolla los parágrafos 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial de 2005. Dicha responsabilidad se inscribe dentro de una estrategia que se apoya en “tres pilares”: la obligación de proteger que incumbe al propio Estado; la asistencia internacional al Estado; y la respuesta oportuna y decisiva directa de la comunidad internacional. Éste viene así a ser –vale decir– el único capítulo de la primera parte que se articula con plena coherencia con lo desarrollado en la segunda parte, y con relación a las metas que el autor se propone alcanzar. En efecto, no cabe olvidar que se trata de un libro, más que de Derecho penal, sobre políticas de seguridad internacional y de política criminal.

La segunda parte, intitulada “*Un continuum de estrategias preventivas*”, se construye sobre el reconocimiento de que la prevención de este tipo de delitos atroces constituye la dimensión más relevante de la referenciada “responsabilidad de proteger”. Tal prevención, en realidad, consiste en un verdadero proceso (como dice el autor: un *continuum*) consistente en un abanico de estrategias que van, desde la prevención de que un genocidio ocurra; pasando por la prevención de que futuras atrocidades tengan lugar cuando un genocidio (ya) ha comenzado; llegando hasta

la prevención de futuras atrocidades, una vez una sociedad comienza su reconstrucción tras haber sufrido un delito de dicha envergadura.

El capítulo cuarto se concentra en el momento anterior al inicio de las acciones típicas de genocidio (o de cualquier otro delito atroz). Así, refiere a los factores que conducen, a largo plazo, a que una determinada sociedad caiga en el abismo de la violencia genocida. El autor describe aquí los remedios que se deberían desplegar –también a largo plazo– para oponerse, mitigar y, de ser posible, eliminar dichos factores. Regresando al elenco de “factores” que propician los genocidios, el autor analiza los efectos de las identidades sociales y del pensamiento “*nosotros vs. ellos*”: enfrentamiento social y desplazamiento de determinados grupos minoritarios que se tengan por antagonicos (fenómenos de identidades sociales en constante rivalidad, “grietas sociales”, etc.). Tal como exponía en su modelo sobre el origen de la violencia social, se trataría de aquel *factor inmediato* denominado “*pensamiento nosotros vs. ellos*” que, a la vez, hallaría su fuente en el *factor próximo* de la “*construcción psicológica del otro*” (de aquellos que no integran nuestros grupos sociales de referencia). Lamentablemente, ningún análisis (siquiera mención) hace el autor a su propio modelo a los efectos de explicar el alcance y gravedad de este “factor”. Se trata de una de las principales críticas que merece la obra: habiendo desarrollado un modelo tan completo acerca de la fenomenología que se ubica detrás de las conductas antijurídicas propias de los intervinientes (directos e indirectos, activos u omisivos) en este tipo de delitos, no se explica por qué prescindió completamente de él a la hora de explicar el alcance y composición de los referenciados “factores de riesgo”, y sus posibles previsiones y neutralizaciones. Sin perjuicio de ello, debe elogiarse el cuidadoso y pormenorizado análisis que el autor hace del resto de los factores que conducen a un genocidio, a los que cataloga en cuatro grupos, según deriven de la forma de gobierno, historia (conflictiva) de la sociedad, condiciones económicas o fragmentación social.

El capítulo quinto se refiere a los esfuerzos direccionados a mitigar situaciones de conflicto inmediato, en tiempo real, con la mayor celeridad y eficacia posibles. Se trata de determinar cómo dirigir o administrar una crisis humanitaria relativa a un delito de genocidio ya existente; y desde allí poder cesar o, al menos, ralentizar en lo posible las hostilidades o actos de persecución. Previendo, de tal guisa, futuras agresiones y muertes; evitándose la escalada de violencia consustancial a estos fenómenos criminales. De allí la importancia decisiva de tener un efectivo conocimiento sobre aquellos factores que aceleran o disparan tal escalada de violencia dentro de la sociedad. Puesto que sólo así se podrá actuar –prolongadamente– sobre ellos; mediante acciones o medidas de corte político, económico, legal e, incluso, militar (de conformidad con lo establecido en los “pilares 2 y 3” de la referenciada “responsabilidad internacional de proteger”).

El capítulo sexto estudia los esfuerzos posteriores a un genocidio. Una sociedad debe contar con un instrumental suficiente para enfrentarse, por un lado, a los efectos de ello sobre los individuos (física y psíquicamente); así como también a nivel social, procurando la reconstrucción y fortalecimiento de los lazos sociales, el fomento de la solidaridad social, y la búsqueda de justicia, verdad y memoria. Sólo así –señala– mediante estrategias y políticas a largo plazo que obedezcan a dicha teleología, se podrá estabilizar, curar y rehabilitar a la sociedad. Estrategias que se congloban en la llamada “justicia transicional”, que el autor –como miembro del Equipo de Alto Nivel cuyo *dossier* diera origen a la llamada “responsabilidad de proteger”– explica y fundamenta

de manera neutral, despojada de toda connotación política menor (con la que últimamente suelen acompañarse los comentarios o análisis a este respecto).

La tercera y última parte cierra el libro con una batería de ejemplos de conflictos relativos a delitos atroces –que han desembocado o podrían acabar desembocando en genocidios– sumamente actuales (así, Darfur, Burma, Siria, República Centro Africana, Burundi, el Daesh). También el autor –y en contra de quienes sustentan una reducción de la violencia a escala mundial– recopila una serie de índices y datos objetivos recogidos por organizaciones internacionales que acreditan una realidad altamente preocupante sobre este tipo de macrocriminalidad: a modo de ejemplo, un alza del autoritarismo en más de 96 de los 193 países miembros de la ONU; que la cuarta parte de la población mundial vive en entornos frágiles y afectados de conflictos; los aproximadamente 60 millones de refugiados a día de hoy; etc. Tales extremos le llevan a concluir que manifestaciones como “nunca más”, “memoria y justicia”, etc., se han convertido en meros mantras inconsistentes con las lentas e insuficientes políticas y acciones preventivas. Recordando, a tales efectos, aquella escena entre el Cardenal Altamirano y el gobernador portugués Hontar (de la película de Roland JOFFEE “La misión”), ante el conato de justificación del portugués respecto de las atrocidades perpetradas contra los indios: “*He hecho lo que debía, debemos trabajar en este mundo y el mundo es así*”; el otro le replica, sentenciando: “*El mundo no es así, nosotros lo hemos hecho así; yo lo he hecho así.*”