

## ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### Recensiones

Beatriz Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, por Víctor Gómez Martín.

Daniel Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, por Juan Pablo Mañalich R.

Mario Villar, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, por José Manuel Paredes Castañón.

Tonio Walter, *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden, 2016, por Bernardo Feijoo Sánchez.

### Réplicas

Réplica a la recensión de Roberto Cruz Palmera a *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, por Rolando Márquez Cisneros.

Réplica a la recensión de Mario Pereira Garmendia a *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, por Daniel Varona Gómez.

## Recensiones

### Recensión a GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017 (423 págs.)

Víctor Gómez Martín

Universidad de Barcelona

1. Tanto (y en muchos casos, tan bueno) se ha escrito ya en lengua hispana sobre el tema que la responsabilidad penal de las personas jurídicas amenaza con convertirse en uno de esos temas que irremediablemente acaban muriendo de éxito. Pese a ello, algunos trabajos siguen afrontando el nada sencillo reto de abordar el fenómeno con originalidad y valentía, sin perder con ello un ápice de rigor científico. Éste es, claramente, el caso de la monografía de Beatriz GOENA VIVES, que constituye la publicación de su tesis doctoral *Sanciones penales a personas jurídicas: criterios de modulación. Reinterpretación desde la teoría de la pena*, brillantemente defendida en la Universidad de Navarra en diciembre de 2014, y que fue merecedora de la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

2. Considerando las múltiples aristas que el objeto de análisis presenta, el trabajo que ahora aparece publicado cuenta con la indudable virtud, del mismo modo que ocurriera con la tesis doctoral de la que trae causa, de desarrollar particularmente a partir de uno de sus aspectos que menor atención ha merecido hasta ahora por parte de la doctrina penal: el sistema de atenuantes previsto en el actual art. 31 quater del Código penal español. La metodología empleada para ello no puede ser más adecuada: amplísima bibliografía –se diría que prácticamente exhaustiva–, con particular atención a la literatura en lengua inglesa y examen al detalle de las Circulares de la Fiscalía General del Estado y las (dos) resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo sobre el particular hasta la fecha de cierre de la publicación, en mayo de 2016. Todo ello, además, con el indudable valor añadido de la incipiente, pero muy intensa dedicación práctica de la autora en la materia, que confiere a la obra una sabia combinación teórico-práctica de la que sin duda se acaba beneficiando.

3. El ambicioso programa que la obra se propone es desarrollado a través de tres partes: una primera (pp. 37-69) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se contraponen los sistemas anterior y posterior a la reforma del Código penal operadas por la LO 1/2015, de 30 de abril; una segunda, la central de la monografía, en la que GOENA expone su modelo interpretativo del sistema de atenuantes de personas jurídicas a partir de la teoría del delito y, en parte, de la teoría de la pena (pp. 73-265); y una tercera parte representada por una suerte de Parte Especial del sistema de atenuantes, en la que se encuentra el desarrollo de cada una de las atenuantes previstas en el mencionado art. 31 quater del Código penal español (pp. 269-369).

4. Para GOENA VIVES, el fundamento de las atenuantes previstas para personas jurídicas en el art. 31 quáter CP debe verse en la menor necesidad preventiva (en un sentido positivo-integrador) de

pena por la realización de una acción contratípica, por medio de la cual la persona jurídica restablecería el orden social perturbado y expresaría comunicativamente un menor desvalor del hecho. Las atenuantes previstas para sociedades en el precepto de referencia llevarían, según GOENA, a la eliminación del riesgo representado por el estado de cosas antijurídico en que se habría convertido la persona jurídica como consecuencia de la comisión del hecho antijurídico. Para GOENA, en estos casos no es que se produzca una extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, sino una auténtica exclusión del tipo (*Mangel am Tatbestand*). Frente a este sugerente planteamiento cabe advertir, por una parte, que una supuesta exclusión del tipo, por ejemplo, por la institucionalización y puesta en marcha de un programa de prevención del delito efectivo, chocaría con la –difícilmente refutable– realidad del delito ya cometido. En un sistema en el que es obligado reconocer a la pena una función no sólo preventivo-especial, sino también de prevención general, resulta ampliamente discutible que ello deba regir únicamente para personas físicas, y no, en cambio, para las jurídicas.

5. No en vano, ni la propia autora de la monografía que ahora centra nuestra atención, que reconoce expresamente una función también preventivo-general a las penas para personas jurídicas, comparte esta conclusión. Pues bien, si, como parece inevitable, se admite esta última conclusión, entonces no se entiende que el hecho delictivo ya cometido pueda quedar sin pena con la simple regeneración de la sociedad. Si en una persona jurídica se comete un delito del que se derivaría responsabilidad para la persona jurídica, pero después de su comisión ésta se ha organizado de tal modo que bien podría concluirse que en el futuro dicha infracción no volverá a tener lugar, dejar el hecho sin pena supondría trasladar a la colectividad un mensaje claramente criminógeno. GOENA predice tal posibilidad (exclusión del tipo) a propósito de las cuatro atenuantes previstas en el art. 31 bis 4 CP, cuando probablemente ello sólo podría llegar a tener sentido en relación con la atenuante prevista en la letra d) de dicho precepto.

6. Para GOENA, las cuatro atenuantes previstas en el art. 31 quater CP equivaldrían a las penas recogidas en el art. 33.7 CP. Se trata de factores de modulación de correctivos funcionalmente equivalentes a la represión punitiva para sociedades prevista en el Código penal. Al enmendar el estado de cosas antijurídico, la persona jurídica dejaría de merecer pena. Sigue llamando la atención, con todo, que ello sólo rijan para personas jurídicas y no, en cambio, para personas físicas, cuando tal regeneración resulta perfectamente imaginable también de éstas. Por lo demás, ninguna de las cuatro atenuantes del art. 31 bis 4 CP permite garantizar, en modo alguno, la regeneración futura de la persona jurídica. GOENA considera que, de entre los casos previstos tras la reforma de 2015 en el nuevo art. 31 quáter CP, los recogidos en los núm. 2 y 4 podrían representar la llamada atenuante de *Compliance* parcial. De tal conclusión llama la atención, por una parte, que la delimitación entre ambas vías (las cuasi-penas y las atenuantes) no queda del todo clara; y, por otra, que la mera noción de la mencionada cuasi-pena choca con la letra de la Ley (también después de la reforma de 2015), que sólo alude a este abanico de posibles consecuencias jurídicas que ahora nos ocupan como atenuantes.

7. La naturaleza jurídica de las penas previstas para personas jurídicas en el Código penal español es, a juicio de GOENA, completamente distinta a la que caracteriza a las penas previstas para personas físicas. A su juicio, tampoco se trata de meras consecuencias interdictivas, ni de reglas de responsabilidad civil. Su auténtica naturaleza jurídica sería, antes bien, la propia de las

medidas de prevención reactiva, con una doble dimensión reestructuradora e inocuizadora. La primera se correspondería con una función preventiva, la segunda con una reactiva. Dada la disparidad lógica de estas dos dimensiones, cabe preguntarse razonablemente si ambas son realmente conciliables en un mismo concepto. En la concepción de GOENA, la imposición de la pena a una persona jurídica serviría para eliminar el injusto de aquélla, entendido como estado de cosas peligroso. En este sentido, entendida como instrumento de prevención reactiva, la pena a la persona jurídica podría asimilarse a la tercera vía sugerida por autores como MIR PUIG o SILVA SÁNCHEZ. En apariencia la concepción de GOENA se distinguiría decisivamente de éstas en el componente reactivo de la pena, ausente, en lo que alcanzo a ver, en los planteamientos de MIR y SILVA.

8. Asiste la razón a GOENA cuando afirma que la persona jurídica carece de culpabilidad. Contemplada ésta como un presupuesto de la imputación objetiva, en el planteamiento de GOENA la ausencia de culpabilidad no obstaría la posibilidad de atribuir el estado de cosas antijurídico a la persona jurídica como sujeto no libre. A la sociedad no se le imputaría, por tanto, un hecho típico, sino que se le atribuiría un estado de cosas antijurídico, de tal modo que, frente a tal circunstancia, la pena se presentaría como una medida de prevención reactiva. No obstante, cabe plantearse la duda de si dicha medida debe encontrarse recogida en el Código penal o fuera de él, acaso en una Ley especial. Aunque en abstracto GOENA acoge con simpatía esta última posibilidad, en concreto parece acabar decantándose por la primera, ya que entonces el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas acabaría beneficiándose del amplio aparato de garantías del Derecho penal. En realidad, la cuestión puede verse como un trasunto de la relativa a si las reglas de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito han de encontrarse recogidas en la legislación penal o en la legislación civil. A favor de la primera opción jugaría, ciertamente, el factor relativo a las garantías del procedimiento penal, apuntado por GOENA.

9. No obstante, resulta metodológicamente discutible que la supuesta conveniencia de una consecuencia procesal, la eventual aplicación de las garantías propias del proceso penal, constituya, al mismo tiempo, uno de los elementos a considerar en el análisis relativo a la naturaleza jurídica de la institución. En otras palabras: con carácter previo a la decisión de si la responsabilidad penal de la empresa debe dirimirse o no en un procedimiento penal, debería decidirse si puede decirse que tal responsabilidad tiene, en realidad, naturaleza penal. De lo contrario, la consecuencia del razonamiento lógico prejuzgaría uno de sus presupuestos fundamentales. Por lo demás, es evidente que, del mismo modo que, lamentablemente, ha venido sucediendo con otros ámbitos del Derecho penal, la incorporación al Código penal de instituciones no penales, o, cuanto menos, de naturaleza considerablemente diversa a la propia del Derecho penal de personas físicas, bien podría provocar un indeseado efecto contaminante en el sistema. Tal efecto podría comportar (y, en cierto modo, ya está trayendo consigo) una creciente flexibilización de criterios de imputación y garantías procesales para personas físicas, en lo que constituye una auténtica pendiente resbaladiza de imprevisibles consecuencias. Es cierto que el sistema español de responsabilidad penal de personas jurídicas sin necesidad de culpabilidad en la persona física que habría cometido el delito guarda ciertas analogías con el de medidas de seguridad, cuyo presupuesto es la peligrosidad del reo. Pero también que nada justifica la equiparación de penas para personas jurídicas con las medidas de seguridad, máxime sin que el legislador se exprese al respecto. No cabe pena en sentido estricto sin culpabilidad, y si

cabe, entonces la medida impuesta no puede ser calificada como una auténtica pena o, al menos, como una pena de idéntica naturaleza, funciones y fines que las previstas para personas físicas.

10. En las conclusiones del libro (pp. 371-376), GOENA consolida de forma sintética las consecuencias que los criterios desarrollados en la segunda parte del trabajo despliegan para cada una de las atenuantes, en lo que se presenta como el brillante colofón de una investigación que trasciende claramente a la perspectiva *de lege lata*.

**Recensión a RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (350 págs.)**

**Juan Pablo Mañalich R.**

Universidad de Chile

Al abrirse el tercer y último capítulo de la monografía, su autor esboza la siguiente respuesta a la pregunta de qué quedaría vivo de las teorías tradicionales de la pena: “(casi) todo” (p. 189). Esto podría parecer sorprendente, si se repara en que, en la introducción del libro, y tras sostener que “la reflexión continúa sin visos de solución”, RODRÍGUEZ identifica la tarea por él acometida como la de “explorar nuevas aproximaciones al problema como apuesta para desbloquear esta situación” (p. 26). Que no exista contradicción entre ambas afirmaciones es algo que depende críticamente de qué haya que entender, en este contexto, por “nuevas aproximaciones” al problema, las cuales justamente no han de exhibir el estatus de nuevas teorías de la justificación de la pena. Y éste es precisamente el caso: el propósito del libro consiste en revisar el perenne debate protagonizado por teorías de la retribución, de la prevención general y la prevención especial, midiéndolas bajo el baremo de la mayor o menor compatibilidad de sus postulados y presupuestos con un cierto *corpus* de evidencia que aportarían las así llamadas “ciencias del comportamiento”.

La convicción que RODRÍGUEZ muestra tener en lo imprescindible de semejante indagación queda de manifiesto en la afirmación con la que se inaugura el segundo capítulo: “El no haber alcanzado una teoría de la pena plenamente satisfactoria (o plenamente refractaria a los reproches que pueda sufrir) pasa, entre otras cosas pero fundamentalmente, por no haber estudiado con detenimiento a los sujetos destinatarios de la misma” (p. 87). Este diagnóstico es presentado como el balance que arroja la exploración de las ya referidas teorías tradicionales. A este respecto, la innovación más llamativa de la taxonomía bajo la cual esa exploración es organizada consiste en la sustitución de la usual distinción entre una variante negativa y una variante positiva de teoría de la prevención general por la contraposición de una teoría de la “prevención general social” y una teoría de la “prevención general jurídica” (pp. 62-63).

Es posible poner en duda que aquella distinción tradicional exhiba la equivocidad que RODRÍGUEZ le atribuye. Éste sugiere que mientras desde el punto del medio desplegado ambas formas de prevención serían “negativas” –en razón de que, en sí misma, la pena consiste en la irrogación de un mal–, desde el punto de vista del efecto buscado ambas serían “positivas”, en la medida en que la prevención de posibles delitos sería algo socialmente beneficioso. Pero esto

desconoce que hay una manera mucho más accesible de dar sentido a la distinción, desde el punto de vista de la descripción que especifica el resultado respectivamente perseguido: la prevención general *negativa* ha de ser caracterizada como una forma de acción *impeditiva*, en la medida en que el resultado cuya obtención la hace exitosa consiste sin más en la abstención generalizada de la perpetración de delitos; en cambio, la prevención general *positiva* debería ser caracterizada como una forma de acción *preservativa*, en razón de que el respectivo resultado necesita ser concebido como la persistencia de una disposición generalizada al seguimiento del derecho. (Que en el presente contexto sería impertinente apelar a la posibilidad de re-describir una acción impeditiva como una acción preservativa, y viceversa –véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 34-35–, se sigue del hecho de que aquí los respectivos resultados, consistentes en la abstención generalizada de la perpetración de delitos y en la persistencia de una disposición generalizada al seguimiento del derecho, no se encuentran en relación de oposición contradictoria, sino de oposición contraria: *tertium datur*). Pero esto deja intacta la pertinencia del reemplazo de esa distinción por una que pone el foco en el nivel ontológico que provee la descripción relevante del efecto perseguido, a saber: o bien el nivel de la realidad social en el que se desenvuelve el comportamiento de los “destinatarios de la pena”, o bien el nivel de la realidad irreductiblemente institucional en la que la respuesta punitiva al delito puede ser interpretada como una “manifestación de la soberanía del derecho”.

Esta última reformulación tiene la virtud de hacer fácilmente reconocible cuán problemática resulta la resistencia a redefinir tales teorías de la prevención general jurídica como teorías retribucionistas. Que esto baste para tenerlas por propuestas teóricamente inviables es algo que depende, en cambio, de que uno comparta los parámetros evaluativos que RODRÍGUEZ asume como premisas de su investigación. El más importante de estos parámetros está constituido por la proposición según la cual la viabilidad de una teorización de la finalidad de la punición que confiera a ésta aceptabilidad racional pasaría por adoptar una matriz consecuencialista como punto de partida, lo cual privaría de toda plausibilidad inicial a toda forma genuina de retribucionismo. A este respecto, es especialmente ilustrativo el argumento que RODRÍGUEZ esgrime contra FEIJOO, a propósito del intento de éste por articular una comprensión de la retribución jurídica no metafísicamente fundamentada, sino funcional a la estabilización de la vigencia de normas socialmente indispensables. Según RODRÍGUEZ, a semejante posición “de retribución le queda solo la conexión de la pena con el hecho pasado, pero todo lo demás es prevención, es decir, consecuencias” (p. 214).

Esta explícita identificación de “consecuencias” con “prevención” hace reconocible la adopción, por parte de RODRÍGUEZ, de una noción infra-teorizada –aunque lamentablemente muy extendida en la literatura jurídico-penal– de consecuencialismo, que lo lleva a desconocer la neutralidad meta-ética del principio de retribución, a la vez que a asumir, en muchos pasajes, una igualmente poco afortunada identificación del consecuencialismo con el utilitarismo, en circunstancias de que éste no es sino una especie (marcadamente problemática) de aquél. Esto parece contribuir a una sobre-simplificación de la denuncia de la irracionalidad presuntamente intrínseca al pensamiento retributivo, que se deja advertir en el pasaje en que RODRÍGUEZ comenta lo “paradójico [de] que tanto Platón como Hegel recurran a la comparación de la teoría que cada uno defiende con el comportamiento animal” (p. 45). Con ello se pierde de vista que cuando Platón asimila la punición *quia peccatum est* con el comportamiento de quien se venga “irracionalmente como un animal”, está caracterizando la posición del *agente* del castigo, en tanto que el alegato de Hegel contra el trato de “animal nocivo” que recibe quien es punido *ne peccetur*

tematiza, por el contrario, la posición del *paciente* del castigo. Tomar nota de esta divergencia supone advertir la centralidad que la categoría del merecimiento tiene para una concepción retribucionista de la pena, la cual es compatible con la matriz ética del consecuencialismo.

Un segundo problema lo representa la sensible omisión de una definición precisa del concepto de racionalidad que la investigación hace suyo. Ello se vuelve patente si se repara en la función argumentativa que, en atención a las conclusiones alcanzadas por la investigación en su conjunto, cumple el segundo capítulo. Esa función consiste en una refutación de la muy extendida objeción dirigida contra las propuestas teóricas que reconducen la finalidad del castigo estatal a lo que RODRÍGUEZ unificadamente tematiza como “prevención general social”, en el sentido de su falta de apoyo empírico. La objeción afecta, diferenciadamente, a las teorías de la prevención general de intimidación y de la prevención general de integración: a las primeras suele objetarse la manifiesta inverosimilitud, desde una perspectiva sociológico-antropológica, de buena parte de sus premisas, en tanto que respecto de las segundas es igualmente generalizada la denuncia de lo empíricamente inasible de sus postulados. Ante semejante estado de cosas, la apuesta de RODRÍGUEZ consiste en documentar pormenorizadamente las lecciones extraídas de las “ciencias del comportamiento”, en lo tocante a las disposiciones conductuales de los seres humanos con relevancia para la explicación de la manera en que un sistema formal de punición centralizada puede mostrar una *performance* razonablemente exitosa en el impedimento de delitos futuros.

En lo fundamental, RODRÍGUEZ pretende hacer aprovechable un vasto conjunto de datos provistos por la investigación neuro-científica, así como por la teoría de juegos. Son varias las preguntas que se abren en la evaluación de esta opción meta-teórica. Entre ellas cabría destacar la de si el trabajo de RODRÍGUEZ logra efectivamente evitar el no infrecuente error categorial –la mayor parte de las veces condicionado por una insuficiente puesta en relación del instrumental de la así llamada “neurociencia” con algunas clarificaciones filosóficas indispensables concernientes al estatuto del lenguaje de lo mental– consistente en una versión de la “falacia meriológica”: que los atributos mentales de los agentes humanos exhiban una innegable realización física no equivale a que esos atributos puedan ser radicados en alguna “parte” de su organismo (Pardo, Michael/Patterson, Dennis, *Minds, Brains, and Law*, 2013, pp. 20-22). Esto último es justamente lo que RODRÍGUEZ sugiere, empero, cuando afirma que ha de reconocerse “la participación tanto de la «parte cognitiva» como de la «parte afectiva» del cerebro en la toma de decisiones” (p. 89).

Más importante, con todo, es que esta última afirmación sea ofrecida en apoyo del alegato por abandonar aquella concepción tradicional de la racionalidad del comportamiento humano que responde al modelo del *homo economicus*, abrazado por la economía neoclásica, cuyas premisas “son demasiado sencillas para explicar un fenómeno tremendamente complejo” (p. 88). Para sustentar esta toma de posición, RODRÍGUEZ ofrece una revisión de la cada vez más nutrida literatura específicamente dedicada a la racionalidad de los emociones, perfilando dos “sentimientos especialmente importantes” para dar cuenta de las decisiones que los seres humanos tienden a adoptar en aquellas situaciones de interacción estratégica a cuyo modelamiento se orienta la teoría de juegos, a saber: el sentimiento de justicia, también tematizado como “de equidad”, y el sentimiento de reciprocidad, ulteriormente especificado como uno de “cooperación condicionada”. La manera en que el primer “sentimiento” –que en rigor tendría que ser caracterizado, más bien, como una disposición conductual emocionalmente condicionada– se desplegaría como factor con relevancia decisional es descrita a través de un análisis de una serie de variantes de situaciones de interacción estratégica, que incluyen el “juego

del ultimátum”, el “juego del dictador” y el “juego de la impunidad”; lo propio ocurre respecto del sentimiento de cooperación condicionada, a propósito del cual son traídos a colación el “juego de los bienes públicos”, el “juego de la inversión” y el “juego del intercambio de prestaciones”.

No deja de haber algo de candor en la suposición de que el paradigma economicista de la maximización individual de utilidad ostentaría el estatus de *la* concepción “tradicional” de la racionalidad. Que RODRÍGUEZ deje fuera de consideración, verbigracia, la noción de racionalidad valorativa acuñada por WEBER, así como la reconstrucción habermasiana de una forma de racionalidad propiamente comunicativa, contrapuesta a la racionalidad estratégica, probablemente se explique por su concentración en la bibliografía inmediatamente concernida con los resultados de la investigación empírica modelada a partir de la teoría de juegos. Esto no obsta, sin embargo, a que el análisis desplegado por RODRÍGUEZ resulte especialmente sugerente en múltiples sentidos, el más importante de los cuales, me parece, emerge con su caracterización general del delito como una forma de comportamiento socialmente anti-cooperativo –en cuanto constitutivo de *free-riding*–, que es justamente lo que hace explicable, en la perspectiva evolucionista privilegiada por RODRÍGUEZ, que la respuesta social a aquél tienda a consistir en la materialización punitiva de determinadas emociones reactivas –como célebremente las etiquetara STRAWSON– asociadas a la frustración de expectativas de justicia (distributiva) y reciprocidad. Desde este punto de vista, RODRÍGUEZ aporta un punto de vista con relevancia para poner en cuestión la tan recurrente contraposición dicotómica del contenido de injusto propio de la infracción de algún “deber negativo”, fundamentado en un principio de autonomía, y de aquel propio de la infracción de un “deber positivo”, fundamentado en principio de solidaridad.

Es posible poner en duda cuán inmediata pueda ser la extrapolación de la evidencia así presentada para la explicación del funcionamiento de la pena estatal; esta preocupación encuentra asidero en el hecho, no problematizado por RODRÍGUEZ, de que el uso que se hace de la expresión “castigo” para caracterizar la respuesta con la que, en alguna versión posible del juego del ultimátum, el respondedor reacciona frente a la propuesta eventualmente no cooperativa que el proponentor le dirige, no deja de ser metafórico. Pero ello no logra, en un ápice, mermar la refrescante contribución que su investigación representa para el debate doctrinal acerca de la teoría de la pena en el concierto hispanoparlante, introduciendo una perspectiva innegablemente innovadora para repensar una controversia cuyos términos heredados se muestran muy resistentes a cualquier esfuerzo de redefinición.

Que los antecedentes así aportados efectivamente demuestren que, entre las tradicionales teorías de la pena, la mejor aspectada resultaría ser la teoría de la prevención general social, en razón de la funcionalidad que la punición puede exhibir tanto como herramienta de disuasión cuanto como mecanismo de mantenimiento de la cooperación, es algo que puede quedar abierto. Pero ante la observación de que el comportamiento de los participantes del “juego del ultimátum de partida única”, en el cual “el rechazo de la oferta ya no puede evitar el incumplimiento futuro porque no habrá más contactos entre los participantes”, haría reconocible la disposición a “castigar aun cuando eso suponga un coste personal y aun cuando ello no maximice el bienestar social agregado” (p. 166), es difícil pasar por alto que ésa es precisamente la situación que KANT metafóricamente ejemplificaba imaginando una isla habitada por un pueblo cuyos integrantes decidieran separarse y esparcirse por la faz de la tierra. Y es más difícil aún pasar por alto que la sugerencia de que en tal situación tendría que ser ejecutada hasta la última pena ya impuesta,



“para que así cada cual experimente de vuelta lo que valen sus hechos” (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, A 199, B 229), es indicativa de la misma disposición que parecen mostrar quienes ocupan el lugar del respondedor en semejante versión del juego del ultimátum.

**Recensión a VILLAR, Mario, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016 (285 págs.)**

**José Manuel Paredes Castañón**

Universidad de Oviedo

El libro que comento examina un problema que, según cómo se mire, puede ser visto bien como un tema permanente de discusión en la tradición de la dogmática penal, o bien, en cambio, como algo bastante novedoso. En efecto, por una parte, es evidente que el elenco de cuestiones que surgen en torno al papel que ha de tener el resultado típico en la valoración de la conducta delictiva viene siendo discutido desde siempre (y, cuando menos, ya desde el siglo XIX de manera muy profunda) en la teoría jurídica del delito: así, cuestiones específicas propias de los delitos de resultado, como la de las condiciones para la imputación objetiva del resultado típico a la acción, la del objeto del dolo y la –correlativa– de la delimitación y tratamiento de los supuestos de error de tipo relevante que afectan al curso causal, o la del alcance de los deberes de cuidado; pero también problemas más abstractos, como el del respectivo papel que el desvalor del evento (lo que tradicionalmente se ha denominado –impropiamente, a mi entender– “*desvalor del resultado*”) y el desvalor de la acción deben tener en la determinación de los criterios de juicio acerca de la antijuridicidad de una conducta y, en el caso del desvalor de acción, el peso relativo de los factores externos e internos (también se habla –impropiamente– de factores “*objetivos*” y “*subjetivos*”), son todas ellas cuestiones sobre las que se ha reflexionado largamente en la dogmática jurídico-penal contemporánea. Todo ello, con notables avances y conclusiones, a la hora de hacer efectivamente vigente en este ámbito el principio de responsabilidad subjetiva (a tenor del cual no debería atribuirse ninguna responsabilidad que no pueda remontarse hasta una decisión –culpable– del agente), en tanto que uno de los criterios fundamentales para una imputación justa de responsabilidad por las conductas penalmente típicas.

Por otra parte, sin embargo, es cierto que usualmente la teoría general del delito no ha abordado (no, cuando menos, de un modo frontal) el problema moral subyacente a todas estas cuestiones acabadas de enumerar: aquello que en filosofía moral se ha dado en llamar el problema de la “*suerte moral*” (*moral luck*). El problema ético de la suerte moral existe allí donde parte o todos los factores que se toman en consideración para valorar una determinada acción y a su agente, y para atribuir a éste responsabilidad por aquella, no dependen de comportamientos del propio agente, sino de otras causas no controlables por él (y muchas veces completamente azarosas). En estas circunstancias, el dilema ético que surge es el de cómo cohonestar el hecho de que alguna parte de –en el límite, todo– lo que contribuye a la causación del acontecimiento moralmente relevante no depende principalmente de la decisión del agente con la posibilidad de, pese a todo, hacerle responsable de su acción. El de cómo evitar, en suma, que alguien sea hecho responsable

(completamente responsable) por algo (un acontecimiento) que, en realidad, sólo en alguna medida -mayor o menor, según los casos- ha estado bajo su control.

Tal y como Mario VILLAR señala (siguiendo en esto a Thomas NAGEL), son diversos los ámbitos en los que el problema de la suerte moral puede plantearse. En lo que a nosotros nos interesa más, la suerte puede afectar (suerte constitutiva) a la constitución de la personalidad psíquica del agente y afectar, por lo tanto, a su capacidad para la culpabilidad. O (suerte circunstancial) a las circunstancias en las que la acción tiene lugar, afectando entonces bien al desvalor objetivo de la acción (imprudencia y/o causas de justificación), o bien al juicio de reprochabilidad personal por la conducta. O también a las posibilidades de acceso a conocimientos relevantes por parte del agente (suerte epistémica). O puede, en fin, afectar a la magnitud del resultado causado por la acción (suerte resultativa) y/o a las características del curso causal que conduce al mismo (suerte causal).

El libro de Mario VILLAR, después de presentar en su globalidad (y en términos generales) el problema de la suerte moral, concentra su atención en sus consecuencias jurídico-penales en el ámbito de la imputación del resultado típico y de su relevancia para la valoración subyacente al juicio de antijuridicidad. No intenta, pues, resolver por completo los dilemas que en el ámbito de la imputación jurídico-penal se suscitan, sino solamente algunos de ellos.

En este sentido, existe un cierto desequilibrio entre la primera parte -la que plantea en general los problemas de suerte moral- y la segunda, que, bajo el equívoco título de "*suerte penal*", se concentra en realidad únicamente en lo que Thomas NAGEL ha denominado suerte resultativa. Es decir, no, desde luego, en todos los problemas de suerte moral relevantes para el Derecho Penal, puesto que el problema que analiza solamente tiene importancia en los delitos de resultado, no en los de mera actividad. Y, además, ni siquiera se analizan todos los problemas de suerte moral específicos de los delitos de resultado (así, por ejemplo, no se examinan las consecuencias en materia de *aberratio ictus*), sino tan sólo, en concreto, el de la problemática relación entre el resultado típico causado por la acción delictiva y ésta última, a la vista del hecho de que, por regla general, el resultado es fruto de una concatenación de factores co-causantes, el control de varios de los cuales no puede ser atribuido al agente. Es decir, se analiza, en definitiva, la cuestión moral subyacente al debate acerca del papel del desvalor del evento propio de los delitos de resultado (el derivado del evento dañoso causado por la acción y conceptualmente independiente de esta) en la fundamentación del juicio de antijuridicidad penalmente típica: la cuestión de en qué medida está moralmente justificado tenerlo en cuenta, a la vista de los problemas de suerte moral (resultativa) inherentes.

Con estas limitaciones, la monografía de Mario VILLAR estudia las respuestas que a esta dificultad han intentado dar diferentes corrientes de opinión jurídica, prestando especial atención a la teoría ética y jurídica anglosajona. Ello ocasiona, a mi entender, un nuevo desequilibrio en el tratamiento, pues, en cambio, el tratamiento de la dogmática jurídico-penal de tradición continental resulta excesivamente limitado: se exponen y critican, sí, las propuestas de la teoría subjetivista de la antijuridicidad (para entendernos: la encabezada por Diethart ZIELINSKI), pero no se examina con detenimiento el desarrollo en este ámbito de la teoría de la imputación objetiva y de sus antecedentes en las doctrinas alemana e italiana (a pesar de que, finalmente, el autor opta por proponer soluciones muy próximas a las que esta teoría ha venido a elaborar).

Sea como sea, el recorrido por la discusión doctrinal anglosajona resulta verdaderamente ilustrativa. Y lo es, especialmente, por el hecho de que únicamente en ella se ponen de manifiesto de manera completamente explícita las implicaciones morales del debate. La dificultad, de una parte, de fundamentar el concepto de responsabilidad moral por las consecuencias de la acción sobre la base de la idea de control, pues, como se ha señalado, ello se enfrenta a los dilemas derivados de los fenómenos de suerte moral resultativa: en efecto, la magnitud, y aun la cualidad, de las consecuencias causales de una acción (incluso de una acción dolosa, cuanto más de la meramente imprudente) sólo en alguna medida parcial –en el mejor de los casos– depende del control ejercido por el agente sobre el curso de los acontecimientos, de manera que, si el control absoluto es necesario para fundamentar la responsabilidad, entonces el desvalor del evento propio del resultado típico debería quedar excluido de entre los criterios que justifican el juicio de antijuridicidad (y la gravedad de la pena).

(Debe observarse, en efecto, que la cuestión de la justificación moral de la atribución de responsabilidad por el resultado producido hace estrecha relación al problema de la justificación de la pena: si, como se suele defender, los fines de las penas tienen que ver –entre otras cosas, cuando menos– con la prevención de desvalores de eventos y/o con el castigo justo por el merecimiento de pena inherente a la acción delictiva, entonces cualquier cuestionamiento del papel del desvalor derivado del resultado típico en el juicio de antijuridicidad ha de afectar, por fuerza, a la legitimidad de la pena, tanto en abstracto como en la graduación de su magnitud para delitos y para casos concretos.)

En este sentido, las posiciones de los partidarios de una fundamentación puramente subjetiva de la antijuridicidad penal (quienes dentro del debate moral y jurídico anglosajón han optado por esta alternativa: Stephen J. MORSE, David LEWIS, Joel FEINBERG, Steven SVERDLIK, de entre los estudiados en el libro) resultan moralmente impecables (cuando menos, para el caso del delito doloso –el delito imprudente no es examinado de manera específica en el trabajo): si el agente solamente puede ser hecho responsable por aquello que controla plenamente, es claro que no puede serlo por el resultado típico, ya que nunca posee el pleno control del mismo. Por lo que la única alternativa moralmente aceptable sería fundamentar el juicio de antijuridicidad exclusivamente en la acción. Más aún: en la intención del agente (equiparando tentativa y consumación), puesto que tampoco todas las vicisitudes de la conducta son controladas plenamente por aquél.

Siendo correcto todo lo anterior, sin embargo, es verdad que –como certeramente indica VILLAR– es el subjetivista un camino que, al cabo, resulta sin salida. Y ello, cuando menos por dos razones. La primera es que, si llevamos hasta el final la exigencia de control total por parte del agente sobre los hechos externos por los que se le pretende imputar responsabilidad (como exigiría una mínima coherencia en la pretensión que se mantiene de hacer valer de modo ilimitado el principio de responsabilidad subjetiva), entonces la exclusión de elementos del juicio de desvalor no puede detenerse en el resultado típico separable de la acción, sino que habrá que negar también relevancia a características externas de la acción misma, y aun a ciertos aspectos de la intención del agente, puesto que unos y otros pueden verse afectados por fenómenos de suerte no imputables a aquél: suerte constitutiva (la personalidad psíquica del agente condiciona de manera terminante la estructura de sus motivaciones para actuar), suerte epistémica (factores de azar pueden llevar a que el agente sea más o menos consciente de ciertos hechos en el momento de obrar), suerte circunstancial (determinadas circunstancias azarosas pueden condicionar la manera –por ejemplo: alevosía, abuso de confianza,... – que adopte la acción),... De este modo se

llegaría incluso a la disolución de cualquier fundamento posible para la responsabilidad por actos propios (al disolverse también buena parte de los fundamentos de la responsabilidad en los delitos de mera actividad, y en la tentativa de delito, y en el dolo, y...). Lo cual no parece ni muy razonable ni muy constructivo, a los efectos de configurar un sistema de regulación social del comportamiento humano.

Por otra parte, sucede también que, cuando se observan las conductas objetivamente dañosas desde el exterior, con los ojos de un observador externo, no resulta tan evidente que pueda prescindirse completamente de la relevancia de la ocurrencia del resultado típico. En efecto, parece claro que, en general, a los ojos de cualquier individuo, normalmente las acciones inmorales con consecuencias dañosas poseen una relevancia que no tienen las que no las producen. Ello, evidentemente, no es casual, sino que obedece al hecho de que, desde un punto de vista puramente fáctico (natural), la moralidad es un producto evolutivo, que tiene antes que ver con la funcionalidad para la supervivencia de la especie que con cualquier suerte de finalidad trascendente: desde este punto de vista, resulta indudablemente más peligrosa la acción inmoral dañosa que la no dañosa. Es cierto que, una vez constituido (por causas evolutivas) el ámbito de la moralidad, cabe defender (como se suele decir que hizo I. KANT) que dentro del mismo lo más racional es prescindir del aspecto externo de las conductas. Pero ello en absoluto resulta evidente: cabe sostener, por el contrario, que hay razones morales (mayor relevancia comunicativa, mayor desvalor objetivo en la acción, mayor necesidad de prevención, mayor coste social,...) para considerar *-ceteris paribus-* más graves las conductas dañosas y las inminentemente peligrosas que aquellas que, aunque también malintencionadas, lo sean menos. Así lo han hecho, dentro de la doctrina anglosajona, autores como Adam SMITH, Michael S. MOORE, Michael DAVIS, Leo KATZ, Christopher RUSSELL, Steven SHAVELL, Michael ZIMMERMAN, John GRECO, Judith Jarvis THOMSON, George P. FLETCHER, todos ellos examinados en el libro.

Por lo demás, la cuestión es aún mucho más discutible cuando, como ocurre en el caso del Derecho, de lo que se trata no es de un punto de vista individual acerca de lo que cada uno valora como bueno o como malo, sino de uno colectivo (e impuesto, además, de forma coercitiva), que pretende estandarizar conductas: en este caso, parece que la referencia al principio del daño, como límite a las conductas que pueden ser legítimamente objeto de la coerción estatal, resulta ineludible, no sólo por razones liberales (respetar la pluralidad de modelos de vida buena), sino incluso por pura racionalidad económica (para decirlo con Michel FOUCAULT: por pura economía en el ejercicio del poder).

Si todo lo anterior es cierto (es decir: si no es razonable vincular estrictamente responsabilidad por los propios actos a control total sobre los factores co-causantes de los mismos y si, además, resulta difícil prescindir por completo de los efectos externos *-causales-* de la acción), entonces la cuestión es más bien determinar cuáles son los límites moralmente plausibles a la toma en consideración de las consecuencias causales de la acción, al atribuir responsabilidad por ésta. Límites que, sin duda, aun cuando no se acepte el criterio del control absoluto por parte del agente como límite de la imputación (puesto que, como veíamos, tal criterio aboca a la disolución de la idea de responsabilidad), deberán servir cuando menos para excluir la relevancia de aquellas consecuencias causales cuya valoración no se justifica de ningún modo, por aproximar más la operación a una lotería (a un reparto de la responsabilidad por puro azar) que a un auténtico juicio de responsabilidad. Es decir, se trata en todo caso de limitar el impacto del fenómeno de la suerte penal sobre la responsabilidad penal por el resultado (ya que no parece

posible eliminarlo por completo), para excluirlo allí donde su relevancia resultaría moralmente insoportable.

Me parece que esta limitación del efecto de la suerte resultativa sobre la responsabilidad por el resultado típico en los delitos de resultado puede ser intentada por dos caminos diferentes, no necesariamente excluyentes entre sí. En primer lugar, cabe intentarlo por la vía de los elementos internos: así, por ejemplo, Judith Jarvis THOMSON ha mantenido que, desde el punto de vista moral, solamente se justifica tomar en consideración el resultado causado por la acción en la medida en que su configuración dé expresión a estados mentales del agente valorativamente relevantes, que serían el auténtico objeto de valoración. De este modo, por ejemplo, estaría justificado tomar en consideración, a efectos del juicio de antijuridicidad, el resultado obtenido por el agente –la muerte de la víctima, por ejemplo– mediante una acción peligrosísima, realizada con dolo directo y sin desviación alguna en el curso causal (un disparo a quemarropa en la cabeza con una pistola de grueso calibre, por ejemplo), porque necesariamente –sin duda de ningún tipo– un agente imputable ha de haber adoptado la decisión de realizar dicha acción teniendo en cuenta, como motivo principal de su volición, el deseo de que la víctima fallezca de muerte violenta. Y ello sería algo que puede ser legítimamente valorado, para agravar su responsabilidad. En cambio, en la medida en que vaya resultando más dudosa la conexión entre volición y resultado causado por la acción, iría siendo más débil el fundamento de la valoración del resultado a efectos de antijuridicidad (y de pena)... hasta el límite de su completa irrelevancia (en los casos, por ejemplo, de *aberratio ictus* por error invencible sobre el desarrollo del curso causal).

No es éste, sin embargo, el camino tomado por Mario VILLAR. Aunque no acaba de perfilar en detalle la solución que propone (en este sentido, la lectura del libro acaba por dejar un regusto insatisfactorio), sí que apunta con claridad que la forma de determinar qué resultados típicos deben ser tomados en consideración y cuáles no ha de basarse más bien en consideraciones de orden objetivo. En concreto, VILLAR formula su (esbozada) propuesta de solución a través de la idea de mundos posibles (tan cara a la filosofía de la lógica contemporánea): según él, cuantos más mundos posibles alternativos (a aquel en el que tuvo lugar efectivamente, a través de un determinado curso causal, el evento-resultado típico) contengan igualmente ese mismo evento-resultado, más razones habrá para no valorarlo como obra principalmente del azar y, en cambio, más para que se justifique moralmente la atribución del mismo a la conducta del agente. La determinación de cuáles son esos mundos posibles en los que el resultado habría tenido también lugar es hecha depender por VILLAR de las condiciones de seguridad (= medidas de cuidado) que el agente haya añadido, como acciones auxiliares, a la acción típica principal, reduciendo así la probabilidad de que el resultado llegue a producirse. Y el fundamento de esta manera de fijar el criterio de delimitación de la relevancia del resultado estribaría en el deber estatal (en el Estado liberal) de permanecer neutral frente a los diferentes modelos de vida buena, también a la hora de distribuir la responsabilidad (y la sanción) por acciones infractoras: solamente basándose en criterios tan intersubjetivamente aceptables como estos el reparto sería neutral (al no depender del carácter, de los motivos, de la intención) y, a la vez, no arbitrario.

Hasta donde alcanzo a ver, parece plausible considerar esta propuesta como otra forma de presentar la consolidada idea, propia de la teoría de la imputación objetiva, de condicionar la imputación del resultado típico a la existencia de una “relación de riesgo” entre acción y resultado. Otra forma que, si, de una parte, está mucho menos elaborada en sus detalles y desarrollo de lo que a estas alturas lo está la teoría de la imputación objetiva, también es cierto, de

otra, que en su diferente modo de presentación hace mucho más explícitas las implicaciones éticas de la discusión. Obsérvese, en efecto, que lo que el autor está proponiendo, en suma, es determinar qué resultados co-causados por la acción típica deben ser tomados en cuenta a efectos del juicio de antijuridicidad sobre la base de dos clases de criterios: criterios de probabilidad y criterios de decisión racional óptima. De manera que, según esto, habría tantas más razones para valorar el desvalor del evento-resultado cuanto mayor sea la probabilidad inicial de que tuviese lugar y cuánto más subóptimas hayan sido (en términos de racionalidad instrumental) las decisiones adoptadas por el agente, a la hora de configurar su acción.

Pese a todo, no estoy yo tan seguro de que, contra lo que VILLAR -y, con él, la teoría de la imputación objetiva- mantiene, una delimitación puramente objetivista del espectro de resultados típicos que está justificado tomar en consideración resulte plenamente satisfactoria. Tiendo a pensar, por el contrario, que, incluso en el delito imprudente de resultado (cuanto más en el doloso), tomarse en serio el objetivo de limitar drásticamente el impacto de los fenómenos de suerte moral resultativa y de suerte moral causal sobre el juicio de antijuridicidad implica atender no sólo a los criterios de índole objetivista (de probabilidad y de optimización de la decisión), sino también, además, a otros relativos a los elementos internos del delito: a los estados mentales, motivos e intenciones del agente que han configurado su decisión de actuar, y a la correspondencia entre los mismos y las características del resultado producido. Desde luego, establecer tales correlaciones, y extraer las consecuencias valorativas de las mismas, no parece sencillo, a la vista de la heterogeneidad de los elementos que habría que relacionar (elementos internos y elementos externos) y, sobre todo, de la falta de claridad -conceptual y empírica- existente todavía en relación con estos últimos. Pero nadie ha dicho que hacer efectivas las exigencias de la justicia en el marco de la imputación jurídico-penal sea sencillo, ni intelectualmente poco exigente.

**Recensión a WALTER, Tonio, *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden, 2016 (21 págs.)**

**Bernardo Feijoo Sánchez**

Universidad Autónoma de Madrid

-I-

Este pequeño cuaderno con el título "*Pena y retribución - Rehabilitación y límites de un principio*" intenta esbozar de forma clara y sencilla lo que el autor denomina una *teoría del Derecho Penal que define como "sociológico-empírica"*.

El libro parte de una reciente sentencia condenatoria a Oskar GRÖNING, el denominado "contable de Auschwitz". El autor entiende que una condena después de 70 años sólo tiene sentido por el hambre de justicia de los seres humanos, que identifica de partida con la necesidad de retribución.

Reconoce que en la Ciencia del Derecho penal la retribución de la culpabilidad como fin de la pena no constituye una posición asentada. Considera que dicho malentendido obedece a cuatro razones: a) La presunción de que el que tiene en cuenta la retribución como fin quiere penas duras e inhumanas. b) Que el que defiende la retribución entiende ésta como la única reacción con sentido y necesaria frente a delitos. c) En estrecha relación con el error anterior, que una teoría retributiva exige invariablemente una retribución completa. d) Que la retribución como fin de la pena sólo puede fundamentarse metafísicamente y no en referencia a su utilidad para la sociedad.

Frente a tales objeciones el objetivo de WALTER en este trabajo es exponer: a) Que la retribución como fin de la pena se puede fundamentar desde una perspectiva sociológico-empírica, es decir con base en resultados científicos o empíricos y teniendo como objetivo una utilidad social. b) Que una pena retributiva no tiene que ser de ningún modo la más dura o inhumana de las posibles. Entiende que el principio retributivo establece límites al Derecho Penal que, en muchos casos, son traspasados por el Derecho vigente. c) Que el Estado tiene en paralelo a la retribución de la culpabilidad el deber de encontrar otras respuestas a los delitos que retribuye. Hace referencia a las ideas de prevención y resocialización como mecanismos de reducción de la delincuencia. d) Prevención y resocialización mitigan el principio retributivo. Por ejemplo, a través de sustitutivos de la pena.

El autor parte de una definición tradicional de la pena como un *mal* que sufre el autor y que, además, debe sufrir. Dicho mal debe resaltar el desvalor jurídico de la sentencia condenatoria. Esta sería una diferencia esencial entre las penas y las medidas de seguridad y corrección, al tener éstas como fin ayudar al autor a recuperar el control sobre sí mismo y su vida. El encierro –como experiencia dolorosa– es el fin de la pena, mientras en la medida de internamiento no es más que un epifenómeno.

A continuación pretende clarificar el concepto de retribución. Después de unas consideraciones etimológicas, conceptualmente considera que se debe diferenciar retribución de venganza en una línea bastante habitual en la filosofía alemana y anglosajona. La venganza no conoce medida y es siempre una reacción destructiva y agresiva. En cuanto a la retribución como fin de la pena considera que hay que diferenciar la perspectiva iusfilosófica de su perspectiva sociológico-empírica. Señala en su texto que no se va a ocupar de la primera, que complementaría la suya.

Parte de que todo ser humano siente una necesidad de retribución cuando experimenta un trato injusto. Entiende que si todo ser humano siente tal necesidad, también la tiene la sociedad en la medida en la que los seres humanos son los que la componen. Por lo tanto, si no se viera satisfecha esa necesidad esencial de la sociedad, ésta se volvería inestable. Los ciudadanos empezarían a irritarse contra el inactivo Estado y a tomarse la justicia por su mano. Entrarían en escena los linchamientos, la venganza sin freno ni medida y la desconfianza y enemistad contra la Administración de Justicia. En la medida en la que una sociedad ha de tener el derecho de mantener las condiciones que su *estabilidad* necesita, tiene a su vez el derecho de satisfacer las necesidades de retribución –añade el autor, que de forma ordenada, con una dimensión humana y de forma civilizada.

Considera el autor que de esta manera hace una propuesta plausible basada en la idea de que vivimos en una sociedad digna de ser mantenida que tiene el derecho de asegurar su estabilidad.

En referencia a su artículo en *ZIS* 2011, pp. 638 ss., basa la existencia de necesidades retributivas en *estudios de psicología de la conducta*. Los estudios a los que hace referencia son básicamente los recogidos en CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, *Journal of Personality and Social Psychology* 83 (2002), pp. 284 ss.; CARLSMITH, *Social Justice Research* 21 (2008), pp. 119 ss. En ellos se constata que aunque las personas asumen en general de partida la intimidación como fin de la pena, en sus prácticas de determinación de la pena concreta se orientan más por criterios de merecimiento y justicia que disuasorios; vendrían a demostrar que las personas, cuando son interrogadas al respecto, determinan la pena para un caso concreto teniendo en cuenta necesidades retributivas como factor determinante. Pone el ejemplo de que en un hurto los consultados tienen en cuenta en sentido atenuatorio el hecho de que el autor, como Robin Hood, sustrae para entregarle el botín a los necesitados, mientras consideran irrelevante el escaso riesgo de detección y detención (de enorme relevancia desde una perspectiva preventivo-intimidatoria).

Entiende que la idea de la doctrina de que esto significa que la retribución es la esencia de la pena pero no su finalidad es lógicamente correcta, pero no convincente, porque la pena estaría orientada a fines ajenos a su esencia. Sería, según el autor, como poner una vaca lechera a hacer de perro guardián en una casa.

Frente a la objeción de que puede incurrir en una falacia naturalista ya que de la existencia de necesidades retributivas en los seres humanos no se deriva necesariamente que haya que satisfacerlas, su respuesta es que los órganos de justicia no tienen que responder a las reglas de la lógica, sino a las pretensiones de un "público" que tiene que ser convencido. Esto último es lo esencial ya que de ello depende la existencia de nuestras sociedades.

Después de considerar que el perdón que predicen algunas religiones no se corresponde con la realidad social, se enfrenta a la cuestión de por qué no necesitamos más teorías de la pena que la retribución.

Empieza con la teoría de la *prevención especial*. Considera que en caso de delitos graves como el homicidio o el asesinato la pena se debe imponer con independencia del pronóstico sobre la reincidencia del autor. Entiende que ello es por razones retributivas. La prevención especial tendría sólo un papel con respecto a las medidas de seguridad y corrección y para la individualización de la pena en sentido amplio.

En relación a la *prevención general intimidatoria*, entiende WALTER que, si bien es cierto que las penas pueden intimidar, ello sólo sucedería con autores que realizan un cálculo frío sopesando costes y beneficios, tal como puede suceder en los delitos de defraudación tributaria. Entiende que ello sólo acontece si el autor cuenta con ser descubierto. Por consiguiente, los efectos intimidatorios precisan de dos presupuestos excepcionales: a) se tiene que tratar de hechos que son cometidos de forma racional y b) para los destinatarios de la norma tiene que existir una probabilidad cierta de ser descubiertos y castigados. En los delitos graves entiende el autor que



tales presupuestos serían absolutamente extraordinarios, cuando se hace más necesaria una teoría de la pena plausible precisamente en relación a los delitos que acarrear penas más graves.

Considera además WALTER que no es discutible que la pena no puede ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor. La culpabilidad no es sólo el fundamento de la determinación de la pena, sino también de sus límites. Por ello no puede existir en un sistema como el alemán una pena auténticamente intimidatoria que exceda de lo necesario para compensar la culpabilidad del autor. Una pena grave en caso de un delito leve vulnera el principio de culpabilidad. Reconoce el autor la dificultad de establecer una correspondencia entre culpabilidad y cuantía de la pena, pero ello no altera la conclusión de que las penas intimidatorias en sentido estricto estén excluidas del sistema alemán. Esta conclusión, junto con la idea de que las penas sólo intimidan en supuestos extraordinarios y prácticamente tienen un efecto intimidatorio nulo en los delitos más graves, abogaría por descartar la prevención general negativa como teoría de la pena.

Objeta a la *prevención general positiva*, entendida como la pena que tiene como objetivo fortalecer la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma que el autor ha violado, que esto puede ser un efecto secundario de las penas que ha de ser bien recibido, pero que no tiene sentido con respecto al Derecho Penal nuclear. La prohibición de matar no necesita una confirmación estatal ya que no necesita ser reforzada frente a personas mentalmente sanas. Un Estado que no reaccionara a una vulneración de normas centrales de este tipo no daría lugar a una desestabilización de dichas normas, sino del propio Estado. La conclusión de WALTER es que si las normas nucleares de nuestra sociedad no necesitan una estabilización contrafáctica, la prevención general positiva no sería más que –quizás y de vez en cuando– un efecto secundario útil de la pena, pero no su auténtico fundamento.

Señala WALTER que, al presentar todas las teorías preventivas de la pena alguna deficiencia, algunos autores piensan que se deben combinar entre ellas para compensar sus correspondientes debilidades. Esto lo denomina la “tesis de la combinación”, que se corresponde con lo que tradicionalmente la doctrina define como *teorías mixtas o unitarias*. Personaliza sus críticas en la idea de HÖRNLE de que no puede existir un único fin homogéneo de la pena ya que entiende esta autora que deben existir tantos fines de la pena como finalidades específicas de los tipos penales (protección del medio ambiente, de la vida, etc.). Objeta WALTER que tal combinación para superar lagunas o deficiencias es innecesaria para una teoría retributiva que él entiende que no presenta lagunas explicativas. Todos los tipos penales tienen el mismo fin: hacer visibles las infracciones de reglas que la comunidad jurídica entiende como especialmente reprochables. Es evidente para el autor que cada norma de conducta tiene fines diferentes (no debes matar protege la vida, no debes robar protege la propiedad, etc.), pero el tipo penal que refuerza dicha norma con una pena sólo tiene el sentido de subrayar en rojo dicha norma.

En la parte final del trabajo insiste en que el legislador debería hacer un mayor esfuerzo para orientarse a las necesidades retributivas de los ciudadanos cuando fija el marco penal de las figuras delictivas. El legislador debería tomar en consideración de forma más intensa conocimientos empíricos al respecto y se debería preocupar de mejorar dichos conocimientos. El referente no sería una masa informe de opiniones recabadas a través de encuestas a realizar cada

cierto tiempo, sino un ciudadano informado de la realidad criminal y de las sanciones. Considera que estas ideas deberían utilizarse también para tomar en consideración qué conductas entienden los ciudadanos como merecedoras de pena, incluyendo la despenalización de ciertas conductas actualmente tipificadas (por ejemplo, las encuestas indican una aceptación masiva de la eutanasia bajo determinadas condiciones).

-II-

La peculiaridad de la teoría retributiva de WALTER es que la retribución se desvincula de la idea de merecimiento y queda vinculada a la idea de necesidad. De esta manera las teorías preventivas quedan fagocitadas mediante una retribución como fin de la pena que se justifica por su necesidad y utilidad social.

En mi opinión, y utilizando una imagen del autor, nos está haciendo pasar una vaca lechera por un perro guardián. La mejor demostración de ello es que la pena que obedezca a necesidades retributivas sentidas por la población puede ser superior a la pena que se merezca el autor en proporción a su injusto y culpabilidad. No existe una correspondencia predefinida entre la pena proporcional al injusto culpable y la pena que una mayoría considera necesaria de acuerdo con sus necesidades retributivas o sentimientos o apetitos de justicia. La pena justa no se puede identificar con la que satisface necesidades o sentimientos colectivos, sobre todo cuando los estudios de psicología colectiva demuestran que los sesgos cognitivos y emotivos colectivos pueden ser incluso mayores que los individuales, además de más fácilmente manipulables. Como ha reconocido honradamente ROBINSON, el principal problema de este tipo de perspectivas que toman como referente las intuiciones de justicia de la comunidad radica en lo que denomina la ceguera colectiva ante la injusticia, especialmente cuando dicha ceguera viene determinada por emociones de inseguridad, miedo, "pánicos morales", asco o repugnancia o se basa en una separación tajante entre el delincuente y "nosotros". La conclusión que hay que sacar de ello es que si la pena se queda por debajo de dichas necesidades, a pesar de que sea una pena justa y jurídicamente intachable, se sigue corriendo el riesgo de que los ciudadanos empiecen a irritarse y a tomarse la justicia por su mano. Ello nos demuestra que la perspectiva iusfilosófica de autores como KÖHLER, PAWLIK o ZACZYK no es complementaria de la de WALTER, sino que la empírica propugnada por éste se mueve por derroteros completamente ajenos a los de estos autores.

Además existe un problema adicional: o sólo definimos como injusto aquello que puede generar este tipo de reacciones, o la mayoría de los hechos tipificados como delito en el Código Penal no son susceptibles de generar este tipo de reacciones. Piénsese sólo en el ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico. Quizás por eso WALTER se centra en lo que denomina "Derecho Penal nuclear" (su escrito de habilitación, dedicado a un replanteamiento de la teoría del error, tiene como título "El núcleo del Derecho Penal", *Der Kern des Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2006), manteniendo así su teoría un alcance muy limitado que entronca con la propuesta de algunos catedráticos de Frankfurt de limitar la parte especial del Derecho Penal a conductas que puedan generar este tipo de reacciones al margen del Estado.

¿De verdad entonces se está hablando de retribución? Esta propuesta de base sociológica y empírica se parece mucho a ciertas versiones de la prevención general positiva: la pena es

necesaria como respuesta que satisface determinados sentimientos colectivos de justicia. Ello nos hace sospechar que no estamos ante una auténtica teoría retributiva.

El argumento de que, si no se satisfacen los sentimientos o las necesidades de justicia de los ciudadanos, éstos empezarían a irritarse y a tomarse la justicia por su mano, no justifica un fin de la pena, sino la necesidad de la existencia de una institución jurídica como la pena estatal (frente a planteamientos abolicionistas). Una demostración de ello es que los mismos argumentos han sido utilizados tanto por partidarios de la prevención general positiva como de la prevención general negativa. Si no se comparte que justificar la pena como institución jurídica implique sin más la asunción de una teoría retributiva, la defensa de la retribución con este tipo de legitimación genérica resulta insuficiente.

En cuanto a la base empírica, como ha señalado BAURMANN, en los experimentos psicológicos y de conducta los participantes no actúan de acuerdo a una racionalidad de “reglas naturales”, sino trasladando a los experimentos las condiciones de vida, instituciones y normas que corresponden a su praxis social. Si en los experimentos en los que se basa WALTER los participantes determinan la pena en proporción a la gravedad del hecho y la mayor o menor responsabilidad del autor, es porque ello se corresponde con un determinado contexto cultural. Sin embargo, ello sólo indica que la retribución es un principio asentado para la distribución de penas, pero no demuestra empíricamente que el fin de la pena sea la retribución. El hecho de que la retribución sea un principio distributivo de penas concretas, no significa que tenga que ser la retribución el fin general de la institución.

Si la pena, como señala el autor, tuviera como fin prevenir la desestabilización de la sociedad derivada de la insatisfacción que sienten los ciudadanos por la falta de una respuesta al delito que entiendan como justa, estaríamos hablando de un fin de estabilización en un determinado sentido de psicología social y en la medida que se cumpla dicho fin la pena sería útil. Esto se escapa totalmente a un entendimiento tradicional de la idea de retribución vinculada a los principios de justicia o merecimiento. Si la estabilización de la sociedad se convierte en un fin y no en un mero efecto latente o acompañante de la retribución del injusto culpable, tendremos que hablar de prevención; es decir, la pena no viene determinada por el merecimiento, sino por las necesidades de estabilización.

En realidad su rechazo de las teorías preventivas clásicas se basaría en que son incompatibles con un Derecho Penal de la culpabilidad. Cuando afirma que las teorías preventivas dan lugar a que la pena esté orientada a fines ajenos a su esencia, ello afecta a las teorías más instrumentales, pero no a las que han introducido un paradigma comunicativo. La cuestión que queda pendiente de respuesta es si sólo una teoría retributiva es compatible con un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho propio. Dicho en los términos discursivos del autor, si los resultados de los experimentos en los que ciudadanos normales juegan a ser jueces, sólo son compatibles con una teoría retributiva. Y en ese esfuerzo por salvar la retribución en su confrontación con otras teorías creo que el autor se queda corto. Existen formas de entender la prevención que mantienen el carácter retributivo de la pena y una imposición de penas concretas en proporción al injusto y la culpabilidad del infractor. En concreto, su rechazo de la prevención general positiva se basa en un tratamiento enormemente limitado de la teoría y no hace justicia a la evolución que ha ido

teniendo. Parece referirse más bien a los efectos reforzadores de la pena para que los ciudadanos mantengan su inclinación a cumplir las leyes y prevenir así el denominado efecto contagio. Cuando habla de fortalecer la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma parece referirse más bien a un mantenimiento conceptual en el que los ciudadanos sigan teniendo claro que matar, violar o robar a otro es un injusto.

Sin embargo, una concepción más moderna de la prevención general como estabilización de la norma (prevención estabilizadora) parte de parámetros distintos. Es evidente que los ciudadanos no van a ponerse a dudar que ciertas normas sociales básicas como que está mal matar o agredir sexualmente a otra persona sean un hecho injusto por el mero hecho de que no se castiguen asesinatos o agresiones sexuales, pero lo relevante no es esto, sino que la progresiva erosión de estas normas corroe a su vez la libertad general y condiciona negativamente la interacción social. Las normas no sólo se dirigen a potenciales delincuentes, sino que son redes de expectativas recíprocas de comportamiento. Para que las normas mantengan su eficacia es tan importante su cumplimiento generalizado, como que la infracción de las mismas no quede sin una respuesta proporcionada a su gravedad. Lo que más desestabiliza la norma no es su infracción, sino la infracción continuada sin respuesta. No se trata, por consiguiente, de un restablecimiento conceptual del Derecho (función simbólico-abstracta), sino de su eficacia o vigencia real en términos sociales, es decir, de efectos reales e, incluso, empíricamente constatables. Se trata de estabilizar una realidad o cotidianeidad social conforme a lo prescrito por las normas, contrarrestando los efectos negativos del delito desde esta perspectiva.

La pena reacciona frente a tales efectos cumulativos o agregados de los delitos castigando a cada culpable en proporción a la gravedad de su hecho. El injusto y la culpabilidad determinan lo que debe sufrir el autor para reparar el daño social (no meramente conceptual) que ha producido y del que es responsable. El autor recibe lo que se merece, pero sólo en la medida en la que sea necesario. Ello tiene como consecuencia que el infractor no puede sufrir más de lo que se merece, pero sí menos si un mayor sufrimiento no es estrictamente necesario para estabilizar la norma.

Es cierto que cada vez son más tenues los tabiques que separan las teorías de la prevención general positiva más normativas o comunicativas de las formulaciones más actuales de la retribución. Sin embargo, la diferencia esencial entre una legitimación a través de la prevención general y las teorías retributivas existentes hasta la propuesta de WALTER es que a éstas les venía faltando vinculación con la necesidad de la pena. Las teorías retributivas establecen criterios para justificar la responsabilidad de un ciudadano de tal manera que se entiende que tiene que soportar la pena como algo merecido que se ha ganado con su conducta. Sin embargo, son ciegas a una legitimación basada en necesidades sociales. Sólo habilitan para castigar o establecen el “deber” de soportar el castigo.

Las críticas no se reducen a señalar que la denominada retribución de bases sociológico-empíricas camufla una teoría preventiva bajo el manto de una teoría retributiva. La propuesta de WALTER presenta un importante déficit de legitimación. El ser humano ha triunfado evolutivamente gracias a su enorme capacidad de crear “redes de cooperación masivas” (que a lo largo de la historia no siempre han sido de participación voluntaria o inspiradas en la libertad y la igualdad, sino más bien basadas en la opresión, la explotación, la tiranía y la desigualdad). El orden social

es un constructo -contingente y, por tanto, inestable- evolutivamente necesario. Las redes de cooperación como estrategias de coordinación de acciones sólo existen mientras se compartan ciertas cosas (relatos, valores, mitos, principios, creencias, sentimientos patrióticos, etc.). Ese mundo de lo social es ajeno al mundo de los instintos y se basa en la comunicación simbólica, por lo que no se puede compartir la idea de WALTER de que lo que es válido para los individuos se puede extrapolar a la sociedad de masas. Esas "redes de cooperación" tienen hoy la forma de Estados democráticos en los que las normas derivan de un proceso deliberativo. Cuando la "interacción" ya no se basa en la confianza personal, en la creencia compartida en mitos y religiones o en un orden ético común, se basa en normas. Por consiguiente, si el orden que constituye el contexto y sentido de nuestra interacción ya no se basa en creencias y sentimientos compartidos, la pena no se puede basar en la necesidad de satisfacer dichos sentimientos.

La psicología social no puede ofrecer una legitimación última del sistema penal en un Estado democrático. No es un criterio de legitimación válido, ni para la pena estatal ni para criminalizaciones concretas.

En conclusión, el libro es un fructífero confrontador de ideas. Sin embargo, creo que el camino emprendido por WALTER con su programa de un principio retributivo basado en consideraciones sociológicas y empíricas se merece algunas objeciones: a) la retribución orientada a un fin y determinada por las necesidades sociales ya no es retribución y b) la pena orientada a satisfacer sentimientos de justicia no es necesariamente una pena justa proporcional al injusto y la culpabilidad del infractor. La retribución no queda de esta manera rehabilitada, sino convertida en otra cosa y su capacidad limitativa diluida por la referencia a las necesidades del "público".

## *Répliques*

### **Réplica a la recensión de CRUZ PALMERA, Roberto, a *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (InDret 2/2017)**

**Rolando Márquez Cisneros**

Universidad de San Martín de Porres

Los comentarios que CRUZ PALMERA realiza a mi obra se pueden estructurar en dos grupos. En el primero, expone de forma breve los planteamientos que defiendo en cada uno de los capítulos; mientras que, en el segundo, se pueden observar, a su vez, dos subgrupos de comentarios. En el primero, se ubican las críticas de CRUZ PALMERA por no haber tratado en mi obra algunos temas y, en el segundo, sus reparos a las conclusiones a las que arribo sobre determinados asuntos.

En la medida en que el primer grupo de comentarios se limita a esbozar un resumen de mis planteamientos, nada tengo que replicar. Por el contrario, sí replicaré el segundo grupo de anotaciones, es decir, contestaré las críticas que detectan omisiones en mi obra y las que formulan un planteamiento contrario al mío respecto de algunos temas.

Respecto del primer subgrupo de críticas, CRUZ PALMERA señala, por un lado, que no he realizado un análisis profundo de los institutos dogmáticos de la autoría y la participación y, por otro lado, que no he hecho referencia alguna a las causas de justificación, en concreto al estado de necesidad. En otras palabras, CRUZ PALMERA critica que mi trabajo no se haya adentrado en esos temas y, con ello, que no haya promovido el debate académico sobre esos asuntos.

En efecto, mi trabajo no analiza de manera profunda la autoría y la participación y tampoco contiene referencias sobre las causas de justificación. Estas omisiones, como bien señala CRUZ PALMERA, anulan la posibilidad del debate y de la polémica, siempre necesarios para el avance de la ciencia. Sin embargo, la razón por la que mi obra no incluyó un estudio sobre esos temas radica en que como el objetivo nunca fue desarrollar un análisis completo de parte especial (bien jurídico-penal protegido, conducta típica, autoría, participación, causas de justificación, causas de exculpación, penalidad, etc.) sino en analizar la legitimidad del delito de conducción con una tasa de alcohol, para colmar este análisis era suficiente estudiar los elementos objetivos de la conducta típica, es decir, de cara a ese objetivo, no resultaba ya necesario examinar temas como la autoría y la participación, las causas de justificación y de exculpación, por eso no se incluyeron. En cualquier caso, es imposible en una tesis doctoral, dado sus plazos, agotar el tratamiento de todos los temas importantes vinculados con un concreto delito.

Respecto del segundo subgrupo de críticas, CRUZ PALMERA discrepa conmigo cuando postulo la exclusión, como sujetos pasivos del art. 379.2 CP, de los acompañantes del conductor y del copiloto pues entiende que ambos son también usuarios del tráfico rodado.

Ante este cuestionamiento, habría que hacer una precisión. Mi postura es que aunque no encontrarse con alguien mientras se conduce alcoholizado es suerte, si *ex ante* la presencia efectiva de terceros en la vía está descartada, entonces el comportamiento es atípico (pp. 189 ss.). A partir de esta premisa, conforme con el razonamiento de CRUZ PALMERA, como merece la protección del art. 379.2 CP incluso el copiloto y los acompañantes, entonces aunque en el caso concreto esté descartada *ex ante* la presencia de alguien en la vía (entiéndase fuera del vehículo), igual se tendría que sancionar penalmente al conductor pues al conducir ebrio, llevándolos dentro de su vehículo, ha creado un peligro para el copiloto y los acompañantes, efectivamente usuarios también del tráfico rodado. Esto es correcto desde una interpretación teleológica del precepto, pero sólo en el caso de que el copiloto y los acompañantes no estuviesen en condiciones de prestar consentimiento. Piénsese, por ejemplo, en el conductor ebrio que traslada menores de edad en un autocar. No obstante, la solución a favor de dispensar al copiloto y a los acompañantes la protección del art. 379.2 CP en esos casos (conductor ebrio que traslada personas incapaces de consentir, estando descartada *ex ante* la presencia de usuarios fuera del vehículo), choca con la esencia de los delitos de riesgo abstracto, como la conducción en estado de ebriedad del art. 379.2 CP, caracterizados justamente por la indeterminación incluso *ex post* de los sujetos pasivos.

En el caso de personas que, estando en condiciones de consentir, acceden acompañar al conductor, no obstante saber que está alcoholizado, la responsabilidad de éste –por el peligro causado a los bienes jurídicos de aquéllas o por las lesiones que les cause como consecuencia de un accidente– se excluye debido justamente a que los acompañantes, al asumir de forma consciente el riesgo al que el conductor les está sometiendo (heteropuesta en peligro consentida), acaban siendo ellos mismos quienes, en definitiva, con su consentimiento, someten a peligro al bien jurídico, resultando así aplicable el criterio de la identidad entre autor y víctima (no alteridad) y, en consecuencia, la imputación sólo a ella. En la medida en que los acompañantes han infringido determinadas “incumbencias de autoprotección”, es decir, como las víctimas, en ejercicio de su autonomía, en lo que toca a la protección de sus propios bienes jurídicos, han administrado su ámbito de organización de forma defectuosa, se excluye la responsabilidad penal del conductor alcoholizado pues, conforme con el principio de autorresponsabilidad, cada ciudadano debe responder por sus propios actos.

Ciertamente, alguien podría contradecirme y señalar que, en la heteropuesta en peligro consentida, no se puede afirmar que es la víctima quien somete el bien jurídico al peligro pues ella, aunque consienta, asume un rol pasivo, siendo el tercero quien domina el curso del suceso, es decir, quien, según lo que va haciendo, crea, aumenta o reduce el peligro, lo controla o pierde el control (concorre, por tanto, la alteridad: la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro). Sin embargo, frente a este argumento mi postura es que quien sube al vehículo de alguien alcoholizado no puede ya desde el saque esperar que el conductor domine el curso del hecho, es decir, descarta la expectativa de que el riesgo inherente a la conducción se mantenga dentro de lo permitido, con lo que al subir al vehículo infringe de forma especialmente grave la autoprotección que le incumbe, de ahí que a él –y sólo a él– se ha de imputar la puesta en riesgo o la lesión de sus propios bienes jurídicos.

CRUZ PALMERA va más allá y afirma que incluso el mismo conductor alcoholizado merece la protección del art. 379.2 CP. Para sostener su postura pone como ejemplo el caso de un conductor que, en estado de ebriedad y sin acompañante alguno, colisiona contra un árbol (por haber perdido la capacidad de atención) y sufre graves lesiones. Luego, CRUZ PALMERA pregunta si la norma no está también para evitar esta clase de siniestros y responde afirmando que en este caso debe protegerse al conductor porque de lo contrario se le hará responder penalmente a pesar del sufrimiento y del menoscabo por realizar el ilícito.

Es obvio que las normas que regulan el tráfico rodado pretenden evitar, en definitiva, todo siniestro vial, con independencia de si el conductor va solo o acompañado. Esa es la idea. Sin embargo, considero que CRUZ PALMERA confunde dos planos distintos cuando afirma que merece la protección del art. 379.2 CP el conductor que, sin acompañante alguno, por encontrarse en estado de ebriedad, colisiona y sufre lesiones graves. Y digo que confunde dos planos porque una cosa es que a "x" no se le aplique la pena porque en el caso concreto es el sujeto pasivo del delito y otra, totalmente distinta, es que a "x" no se le aplique la pena no porque es el sujeto pasivo sino porque, siendo incluso el sujeto activo de delito, existen razones que hacen innecesario el castigo en ese caso. Así, pues, en el supuesto que plantea CRUZ PALMERA existe una lesión que el conductor se causa a sí mismo con su comportamiento ilícito, lesión que, considero sin duda alguna, debe ser tenida en cuenta incluso para no iniciar acción penal contra él, pero esta decisión no es porque pase el conductor accidentado a estar protegido por el art. 379.2 CP, es decir, la no promoción de la acción penal no obedece a que el conductor sea, en ese caso, el sujeto pasivo del delito de conducción en estado de ebriedad, como pretende CRUZ PALMERA. En un supuesto como el planteado, si no se debe promover siquiera la acción penal es porque así lo aconsejan razones de política criminal (la pena, en ese caso, es innecesaria por inexistencia de finalidad alguna que pretenda alcanzar, significando su aplicación, más bien, un daño adicional) y no, insisto, porque el conductor accidentado sea sujeto pasivo del delito de conducción en estado de ebriedad del art. 379.2 CP. En otras palabras, la protección del Derecho penal que CRUZ PALMERA demanda para el conductor que, sin acompañante alguno, por encontrarse en estado de ebriedad, se accidenta y lesiona gravemente, vendrá dada por la aplicación de los principios constitucionales sobre la teoría de la pena (art. 25.2 CE) y no por la aplicación del art. 379.2 CP.

Por lo demás, la razón para, en ese caso, no otorgar al conductor la protección del delito de conducción en estado de ebriedad radica en que esta conducta se reprime por su peligrosidad, es decir, por su idoneidad para lesionar, por su potencialidad lesiva. Sin embargo, se trata de una potencialidad lesiva referida a los demás, a las personas distintas del autor-conductor, pues conforme con los principios de lesividad y alteridad o ajenidad (*alterum non laedere*) una conducta sólo se reputará delictiva si genera una lesión o un riesgo penalmente relevantes para el bien jurídico de persona distinta del autor. Como el Derecho penal protege a los "otros" de los ataques que provienen del autor, pues un auto-ataque no afecta la convivencia y por tanto tampoco al Derecho, no se puede pretender dispensarle al conductor alcoholizado la protección del delito de conducción en estado de ebriedad del art. 379.2 CP.

Contestadas las críticas de Roberto CRUZ PALMERA, le agradezco por el tiempo que ha dedicado a la lectura de mi obra y por mantener vivo el debate sobre un tema poco estudiado pero que plantea singulares desafíos a la dogmática penal.



**Réplica a la recensión de PEREIRA GARMENDIA, Mario, a *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 (InDret 2/2017)**

**Daniel Varona Gómez**

Universidad de Gerona

En primer lugar, quisiera aprovechar la oportunidad que la edición de la revista *InDret Penal* me brinda para contestar la recensión que el profesor Mario PEREIRA GARMENDIA ha realizado de mi libro *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático* (Marcial Pons, 2016), publicada en el número anterior de esta revista (2/2017), para agradecer al autor mencionado el tiempo dedicado en la atenta lectura y comentario de mi libro. Como puede comprobarse fácilmente en la propia recensión, sin duda el profesor PEREIRA ha leído atentamente la obra y ha sido capaz (lo cual no es fácil) de sintetizar adecuadamente su contenido en pocas páginas. Por tanto, respecto al primer y probablemente fundamental objetivo de una recensión (resumir el contenido de una obra), no puedo más que felicitar al autor de la misma. Mis discrepancias con el mismo se limitan por tanto a la parte más “creativa” (y por tanto hay que reconocerlo, siempre más arriesgada) del género de la recensión: los comentarios críticos a la obra recensionada.

En particular, el profesor PEREIRA centra sus comentarios críticos en dos cuestiones que le “resultan sensiblemente discutibles” (p. 9). En primer lugar, “la apelación a extremos emocionales a los efectos de “moldear” la opinión pública”, ya que, a juicio del mismo lo que “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” (*ibidem*). Siguiendo con los comentarios del autor de la recensión, en su opinión “Los institutos jurídico penales se han de construir (y fundamentar) desde la razón y, nunca, desde meras exposiciones emocionales” (*ibidem*).

¿Por qué?, pues según puede apreciarse en las reflexiones del autor, el argumento fundamental que le lleva a descartar el terreno emotivo del ámbito de la opinión pública y en últimas del derecho penal es que “lo emocional resulta siempre un poderoso caldo de cultivo para la manipulación”.

A mi entender, no resulta del todo claro exactamente qué aspecto le parece especialmente criticable al profesor PEREIRA de la apelación a las emociones como argumento discursivo. Si lo que late en el fondo es un rechazo frontal a incluir en el discurso el terreno emotivo, pues las instituciones jurídicas “se han de construir (y fundamentar) desde la razón”, pues debo decir que esa escisión tan nítida que parece presuponerse por parte del autor, entre lo que sería un discurso emotivo y un discurso razonado, es algo que hoy en día parece difícil sostener. Ciertamente, desde la Ilustración estamos acostumbrados a interpretar los institutos jurídicos como triunfos de la razón frente a las pasiones, pero modernamente asistimos (en todos los ámbitos, no sólo el jurídico) a un “retorno de las emociones” (vid. el libro monográfico editado por KARSTEDT,

LOADER y STRANG, *Emotions, Crime and Justice*, 2011, Hart Publishing), que pone en cuestión la separación entre ambos componentes (cognitivo y emocional) del razonamiento humano. Ni las emociones están carentes de razonamiento, ni las razones que los seres humanos utilizamos en nuestros discursos están ayunas de emociones. Como en el propio libro trato de exponer, de hecho, los dos “tratamientos” que se proponen para explorar la opinión pública sobre la justicia penal y el castigo (el foro deliberativo y el visionado de un video), pretenden abordar ambas dimensiones conjunta y no disyuntivamente (la cognitiva y la emocional), pues aunque es cierto que la participación en el foro deliberativo tiene un claro componente cognitivo (suministrando información a los ciudadanos y entablando con ellos un debate), la propia experiencia de la deliberación suscita sin duda toda una serie de emociones que son también claves a la hora de entender el cambio en las actitudes. Vid. así claramente LOADER, I. (2011): “Playing with fire? Democracy and the emotions of crime and punishment”, en KARSTEDT S, et al. (eds) *Emotions, Crime and Justice*. Oxford: Hart, 347-361: “By involving individuals and groups as actors in deliberative processes rather than leaving them as keenly interested but basically impotent spectators, and by deepening their knowledge of individual offenders or of the problems that they have gathered to address, such processes aim to address people’s anger, fears and resentments with a view to finding resolutions that depend upon and release the possibilities of remorse, forgiveness and hope” (356-357).

Y por su parte, el visionado del video sería erróneo interpretarlo como un mero “suministro” de emociones al ciudadano, pues el vídeo también transmite toda una serie de información (por ejemplo, en nuestro caso, información sobre la posibilidad de rehabilitación de los delincuentes, sobre la experiencia carcelaria, etc.), que apelaría así al componente cognitivo necesario en todo discurso.

En definitiva, como decíamos, si lo que el profesor PEREIRA critica es la apelación a las emociones en el discurso racional, pues me temo que ello parte de una equivocada concepción del propio razonamiento humano, en el que, en mi opinión, no cabe desgajar un componente puramente emotivo (¿atávico?) y otro netamente racional. En últimas, por eso mismo el título del libro hace referencia a “razón y emoción”, en contraste con lo que sería “razón o emoción”.

Por otra parte, si lo que el autor me reprocha es que con el experimento relativo al visionado del video lo único que he demostrado es lo fácil que puede manipularse a los ciudadanos apelando a sus emociones, pues he de decir que en este punto el autor no ha entendido el sentido de la investigación relativa al video. Como expongo en el libro, con ella meramente trataba de demostrar que no es cierto lo que suele afirmarse a menudo: que los ciudadanos solo pueden albergar emociones negativas respecto a la delincuencia o el delincuente, y que ello es una razón (más) para apartarlos del debate político criminal. El experimento con el video demuestra que ello no es cierto, pues la delincuencia también puede suscitar otro tipo de emociones (“positivas”: empatía y solidaridad), y por tanto la cuestión clave que emerge de todo ello no es qué emociones suscita la delincuencia (ya que pueden ser de todo tipo), sino qué contexto emotivo se privilegia o pone en primer plano por determinados agentes (medios de comunicación, partidos políticos, grupos de interés), y por qué.

Examinada la primera crítica sustancial del profesor PEREIRA, resta referirnos al segundo aspecto que considera discutible. En concreto, el autor de la recensión considera (reproduciendo en un sentido contrario al que yo la utilizo en el libro una cita de BOURDIEU) que la opinión ciudadana, sea como sea que sea recabada, en realidad no puede ser fundamento o base de la política criminal o la dogmática penal. El profesor PEREIRA no lo explicita claramente, pero me parece claro que lo que late en el fondo de esta crítica, dirigida al núcleo del libro, es la defensa del modelo "aislacionista" de la política criminal. Esto es, el conocido modelo según el cual, al tratarse en el campo del derecho penal de un ámbito de conocimiento experto, deben ser por ello los expertos (básicamente académicos), los que determinen el ámbito de lo punible y las reglas de punición. Éste es un modelo que efectivamente ha sido defendido por influyentes autores (PETTIT, ZIMRING/HAWKINS), que suele apelar a instituciones como los Bancos Centrales o la Reserva Federal Americana como ejemplo de lo que debería suceder en el ámbito de la política criminal: un cuerpo de expertos, llevados por su experiencia y conocimiento es el que determina las reglas a seguir.

No tengo espacio suficiente aquí para tratar adecuadamente esta cuestión (vid. para más detalles el capítulo V del libro y una próxima publicación), pero baste por ahora decir que estoy convencido de que existen razones de peso para rechazar el modelo propuesto por estos autores y defender, por el contrario, la importancia de la opinión ciudadana en el proceso de génesis de la ley penal (política criminal) y en la propia aplicación de la ley penal.

Existen razones pragmáticas para ello que tienen que ver, muy resumidamente, con (1) la propia evolución de las sociedades modernas, que camina en la línea hacia un mayor reconocimiento de la voz ciudadana, como de hecho sería de esperar de un progresivo proceso de democratización – el "proceso de desarrollo humano" defendido por INGLEHART, R./ WELZEL, C. (2005): *Modernization, Cultural Change, and Democracy. The Human Development Sequence*, CUP–, y (2) con la propia realidad de un derecho penal que necesita la implicación ciudadana para su funcionamiento (denunciando delitos, aportando su testimonio en juicio, etc.), y que por tanto es ingenuo pensar que se puede edificar de espaldas a la ciudadanía. Toda la literatura reciente sobre la importancia de la legitimidad en el derecho penal como valor decisivo para su obediencia efectiva apunta en este sentido: para que el sistema sea percibido como legítimo es clave que refleje las concepciones o valores ciudadanos. Un sistema construido de espaldas a los valores compartidos por los ciudadanos, por mucho que se nos diga que deriva de ciertos principios inmutables de justicia, difícilmente será considerado legítimo.

Pero también existen razones normativas decisivas para tener en cuenta la voz ciudadana, que tienen que ver, de nuevo muy resumidamente, con (1) el propio reconocimiento de que el derecho penal no es una realidad a-histórica y a-política que se construye desde la "pura razón" (siquiera eso existe), sino que el derecho penal se inserta en un determinado contexto histórico-político, que hoy en día, en nuestro país, por lo menos a nivel normativo, debe ser el propio de un régimen democrático. Si estamos de acuerdo en que el derecho penal de un estado democrático debe tener alguna relación con el propio régimen político (democracia), entonces la carga de la prueba en realidad no la tenemos los que defendemos el papel ciudadano en la génesis y la práctica del derecho penal. La carga de la prueba la tienen los que creen que esto no es relevante y defienden así que igual que en otro régimen político, debería ser un cuerpo de expertos

(“guardianes platónicos”, como dice irónicamente LOADER) el que debe determinar el contenido y praxis del derecho penal. Todo ello es además, en mi opinión, muy claro si (2) se reflexiona sobre las doctrinas de justificación del castigo, pues apelemos a la idea de retribución (censura o castigo proporcional, en términos modernos) o a la de prevención de delitos, no puede darse un contenido adecuado a dichas finalidades del castigo sin apelar al consenso u opinión ciudadana: dicho muy brevemente es ilusorio sostener que se censura un hecho que el consenso ciudadano no ve como censurable o que (en términos de la prevención general positiva) las normas penales pueden estabilizar unas expectativas normativas no compartidas por los propios ciudadanos. Evidentemente que uno puede decir que ello es posible, esto es, que es posible imponer a los ciudadanos determinados valores o normas en contra del consenso ciudadano....pero entonces en mi opinión nos situamos fuera del terreno de un derecho penal *democrático*. Y que haya sido decidido esto por unos supuestos expertos (habría que decir mucho sobre quién decide quién son expertos en el ámbito penal) a mí por lo menos no me sirve de consuelo.

Ciertamente en el ámbito de la política criminal y el derecho penal hay un conocimiento “experto” relevante. Implicar al ciudadano en estos ámbitos no significa desconocer esta cuestión (no significa “degradar” el status científico de nuestras queridas disciplinas). Pero ello no debe conducirnos a renunciar a procesos democráticos en favor de expedientes propios de una “tecnocracia” (que decidan los expertos...), pues en mi opinión los conocimientos expertos que existen en nuestro ámbito son comprensibles por parte de los ciudadanos y por lo tanto lo que hay que hacer es (en el marco de un proceso deliberativo) implicarlos en los procesos de decisión. Ello porque al debatir con los ciudadanos, los argumentos expertos en realidad se convierten en discusiones morales, en diferentes visiones sobre una “buena sociedad” o un “buen ciudadano”. Y en este tipo de discusiones nadie puede pretender estar en una situación de superioridad (moral). Si estamos discutiendo, por ejemplo, sobre la reinserción de los delincuentes sexuales, se puede aportar conocimiento experto sobre este tema (por ejemplo, cuál es el índice de reincidencia de los delincuentes sexuales, cuál es el éxito razonable de ciertos programas de tratamiento con delincuentes sexuales, etc.), pero finalmente debe tomarse una decisión que más que “experta” es “política” (por ejemplo, cuál es el equilibrio entre seguridad y el derecho a la reinserción de un delincuente sexual), y en cuestiones políticas, el argumento elitista queda “desnudado” en el sentido que su fuerza “política” (la visión de una buena sociedad del experto) es equivalente a la de cualquier ciudadano: puede haber *expertise* de conocimiento, pero no existe algo análogo en términos políticos.

Al fin y al cabo, en nuestro propio país contamos con experiencias que atestiguan lo que estamos diciendo, pues probablemente no habrá un tema más controvertido en toda la teoría del delito (la parte más “científica” del derecho penal) que el dolo eventual (por cierto, con siglos de elucubración de expertos sin que se haya llegado a un consenso sobre su contenido), y desde hace años en los delitos más graves su aplicación queda en manos de un grupo de ciudadanos (llamado “jurado”). Son los ciudadanos los que a tenor de los hechos probados deben valorar si concurre o no dolo, y que yo sepa ello no ha hecho tambalear los cimientos de la justicia penal con sentencias disparatadas día tras día.

Obviamente, defender el papel ciudadano en la conformación y aplicación del derecho penal no resuelve ni mucho menos todos los problemas. Es sólo el punto de partida para, en mi opinión,

construir un derecho penal democrático. Quedan ciertamente muchos temas pendientes, sobre los que en el libro se ensayan algunos esbozos (por ejemplo, la cuestión clave relativa a que reconocer el papel de la opinión ciudadana en la génesis y aplicación del derecho penal no quiere decir aceptar cualquier cosa que se nos presente como tal, así por ejemplo y particularmente meros sondeos de opinión a ciudadanos desinformados), sobre los que espero poder volver algún día. No obstante, vaya por delante una cuestión para aclarar posibles dudas: cuando hablamos de un derecho penal *democrático* no estamos diciendo un derecho penal "*mayoritario*" (esto es, un derecho penal en el que las reglas las decidan las mayorías de turno). La democracia es un sistema de gobierno mucho más complejo que la simple regla de la mayoría, pues por ejemplo nadie duda que una democracia requiere el respeto de toda una serie de derechos fundamentales, pensados precisamente para evitar la temida "tiranía de la mayoría".

Lo que el libro en últimas plantea es que deberíamos tomarnos más en serio la apelación a un derecho penal *democrático* y tratar de llenar de contenido este atributo a partir de una determinada concepción de la democracia, que trate de superar la mera democracia representativa y avanzar hacia una democracia deliberativa.

En mi opinión no es degradando al ciudadano como el derecho penal del futuro va a poder construirse (por lo menos de forma legítima), por la sencilla razón de que alguien se dará cuenta de la gran paradoja que en el fondo implica apartarlo de una institución clave del Estado (¡si no la más!) ideada en teoría para protegerlo y que funciona haciendo daño a conciudadanos. Como bien dice Miguel Angel Presno Linera (<https://presnolinera.wordpress.com/2016/07/12/los-mandarines-y-la-democracia/>) "...hay no pocos mandarines en España empeñados en defender que el "imbécil, incauto y narcisista" que vota en un referendo es, sin embargo, un tipo sensato, inteligente y con criterio cuando elige a quienes van a ser sus representantes y/o gobernantes".