InDret Penal

El resultado, siempre el resultado

Quienes nos iniciábamos en la dogmática jurídico-penal de cuño alemán hace unos treinta años estábamos, inducidos por la generación precedente, bastante obsesionados por cuestionar el papel del resultado: la relevancia de su producción, su "desvalor", la ubicación de éste en el sistema de la teoría del delito…. Con el paso del tiempo, sin embargo, el debate parece haber ido perdiendo intensidad, pese a que de vez en cuando alguien atice las mortecinas brasas[1].

Por eso me llama poderosamente la atención el permanente vigor de la discusión sobre el mismo tema en la filosofía jurídico-penal anglosajona[2]. Se advierte en ella la existencia de dos bandos que arguyen relevantes razones en pro de sus respectivos puntos de vista.[3] Aunque también se haya tenido siempre en cuenta el hecho de que entre los legos en Derecho parece haber una comprensión casi universal y muy profunda en el sentido de atribuir trascendencia a la producción del resultado.

Una aportación interesante a esta discusión es la de *Guyora Binder*, que propugna introducir en ella la perspectiva política de la función del Derecho penal, en particular, en su relación con las víctimas[4]. A su juicio, un aspecto importante en la función jurídico-penal de reducción de la violencia social es la promesa a cada individuo "to restore his or her status and vindicate his or her rights"[5].

---

1 Así, JAKOBS, «Erfolgsunwert und Rationalität, en: Recht-Wirtschaft-Strafe», en AAVV, *Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 43 y ss., insistiendo en su conocida tesis de la mayor objetivización de la deslealtad al Derecho y, con ello, del daño a la vigencia de la norma.

2 Cfr. de modo general KADISH, «Foreword: The Criminal Law and the Luck of the Draw», *J.Crim.L. & Criminology* (84), 1994, pp. 679 y ss.

3 A mero título de ejemplo, M. S. MOORE, «The Independence Moral Significance of Wrongdoing», *Journal of Contemporary Moral Issues* (5), 1994, pp. 267 y ss.; KATZ, «Why the Successful Assassin Is More Wicked than the Unsuccessful One», *Cal. L. Rev.* (88), 2000, pp. 806 y ss.; LEVY, «The Solution to The Problem of Outcome Luck», *Law and Phylosophy* (24), 2005, pp. 263 y ss.. Por otro lado, FEINBERG, «Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments Against It», *Ar. L. Rev.* (37), 1995, pp. 119 y ss.; MORSE, «The Moral Methaphysics of Causation and Results», *Cal. L. Rev.* (88), 2000, pp. 879 y ss.; MORSE, «Reason, Results and Criminal Responsibility», *U. Ill.L.Rev.*, 2004, pp. 363 y ss., 379 ss. También ROBINSON, «The Role of Harm and Evil in Criminal Law: A Study in Legislative Deception?», *Journal of Contemporary Legal Issues* (5), 199), pp. 304 y ss.; ROBINSON/DARLEY, «Objectivist vs. Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory», *Oxford Journal of Legal Studies* (18), 1998, pp. 442 y ss.

4 BINDER, «Victims and the Significance of Causing Harm», 28 *Pace L.Rev*. (Summer 2008), pp. 713 y ss., 724.

5 BINDER, 28 *Pace L.Rev.* (Summer 2008), p. 727.

Así pues, no se trataría de intentar fundamentar (del modo que sea) un mayor merecimiento de pena del agente en caso de producción del resultado. Esta vía, que han intentado seguir *Moore*, *Lewis* o *Duff*, me parece –como a *Binder*- condenada al fracaso. El mayor castigo del hecho si se produce un resultado se debe a razones de necesidad y no de merecimiento de pena. Ahora bien, para que esta idea general no conduzca a sostener la existencia de penas trascendentes a lo merecido, es preciso –a mi juicio- sentar una premisa fundamental. A saber, que el merecimiento de "toda" la pena correspondiente al delito ya se halla en la conducta de tentativa acabada; y que la no-producción del resultado permite atenuar dicha pena por razones de no plena necesidad. Ergo: La pena de la consumación (producción del resultado) expresa el merecimiento pleno de pena que es propio de la conducta de tentativa acabada y su plena subsistencia por razones de necesidad. En cambio, la pena de la tentativa acabada (no producción del resultado) expresa el merecimiento pleno propio de la tentativa acabada así como una menor necesidad de pena. Consumación y tentativa se distinguen por razones de necesidad de pena, que radican en el ámbito de la norma secundaria. Lo cual, además, pone de relieve que no es correcto afirmar que la diversa sanción en los casos en que se produce el resultado y en los que éste no se produce resulta "irracional". Pues el merecimiento moral de pena no agota el mundo de las "razones" de imposición o no de ésta, aunque sí deba establecer las fronteras infranqueables de tal imposición: no pueden imponerse, por razones de necesidad, penas inmerecidas.

A partir de aquí, sin embargo, la específica argumentación de *Binder*, con su intento –muy en *vogue*- de reconstrucción vindicativa del Derecho penal, me resulta más que dudosa. Su tesis es, en efecto, que el agente con su hecho marca a la víctima como una persona de estatus inferior. De este modo, la pena es necesaria para, humillando al autor, eliminar ese injustificado incremento de estatus que éste se arroga[6]. Ello conduce a un especial deber del Estado de castigar a quienes producen resultados lesivos, pues la afectación del estatus de la víctima no se produce meramente por su sometimiento a un riesgo. Sólo cuando sufre un daño la víctima se ve inmersa en el dilema de aceptar la disminución de estatus o buscar la "retaliation"[7]. De ahí que "punishing harm contributes to the legitimacy of the criminal justice by vindicating victims"[8]. Como antes decía, ideas muy en boga que, sin embargo, pisan –a propósito del problema del resultado- el más que pantanoso terreno de una reprivatización del castigo público.

Jesús-María Silva Sánchez

6 BINDER, 28 *Pace L.Rev.* (Summer 2008),p. 735.

7 BINDER, 28 *Pace L.Rev.* (Summer 2008), p. 736.

8 BINDER, 28 *Pace L.Rev.* (Summer 2008), p. 737.