

## ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### Recensiones

Recensión a Kai Ambos, *Derecho penal europeo*, Thomson-Reuters-Civitas, Madrid, 2017, por Marta Muñoz de Morales Romero.

Recensión a Tobias R. Andrissek, *Vergeltung als Strafzweck*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, por Daniel Rodríguez Horcajo.

Recensión a Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016, por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro.

Recensión a Nicolás Rodríguez García, *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, por Teresa Aguado Correa.

### Réplicas

Réplica a la Recensión de Leandro A. Días a *Suerte moral, castigo y comunidad*, Marcial Pons, Madrid..., 2017 (*InDret* 1/2018), por Gustavo A. Beade.

Réplica a la Recensión de Javier Wilenmann a *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso 'Jakob von Metzler' y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Madrid, 2017 (*InDret* 1/2018), por Miguel Ángel Cano Paños.

## Recensiones

**Recensión a K. AMBOS, *Derecho penal europeo*, Ed. Thomson Reuters, 2017  
(674 págs.)**

**Marta Muñoz de Morales Romero**

Universidad de Castilla-La Mancha

El Prof. AMBOS ha elaborado un auténtico tratado de Derecho penal europeo. Opta así por una obra claramente dedicada al público experto poco recomendable para estudiantes de grado o postgrado. Para ese tipo de destinatarios existen otros libros más adecuados (por ejemplo, SATZGER, H.: *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Ed. Nomos, 7. Auflage 2016).

La estructura del trabajo se corresponde con la de obras clásicas alemanas: capítulos largos y exhaustivos; párrafos numerados *a priori* para facilitar una búsqueda por materias (pese a no incluir al final un índice que la permita realizar) y abundantes citas bibliográficas (no solo en notas a pie de página sino también al final de cada capítulo). No obstante, siendo una obra dirigida al público español se echa de menos la bibliografía española, pues en contadas ocasiones se referencian obras o artículos escritos por españoles y en español. Respecto a la propia traducción, algunos términos no se ciñen a la terminología comúnmente utilizada en español y ello complica e incomoda la lectura. Sirva a modo de ejemplo el uso de opinión del TJUE en vez de dictamen del TJUE (p. 125), de regulación en vez de reglamento (p. 74), prohibición de doble incriminación en vez de doble persecución (pp. 279, 295), narcóticos en vez de sustancias estupefacientes o drogas (pp. 300, 301), interpretación armónica en vez de interpretación conforme (p. 422), pedidos en vez de solicitudes (p. 534), etc.

La presentación de los contenidos sigue también una estructura tradicional. Un primer capítulo que, a su vez, se divide en tres partes: una histórica remontándose a 1950 con el *Plan Schuman* hasta la actualidad; una conceptual sobre qué ha de entenderse por Derecho penal europeo; y una parte de fuentes. Quizás lo más interesante de este capítulo sea el bloque intermedio dedicado a definir el marco conceptual. En este sentido, el Prof. AMBOS toma como punto partida la clásica diferencia entre “derecho penal supranacional” y “derecho penal europeo”. Este último es hoy en día inexistente, salvo el que se pudiera adoptar en el futuro en el marco del artículo 325 TFUE para la protección de los intereses financieros de la Unión. Ha faltado en este epígrafe (pp. 72 y ss.) reflexionar sobre la *Directiva (UE) 2017/1371 del PE y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*. Imagino que, en el momento de redactar el libro, la norma estaba en fase de propuesta, pero ya en ese momento se discutía muchísimo la base jurídica. En su propuesta la Comisión utilizó el art. 325, pero finalmente se tuvo que recurrir a la armonización accesoria del art. 83,2 TFUE ante la falta de consenso entre los EEMM por el miedo a un futuro reglamento sobre la materia, es decir, a una norma directamente aplicable.

El segundo capítulo se consagra a la protección de los derechos fundamentales en Europa, incluyendo no solo a la UE sino también al sistema de protección por excelencia: el del Consejo de Europa con el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y la jurisprudencia del TEDH. El autor explica el sistema de protección multinivel actualmente existente (nacional y europeo vía UE y Consejo de Europa) y las relaciones entre ellos. Así, dedica unas páginas a explicar el estatus (constitucional, suprallegal o legal) que ostenta el CEDH en los distintos EEMM para después pasar a analizar la compleja relación entre el CEDH-TEDH y la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDFUE)-TJUE. Analiza la posible adhesión de la UE, desde el Tratado de Lisboa con personalidad jurídica propia, al CEDH y critica muy oportunamente cómo el TJUE la ha rechazado en su *Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014* acudiendo a razones de jerarquía no aceptando el TJUE que la última palabra la tenga el TEDH (p. 128).

Por otro lado, me ha gustado particularmente del capítulo II la forma de explicar el sistema de protección de los derechos fundamentales en el marco del Consejo de Europa con todos los detalles pertinentes: la estructura del TEDH en gran sala, salas, comités, etc. para resolver según qué demandas (demandas individuales, colectivas o interestatales); los derechos del CEDH con trascendencia penal utilizando casos de sentencias reales, aunque simplificándolos, lo cual favorece mucho su lectura y comprensión. El autor utilizará esta metodología también en otros capítulos (por ejemplo, en el capítulo III en relación con el principio de *ne bis in idem*).

La parte dedicada a la UE comienza con una descripción breve de los documentos programáticos emanados fundamentalmente de la Comisión para continuar con las denominadas directivas procesales (derecho a un intérprete y traductor; derecho a la presunción de inocencia, derecho a la información en los procesos penales, etc.). Acto seguido pasa a examinar el ámbito de aplicación de la CEDFUE y los derechos incluidos en la CEDFUE.

Porque existe una rica jurisprudencia sobre el principio de *ne bis in idem*, el autor dedica más de treinta páginas al mismo. Analiza así los tres requisitos que exige el art. 54 del Convenio Schengen para poder activar la garantía del *ne bis in idem*: la sentencia judicial (sentencia firme), el mismo hecho y la ejecución de la pena o imposibilidad de hacerlo. Sobre la noción de “doble castigo” en atención a la existencia de una decisión judicial previa, el problema ha venido siendo si cualquier decisión judicial sirve para activar la garantía del *ne bis in idem* (por ejemplo, un auto de sobreseimiento o un acuerdo realizado con el Fiscal). Para el autor, las “ostensibles diferencias entre los sistemas jurídicos de los EEMM y la falta de un “derecho procesal común” hacen inviable poder “recurrir a un concepto paneuropeo de sentencia o decisión judicial”. Es relevante aquí la crítica del autor al TJUE al no haber establecido “criterios que dan lugar al bloqueo de persecuciones penales adicionales” (p. 295). Lo que más bien hace el TJUE es equiparar la sentencia definitiva (sentencia firme) al principio que impide el doble castigo desde una perspectiva formal de doble enjuiciamiento (p. 295). En este sentido, el autor rechaza que puede activarse el principio de *ne bis in idem* cuando tan solo pueda hablarse de una terminación anticipada del proceso. Y es que, en su opinión, que comparto, solo en los casos en que esa terminación anticipada implique que el proceso no puede reabrirse más que en casos muy

excepcionales (descubrimiento de nuevas pruebas o hechos) se podrá activar el *ne bis in idem*. Ese es el enfoque además del TJUE en su sentencia c-398/12, *asunto M*.

Respecto a la noción de “mismos hechos”, el autor va describiendo las distintas opciones: Un enfoque fáctico y, por tanto, amplio que es más garantista para el ciudadano europeo; o bien, un enfoque normativo, muy restrictivo que permitiría un doble enjuiciamiento en una gran mayoría de casos y que salvaguardaría el interés del segundo Estado en la apertura de un segundo procedimiento. A diferencia de una parte de la doctrina, que él mismo cita (nota 1047, p. 299), y del TJUE (*asunto Van Esbroeck*), el Prof. AMBOS opta por un enfoque mixto pero en cualquier caso restrictivo: el “concepto de hecho, que está orientado y guiado por los intereses o bienes (jurídicos) que deben ser protegidos, no puede ser derivado de modo estrictamente fáctico, sino que deben tenerse en consideración criterios normativos, que están informados por los intereses estatales a proteger” (p. 299). Es crítico, en consecuencia, con el TJUE al que reprocha su enfoque naturalista de hecho por no ser idóneo en aquellos supuestos en los que “los encargados de la organización de un gran fraude a lo largo de Europa puedan, en última instancia, elegir entregarse sólo ante las autoridades -para que comience una persecución penal- de aquel Estado al que menos daño le haya causado y en el cual no puedan ser acusados por el daño causado en un Estado diferente, de conformidad con el derecho nacional del primer Estado (el que intervino)” (p. 300). Muy crítico también se muestra con una sentencia del TJUE posterior, *asunto Van Straaten*, en la que se vetó una segunda persecución en un caso de importación/exportación de drogas de Italia hacia los Países Bajos. El TJUE indicó que para activar el *ne bis in idem* no es imprescindible que las cantidades de la droga en cuestión en los dos Estados contratantes, o las personas que supuestamente han participado en los hechos sean idénticos. ¿Y qué ocurre, indica el autor, cuando hay una diferencia cuantitativa de relevancia entre lo importado y lo exportado? Es decir, si en los Países Bajos un señor es castigado por importar 5 gramos a una pequeña multa, ¿no puede luego un segundo Estado perseguirle por un delito de tráfico de drogas porque se han perdido en el camino 4996 gramos de droga? A juicio del Prof. AMBOS, “el enfoque del TJUE puede dar lugar a importantes lagunas de punibilidad en la persecución penal, dado que no se [tiene] en cuenta de modo suficiente el diferente alcance jurisdiccional (*ratione loci*) de los tribunales nacionales” (p. 301). Sin embargo, discrepo de este enfoque restrictivo del autor por varias razones. En primer lugar, el caso que apunta es realmente puntual, por lo que los supuestos de *pseudo* impunidad serán en la práctica limitados. En segundo lugar, no puede reprocharse al TJUE que no tenga el mismo enfoque en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que en el Derecho de la competencia de la UE. Un enfoque más garantista que prioriza la protección del ciudadano frente a los intereses del Estado en la persecución de unos hechos previamente sentenciados es razonable en un área en la que la sanción no es de contenido económico, sino privativa de libertad. Por otro lado, si una de las críticas más feroces que se han vertido tradicionalmente a los instrumentos de reconocimiento mutuo (orden de detención y entrega europea a la cabeza) es que no es lo mismo reconocer como igual la leche fabricada en Italia respecto de la *made in Spain*, que una orden de detención para enjuiciar unos hechos que dan lugar a prisión en Italia respecto de una dictada a nivel nacional, porque en este ámbito están en juego los derechos fundamentales del sujeto, tiene sentido que el TJUE quiera privilegiar la vertiente subjetiva y procesal del principio de *ne bis in idem*. Y es que, unido a lo anterior, es en el

único caso del *ne bis in idem* donde reconocer mutuamente una resolución de otro Estado impacta positivamente en las libertades de los ciudadanos. Además, no debe olvidarse que la noción fáctica de hecho que acuña el TJUE es en esencia la misma que ha utilizado el TEDH en su sentencia de 10 de febrero de 2009, *caso Zolotukhin contra Rusia*. El TEDH opta por una vertiente formal evitando no la doble sanción sino incluso el doble enjuiciamiento. El estándar de protección del TEDH es como todos sabemos de mínimos. Si el TJUE disminuyera el umbral de protección sería criticado por ello. La postura del Prof. AMBOS obedece a que existen ordenamientos en los que, como en España o en el caso del Derecho de la competencia en la UE, el principio de *ne bis in idem* se interpreta en sentido material, es decir, cabe una segunda sanción por unos mismos hechos si se procede a la regla del descuento (es decir, a la hora de imponer la segunda sanción se ha de tener en cuenta la primera para respetar el principio de proporcionalidad). Es el conocido *Anrechnungsprinzip*. Y ello es así tanto si se trata de una sanción doble penal como administrativa (de naturaleza punitiva según los criterios *Engel*) y penal. Igualmente, debe recordarse que según la jurisprudencia del TEDH el *Anrechnungsprinzip* no sirve para salvaguardar el principio de *ne bis in idem* (CARPIO BRIZ, D.: “Europeización y reconstrucción del non bis in idem -efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009”, en *Revista General de Derecho penal*, nº 14, 2010, p. 18). Finalmente, el concepto de “mismos hechos” en sentido fáctico, es decir, en sentido amplio que utiliza el TJUE en el ámbito del *ne bis in idem*, es el mismo al que recurre cuando se trata de una posible denegación de una orden de detención y entrega europea por no cumplirse el requisito de la doble incriminación de los hechos. Así, en el asunto C-289/15, *Grundza*, de 11 de enero de 2017, el TJUE estableció que lo que el juez del Estado de ejecución debe comprobar es “si las acciones de que se trata “constituyen infracción” en virtud de su Derecho nacional “sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma””. No es necesario, pues, “que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados” (&33). Lo importante es “comprobar si los hechos que dan lugar a la infracción (...) también estarían sujetos, en cuanto tales, a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio” (&47). Es más, “lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión (...)” (&49). Es precisamente para evitar la impunidad que el TJUE acuña un concepto fáctico de hecho. Luego el razonamiento es lógico en ambos principios: mismos hechos en sentido fáctico para salvaguardar los derechos del reclamado en el caso de una ODE cuando el motivo de denegación sea el principio de *ne bis in idem*; pero también para evitar la elusión de la justicia (la impunidad) si de lo que se trata es de examinar el principio de doble tipificación de los hechos.

Culmina el autor con el alegato general de toda la doctrina y prácticos del Derecho: los problemas de doble persecución se podrían evitar si existiesen criterios de atribución de competencias jurisdiccionales. A este respecto, indica que la decisión marco sobre conflictos de jurisdicción es un primer paso adelante si bien al no jerarquizar los criterios de atribución de competencias allí previstos y solo exigir un deber de información entre los Estados involucrados no resuelve los conflictos (p. 309). Y es que no le falta razón al autor, máxime si tenemos en cuenta que no existe una norma sobre de traslado de procedimientos, pues el Convenio del Consejo de Europa de 1972 sobre la materia ha sido ratificado por la mitad de los Estados miembros e incluso en el caso de

ratificación se han hecho múltiples reservas que han llevado a que sea un convenio muy poco usado en la práctica.

El capítulo III se dedica, en primer lugar, a la armonización del Derecho penal sustantivo. Explica las bases competenciales para que la UE pueda armonizar determinados delitos que tengan una naturaleza grave y una dimensión transnacional. Alude aquí a la tradicional crítica de la expansión del Derecho penal de la UE, pues al establecer el precepto una armonización de “mínimos”, los EEMM siempre pueden ir más allá (p. 368), más aún si cabe teniendo en cuenta la vía de la competencia accesoria que permite a la UE establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones para implementar políticas de la Unión siempre y cuando ello resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de la política en cuestión. Posteriormente, pasa a analizar con casos prácticos las distintas formas de influencia de la UE en los Derechos penales nacionales más allá de la armonización (asimilación, normas penales en blanco, es decir, remisiones de los tipos penales nacionales al Derecho de la UE, interpretación conforme y eficacia neutralizante).

El capítulo IV se consagra a la cooperación policial y judicial. Igualmente, dedica un breve epígrafe a la armonización del Derecho procesal penal (art. 82.2 TFUE). El grueso del capítulo se centra en la extradición y la orden de detención y entrega europea, si bien también analiza otros instrumentos de reconocimiento mutuo (por ejemplo, la obtención de pruebas, el traslado de condenados, etc.). En el caso de la euroorden, se explica con detalle su funcionamiento, su ámbito de aplicación, los motivos de denegación, así como los problemas de transposición en el derecho nacional, en particular, en Alemania, si bien también examina los avatares constitucionales a los que la decisión marco se enfrentó en otros Estados miembros (Chipre, Polonia). Destacan a su vez las críticas al sistema de entrega al tener un impacto negativo en los derechos fundamentales de la persona reclamada, el uso excesivo de la orden de detención en el caso de delitos leves, los problemas de asistencia jurídica adecuada o la situación de las cárceles de algunos Estados miembros, lo cual impediría la entrega de una persona hacia los mismos por constituir una violación de la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes (*asuntos Aranyosi y Caldázararu*).

El último capítulo ofrece una visión sobre los actores del espacio de libertad, seguridad y justicia (OLAF, Europol, Eurojust, Fiscalía Europea y el TJUE). En mi opinión, hubiese sido conveniente partir de la clásica diferencia entre la cooperación judicial horizontal (entre iguales y sin jerarquías, situándose ahí, por ejemplo, a los magistrados de enlace) y vertical (donde las funciones atienden a criterios cuanto menos de coordinación y el actor cuenta con competencias centralizadas, como por ejemplo ocurre con la OLAF, Europol, Eurojust, Fiscalía Europea). En cualquier caso, se trata de un capítulo descriptivo que explica su funcionamiento y competencias. Deja para el final al último actor que ha llegado a la esfera europea: la Fiscalía Europea. El epígrafe parte de las dificultades para su instauración tan compleja que no ha habido más remedio que ponerla en marcha vía cooperación reforzada. Lo anterior significa que solo operará en aquellos Estados que la hayan aceptado, finalmente 20 EEMM (*Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía europea* [DOUE L 283, 31.10.2017]). El capítulo se ciñe a la última propuesta de 2017 que en

su momento todavía no se había aprobado, si bien lo allí descrito es trasladable con pequeñas variaciones al texto finalmente adoptado.

En definitiva, la lectura de este libro aporta exhaustivos conocimientos explicando muy bien las distintas posturas existentes sobre una controversia jurídica en el marco del Derecho penal europeo. Es una obra de referencia para iniciarse como investigador en la materia.

**Recensión a Tobias R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017 (258 págs.)**

**Daniel Rodríguez Horcajo**

Universidad Autónoma de Madrid

ANDRISSEK comienza su monografía con un interrogante que no resulta sorprendente: "*Schon wieder eine Arbeit über Strafzwecke?*". A lo largo de la obra demostrará que este estudio no es reiterativo sino necesario y que el mismo lleva a construir una "nueva" teoría de la pena que tiene como elemento nuclear a la retribución.

¿Por qué otro trabajo sobre teoría de la pena? En esto no se puede estar sino de acuerdo con el autor: todas las justificaciones de la pena, tal y como se han desarrollado hasta ahora, carecen de un poder de convicción plena, por lo que resulta interesante volver sobre un tema manido pero no cerrado de manera satisfactoria. Y la forma en que se pretende revitalizar esta discusión también parece una buena propuesta, ya que ANDRISSEK plantea una aproximación a la teoría de la pena desde el punto de vista empírico y tomando en consideración no sólo la discusión desarrollada en la Europa continental sobre este tema sino también las visiones defendidas en el mundo angloamericano. Estos dos presupuestos metodológicos me parecen la mejor manera de romper el eterno empate entre distintas teorías de la pena, por lo que en este punto sólo procede aplaudir la valentía del autor para, desde la heterodoxia, aportar un avance cierto en la materia.

Esta es una posición minoritaria, hay que reconocerlo, pero si se quiere salir con vida del laberinto en el que se ha convertido la discusión filosófica sobre la teoría de la pena, la única posibilidad que se me ocurre es la de estudiar de manera empírica qué papel juega el castigo estatal tanto en el comportamiento individual como en el comportamiento social agregado. Por ello, recurrir a la teoría de juegos y a los datos conocido mediante las encuestas que se basan en casos escenario, como hace de una manera profusa ANDRISSEK en el camino hacia su teoría "*empírico-sociológica*", es una buena forma de disolver alguna discusión estéril y de tender puentes entre posiciones que parecen irreconciliables en lo abstracto.

Y resulta también convincente la respuesta que nuestro autor realiza a la principal crítica que se le podría hacer desde el punto de vista metodológico y que, de manera muy resumida, se cifraría en la relación indisoluble entre teoría empírica de la pena y falacia naturalista. Desde mi punto de vista, ANDRISSEK atina al defender negro sobre blanco la idea de que, por mucho que queramos movernos en el mundo de lo normativo, "*la distinción entre hechos y valores es muy incierta*" y, yo añadiría, que forzar la misma no puede llevar sino a la elaboración de construcciones teóricas que, con independencia de su orfebrería normativa, no tiene un rendimiento cierto desde el punto de vista real. Por lo demás, también hay que estar con él en que finalmente esta crítica resulta incorrecta porque partiendo de una atribución de valor referenciada a efectos (en su caso, de lo "correcto" de la prevención de delitos -algo que resulta incuestionable desde mi punto de



vista-), no queda más que estudiar si los mismos se producen en la realidad. Por tanto, toda teoría empírica de la pena, en la medida en que trata de hacer aflorar las ventajas que entraña la práctica del castigo mediante el estudio de cómo opera este sobre las personas, no incurre en un problema como es el de la falacia naturalista, sino que es, aunque parezca intuitivamente contradictorio, la “mejor teoría normativa posible”, porque refuerza una posición sobre el deber ser con su posibilidad en el mundo de los sentidos.

Y, todavía desde el punto de vista metodológico, creo que la monografía de ANDRISSEK acierta al aproximar la forma continental y la forma anglonorteamericana de abordar los problemas jurídico-penales. Ello tiene más sentido si cabe en un tema como este, en el que las posiciones se han mantenido muy cercanas desde un principio y en el que la Filosofía moral anglonorteamericana aporta toques de frescura que no se estilaban hasta hace un tiempo en la Europa continental. Esta mezcla también facilita la posibilidad de romper, siquiera parcialmente, con alguno de los diques que parecen insuperables en esta cuestión como la imposibilidad de distinguir entre justificación de la pena y limitación de la misma, o la dificultad de desapegarse sin demasiado miedo de un planteamiento de algún modo retribucionista (esto es algo que nuestro autor finalmente no hará, pero sobre ello volveré enseguida). Lo importante es destacar que la discusión sobre la teoría de la pena no puede ser patrimonializada por la doctrina de influencia germánica y no ya tanto por una cuestión de mero eclecticismo, sino también porque esa aproximación, en ocasiones tremendamente formalista, es uno de los motivos de que el problema siga sin solución.

Y ya entrando en el fondo de su planteamiento, ANDRISSEK resulta convincente cuando afirma que, ante el delito (al menos ante el que forma parte del Derecho penal nuclear), los sujetos experimentamos un fuerte sentimiento de necesidad de castigo. Esta cuestión, que parece sólo explicable si el comportamiento sancionador mira al pasado, le hace postularse como un defensor de una teoría retributiva de la pena. Los estudios liderados por ROBINSON citados en el trabajo vienen siendo capaces igualmente de constatar esto de una manera poco discutible, pero también han demostrado algo más: cuando los sujetos tenemos que decidir sobre concretos castigos, lo hacemos “retributivamente”, es decir, obviando datos relevantes a los efectos de prevención delictiva y centrándonos exclusivamente en el valor del bien jurídico afectado por el delito y la “intención” que se esconde tras el mismo (es decir, siguiendo “intuiciones de justicia” que serían la base de esta “necesidad de retribución”).

Pero el propio autor se da cuenta de que este sistema incurre en la denominada por MACKIE “paradoja de la retribución”, ya que su aceptabilidad intuitiva choca con su incapacidad de justificar la pena en el marco de un Derecho penal protector de bienes jurídicos. Sin embargo, y creo que correctamente, la forma de acabar con este dilema pasa por dar la voz a los estudios empíricos que demuestran que, ya sea por genética, ya sea por cultura, los seres humanos (y también los animales más evolucionados) tenemos una tendencia manifiesta al denominado por ANDRISSEK, “castigo altruista”, es decir, al que se practica frente al que incumple sin obtener una ganancia directa constatable. Esto todavía no es suficiente para salir de la paradoja, salvo que se pueda demostrar (y la teoría de juegos es un perfecto escenario para ello), que esa ganancia que

no se ve en una primera aproximación, finalmente sí se obtiene. Y claro que es así ya que, como glosa nuestro autor, este ejercicio del castigo supone un incremento de los niveles de cooperación y un decremento de los comportamientos de *free riding* entre los miembros de un grupo. Junto a este efecto, parece defenderse, aunque de manera menos decidida, la posibilidad de que esta pena ajustada a las intuiciones de justicia sea también un buen vehículo para facilitar un aprendizaje generalizado, sobre todo con relación a las normas penales no nucleares.

Por tanto, ANDRISSEK, que afirma que esta teoría de la retribución empírico-sociológica puede verse como una variante de la prevención general positiva, aboga por romper el binomio teoría retributiva-teoría absoluta y, como ya han defendido otros autores, dar paso a la pareja formada por teorías retributivas y teorías consecuencialistas (entonces, *Vergeltung als Strafzweck*, es decir, retribución no como fin en sí sino como medio para un fin).

Si esto es así, creo que hay reprocharle a ANDRISSEK algo que FEIJOO SÁNCHEZ le reprochó, en este mismo lugar y hace unos números, a WALTER: “*utilizando una imagen del autor [de WALTER], nos está haciendo pasar una vaca lechera por un perro guardián*” (en otras palabras, nos están hablando de retribución cuando quieren decir prevención de delitos). Como le preocupa a FEIJOO, esta teoría de la pena ya no se parece a lo que tradicionalmente se ha conocido por retribución. Pero, como yo considero aún más importante, la misma sólo utiliza la etiqueta de retribución a modo de salvoconducto para salir fácilmente de las críticas a la eventual propensión expansiva de una teoría de la pena netamente preventiva. Frente a la posibilidad de que alguien defienda que una teoría empírico-sociológica puede llevar a desmanes como los que se observan cada día en la opinión pública (siempre al hilo de un caso concreto, no lo olvidemos), poner delante la palabra ‘retribución’ vendría a ser una forma de defensa con el eslogan: “lo empírico-sociológico, sí, pero los principios de culpabilidad y proporcionalidad, también”.

Es cierto que la autoconsideración como retribucionista, en el caso de ANDRISSEK, puede no querer tener esta finalidad, sino simplemente la de mantenerse apegado a todo lo que nos demuestran los distintos experimentos sociales. Sin embargo, si ese es el motivo, creo que resultaría entonces procedente seguir ahondando en esto que “nos dicen los ojos”. Y es que si todos tenemos sentimientos retributivos y la satisfacción suficiente de los mismos hace que nuestra sociedad se mantenga más o menos estable es porque, entre otras muchas cosas, ello hace que el delito no se reproduzca de manera descontrolada: si todos seguimos cooperando con un grupo y si extendemos una determinada consideración de qué conductas no se deben realizar (vía efecto aprendizaje) es por un puro criterio de prevención de delitos. Nos mantenemos en la cooperación (es decir, pudiendo, no optamos por el delito -prevención-) porque vemos cómo se castiga a los que no lo hacen (y aquí operan efectos de mera disuasión en algunos casos, y otros más sofisticados de reafirmación del comportamiento conforme a Derecho y de aseguramiento de expectativas de comportamiento ajeno). Enseñamos que determinadas conductas no son aceptables y que no deben realizarse como forma de prevenir su comisión en la medida de lo posible. En este contexto, la retribución no es más que una teoría, como he defendido en algún otro lugar, “indirectamente correcta”, porque lo que hace es explicar la existencia de unos sentimientos que nos mueven automáticamente hacia un comportamiento que es eficaz

evolutivamente hablando (tenemos sentimientos retributivos en la medida en que con ellos desplegamos una conducta que ayuda en la tarea de la prevención de delitos). Y, si aceptamos esto, es mejor que no pongamos a la retribución a pelear en la vanguardia.

Aunque es un camino más complejo argumentativamente y estando en todo lo central de acuerdo con ANDRISSEK, creo más correcto hablar directamente de una teoría preventiva de la pena y, desde ahí, ser capaces de estructurar las bases de un Derecho penal garantista sin echar mano de la retribución (como él mismo plantea, esto es problemático desde el punto de vista de los principios constitucionales que parecen vincularse con ideales categóricos, pero creo que, aunque no se pueda desarrollar aquí, no es imposible). El autor parece conceder alguna posibilidad a esta alternativa cuando, al recapitular sus planteamientos, desliza las ideas de "*Prävention durch Vergeltung*" y "*retributive Generalprävention*", pero lo cierto es que incluso allí se da una importancia a la retribución como teoría que realmente no tiene. Además, esta mezcla entre dos formas muy distintas de justificar la pena le permite, en algunos momentos, saltar de una lógica a otra de una forma un tanto discutible (por ejemplo, cuando considera que el cuánto de la pena puede venir determinado por ideas retributivas mientras que el sí de la misma sigue apegado a lo empírico). Si se da el paso a hablar de, por ejemplo, "prevención general con la ayuda del marcador somático de los sentimientos retributivos", la retribución queda en el lugar que merece y ello impide que pueda ser "rehabilitada" cuando la teoría consecuencialista se encuentre con turbulencias.

Por lo demás, creo que "romper" con la retribución es también la manera de solucionar más satisfactoriamente algunos de los problemas que él mismo se plantea: ¿procede o no vincular la política criminal estatal y las intuiciones sociales de justicia?; ¿cómo hacer frente al eventual desvío de las intuiciones sociales de justicia con relación a una noción trascendente de la misma?;... Todas estas no son cuestiones que se deban discutir desde la retribución (desde el merecimiento deontológico o el merecimiento empírico, usando las categorías de ROBINSON), sino que deben ser afrontadas desde una teoría netamente preventiva de la pena (debemos vincular política criminal y emociones en la medida en que la satisfacción de las mismas lleve a una suficiente prevención de delitos; si se produce una desviación en las intuiciones sociales de justicia, esto no es problemático para la prevención de delitos sino para la prevención no ilimitada, y esto habrá de discutirse en otra sede;...).

Una parte de la doctrina considerará que esta discusión que entablo con ANDRISSEK es una netamente terminológica, porque nuestro acuerdo es altísimo. Pero, sin embargo, creo que, partiendo de una base metodológica y material compartida, todavía queda espacio para seguir afinando esta nueva forma de entender la teoría de la pena (la que nuestro autor y una parte creciente de la doctrina considera como la más satisfactoria).

**Recensión a Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016 (574 págs.)**

**Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro**

Universidad de La Laguna

I.

La presente monografía recoge, con leves modificaciones, el contenido de la tesis doctoral que, con el mismo título, fue defendida por el autor, el día 18 de diciembre de 2015, en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, bajo la dirección de los Profs. Dres. RICARDO ROBLES Planas y Jesús-María SILVA SÁNCHEZ.

II.

La obra comienza con una exposición de la materia en la discusión contemporánea. Apunta el autor la diversidad de posiciones que impide un consenso en su definición y tratamiento (pp. 43 y ss.). Cabe señalar, aquí, la crítica a la teoría del interés preponderante que se tiene, en tanto que método de jerarquización, por “inaceptable, pues asume el proceso en la más absoluta arbitrariedad, haciendo imposible cualquier control racional de las soluciones de jerarquía defendidas. Aunque históricamente el fundamento y el modo en el que jerarquizar los deberes han quedado relegados a un segundo plano, ambas cuestiones precisan y merecen una profunda revisión dogmática” (pp. 94 y s.). Igualmente reseñable resulta el enfoque sistemático que ofrece toda la obra (en particular, pp. 95 y ss., 107 y ss., 514 y ss.). El autor señala la necesidad de plantear “la pregunta de qué relación media o debería mediar entre el deber jurídico y la capacidad del obligado para cumplir con aquello que se le exige” (pp. 132 y ss., 173), y ofrece un tratamiento dogmático del principio *impossibilium nulla obligatio*, ubicándolo en la teoría de la competencia, como teoría general de la legitimación de las normas penales (p. 173). De este modo, la colisión de deberes se presenta entonces “como un problema particular del complejo fenómeno de la determinación definitiva de posiciones jurídico-penales de competencia. Todo conflicto encuentra su solución en la determinación armónica de las normas de comportamiento, desde un juicio pluridimensional en el que se toman en consideración desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad a todos los agentes afectados en la concreta situación de conflicto. Ni existen conflictos de intereses irresolubles, ni existen por lo tanto en nuestro Ordenamiento situaciones en las que un agente queda obligado por dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo. *Impossibilium nulla obligatio*” (pp. 172 y s., 529).

Por esta razón se rechaza, incluso conceptualmente, el instituto de la colisión de deberes: “a lo sumo pueden colidir dos razones de obligación” (p. 529), entendiéndose por tal aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de razones que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido valorada, carece todavía de fuerza obligante. Sólo una vez disuelto el conflicto entre las distintas razones de obligación concurrentes cabe estimar legitimado un auténtico deber jurídico-penal, y es a partir

del doble fundamento de legitimación de los deberes, desde donde cabe “advertir en nuestro Ordenamiento jurídico-penal básicamente tres tipos de razón de obligación en atención a su especie (deberes de competencia plena, de competencia preferente y de competencia mínima)”, las cuales se distinguen entre sí por la distinta intensidad normativa con la que la relación de deber queda garantizada y permiten resolver los conflictos de colisión (p. 219). A grandes rasgos, sintetiza el autor: “tres son los posibles escenarios de disolución del conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, desplazando así a las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber; o bien el Ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de los dos (o más) razones equivalentes en concurso; o bien el Ordenamiento procede a reconfigurar a la baja las dos razones concurrentes, imponiendo dos deberes altamente personales, ahora sí, de posible satisfacción cumulativa” (p. 529, en detalle, pp. 323 y ss.). Se trata, en todos estos supuestos, de una cuestión de argumentación y peso de las razones concurrentes, que propone resolver en la tipicidad, mediante una comprensión del art. 20.7 CP como “cláusula general de atipicidad por la colisión entre razones de obligación” (p. 514; previamente véase pp. 95 y ss., 107 y ss.), si bien relativiza la trascendencia material de la concreta ubicación de este instituto en el sistema.

En todo este desarrollo sorprende, también, la escasa atención prestada a la teoría de la ponderación, que no a su deficitaria e intuitiva comprensión en los planteamientos mayoritarios de nuestra doctrina. Apunta, en tal sentido, que “la teoría de la ponderación de intereses, en tanto que método, presenta deficiencias insalvables, pues no es capaz de concretar ni el objeto de ponderación, ni sus criterios de valoración, ni el papel que desempeña realmente la especie del deber a la hora de resolver los conflictos” (p. 530), por lo que “sume el proceso de jerarquización en la más absoluta indefinición, en un juicio puramente tópico que impide cualquier control racional de la diferencia de rango alcanzada”, señalando igualmente que nuestro Ordenamiento “no se rige por un patrón de maximización del agregado de intereses o de bienes jurídicos particulares”, en lo que cabe, en principio, convenir, rechazando el planteamiento que subyace a la teoría del interés preponderante (p. 530). Frente a ello, entiende que la solución, en un Ordenamiento jurídico, que pretende compatibilizar de manera justa esferas de libertad en conflicto, pasa por la confluencia armónica de los principios de autonomía y solidaridad (pp. 248 y ss.). En congruencia con las tres propuestas de solución, o disolución de conflicto, avanzadas, perfila las tres especies de deberes: los deberes de competencia plena, entre los que se cuentan “además de las obligaciones de no dañar activamente, los deberes de salvamento tras asunción efectiva, los deberes del tráfico, los deberes de salvamento tras injerencia plenamente responsable, los deberes nucleares de la relación paterno-filial y los deberes en el marco de relaciones estables de sujeción especial”, deberes de competencia preferente, donde se incluyen “los deberes de salvamento tras injerencia no plenamente responsable, ciertos deberes positivos en el marco de la institución familiar y estatal”, y finalmente, los deberes de competencia mínima, donde encuentran “el deber general de socorro y el de denuncia” (p. 531). Se diferencia así, para su establecimiento, entre la cuestión relativa a la relación intersubjetiva de los dos necesitados, y la relación entre obligado y cada uno de los beneficiarios de las razones de obligación en conflicto (pp. 324 y ss., 331 y ss., 411 y ss.).

Se trata, en el marco de la primera, de analizar la posibilidad de que “alguno de los dos beneficiarios goce de un auténtico derecho subjetivo de necesidad frente a su oponente”, entendiendo que “aquel agente al que la dogmática de las causas de justificación le reconoce un derecho de necesidad en la situación de conflicto es..., el que goza también a los efectos de la colisión de deberes de una posición jurídica preferente... en lo que a la valoración de la relación intersubjetiva se refiere” (p. 379). Apunta aquí, con carácter general, que “en los conflictos en los que solo uno de los dos sujetos ostenta la condición normativa de necesitado, por definición, siempre arrojará un determinado rango jerárquico, pues, por defecto, conforme a la clásica regla del *casum sentit dominus* es siempre preferente la posición del sujeto no necesitado” (pp. 379 y s.; en detalle pp. 380 y ss.). Y propone un baremo de ponderación de las esferas jurídicas implicadas, que procede a concretar a la luz de los principios de autonomía y solidaridad, atendiendo a la responsabilidad por la situación de conflicto (pp. 339 y ss.) y las posiciones especiales de deber (pp. 358 y ss.). A la cuestión anterior superpone la referente a “la relación obligado-beneficiario desde la óptica de la especie del deber, como factor determinante del peso comparativo de las razones de obligación en liza. Se trata de jerarquizar las pretensiones en pugna a partir del peso específico de las razones de obligación que las garantizan de forma provisoria... asumiendo que los deberes de competencia plena priman sobre los de competencia preferente, y ambos a su vez sobre los de competencia mínima” (p. 533; en detalle, pp. 411 y ss.)

Sobre este modelo se resuelve “la elevación de la razón de rango superior a la categoría de auténtico deber penal (*fortior obligandi ratio vincit*)”, de modo que “el obligado... ha de satisfacer la razón superior, que aparece entonces como el único deber penal que el Ordenamiento le dirige en el caso concreto. La defraudación de la razón de obligación de menor rango es siempre atípica. El garantizado por ésta ha de soportar la defraudación de su expectativa provisional por alguna de las siguientes dos razones: o bien son directamente los principios de autonomía y solidaridad, junto con la regla defectiva del *casum sentit dominus*, los que explican la menor entidad normativa de su expectativa frente a la de su oponente; o bien la víctima del conflicto ha de asumir la pérdida de sus intereses frente al obligado porque su posición jurídica, como la de su contrincante, se define también –en última instancia y de manera supletoria– por las relaciones de especie de deber” (p. 534; en detalle, pp. 418 y ss.). En los casos de equivalencia se mantiene la validez del arbitrio subjetivo “allí donde el Ordenamiento carece de razones normativas para tomar una decisión que se muestra ineludible. El obligado está facultado para escoger cómo desea resolver el conflicto, y el Derecho no condiciona en modo alguno su decisión, tampoco procedimentalmente” (pp. 438 y ss.).

### III.

En un momento como el actual, donde la Universidad va tomando un rumbo que dificulta, cada vez más, la investigación propiamente dogmática, donde la gestión, las formalidades y su exigente celeridad van desplazando a la lectura y estrangulando los plazos de maduración del trabajo propiamente científico, la publicación de una obra como la presentada por COCA VILA debe ser objeto de celebración. Estamos ante una obra dogmática que se levanta con firmeza sobre los fundamentos del instituto a tratar y desciende hasta el detalle, con particular cuidado de sus implicaciones sistemáticas. En relación con su valor cabe citar lo avanzado por los

maestros, en el sentido de que estamos ante “una obra imperecedera” (p. 32), “una de las mejores obras de la historia de la ciencia penal española” (p. 31). Sin embargo, las normas de estilo de la presente sección exigen también un comentario crítico. Por ello, con los límites de espacio que aquí nos angostan, debo formular la siguiente consideración.

Como se avanzó en su momento, a juicio de quien esto escribe, la presente obra peca en una omisión: en una obra de marcado carácter principialista, donde la ponderación y la jerarquización de intereses y razones se van engarzando a lo largo de sus más de quinientas páginas, sorprende la falta de referencias y la ausencia en la bibliografía de ALEXY, el autor que viene marcando la discusión al respecto en los últimos cuarenta años, y que a comienzos de la pasada década revolucionaba, en particular, la teoría de la ponderación. En este sentido, lo apuntado contra la teoría de la ponderación de intereses, en tanto “que método de jerarquización, inaceptable, pues sume el proceso en la más absoluta arbitrariedad, haciendo imposible cualquier control racional de las soluciones de jerarquía defendidas” (p. 94), debe relativizarse y quedar en cuarentena. Relativizarse, porque se remite a la teoría de ponderación al uso en nuestra doctrina, que se tiende a realizar a “ojo de buen cubero”, con las consecuencias de arbitrariedad señaladas. En cuarentena, porque esta primera objeción pudiera salvarse aplicando los nuevos desarrollos de la teoría de la ponderación.

Esta consideración sobre el aparato crítico puede aplicarse, con matices, también a la construcción levantada. Pues si se trata de la cohonestación de los principios de autonomía y solidaridad, para la estructuración de “un sistema de jerarquización de las razones de obligación axiológicamente asumible”, de “jerarquizar las pretensiones en pugna a partir del peso específico de las razones de obligación que las garantizan de forma provisoria”, del “pesaje y compatibilización de las esferas jurídicas en conflicto” y se entiende que la ponderación de intereses constituye un momento estructural constitutivo capital” (p. 326), entonces se acentúa la importancia de la omisión señalada. Ello, en la obra, plantea una dificultad adicional a la titánica tarea del autor, que trata, en todo momento, de no caer en el “censurado juicio general y omnicomprendivo de intereses propuesto por la doctrina mayoritaria” (p. 327). El autor sigue aquí el planteamiento de PAWLIK (pp. 327 y ss.), que muestra cierta proximidad con la fórmula del peso, propuesta por el Profesor de Kiel. Pero para el presente lector queda la duda de los márgenes de rendimiento para la construcción de COCA VILA de la teoría de la ponderación. Cumplido con el componente crítico, no podemos concluir sin felicitar nuevamente al autor. También le avanzamos que nos atrevemos a adivinar las razones que pudieran motivar aquella. Pues, como apuntaba COCA VILA en un mensaje a ROBLES PLANAS, a finales de 2011, se trata de un tema que se va de las manos al autor y a cualquiera, “demasiados problemas, demasiado que leer” (pp. 27 y s.). Los problemas se han resuelto y bien que se ha leído, pero tanto y de tal modo que han hecho de esta recensión un honor y un placer.

**Recensión a Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 (348 págs.)**

**Teresa Aguado Correa**

Universidad de Sevilla

El decomiso es una de las consecuencias accesorias que más atención ha acaparado en los últimos años por parte de la doctrina no solo penal sino también procesal. A los numerosos estudios que se han publicado sobre el decomiso desde las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015, se une el trabajo del profesor RODRÍGUEZ GARCÍA. En él se ofrece una visión del decomiso de activos de ilícitos no solo desde el punto de vista procesal –lo cual era de esperar si tenemos en cuenta que esta obra sirvió de base para la obtención de una plaza de Catedrático de Derecho procesal–, sino que también se abordan cuestiones de derecho penal sustantivo. Este enfoque sustantivo-procesal, por cierto, poco frecuente en nuestra doctrina, no nos debería extrañar si tenemos en cuenta que el decomiso es la sanción en la que de forma más patente se pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. Prueba de ello es la presencia de normas de naturaleza procesal en la regulación del decomiso prevista en los arts. 127 y ss. CP. Como afirma el propio autor, el decomiso “tiene que ser analizado no sólo desde su regulación en el ordenamiento penal, sino cómo la misma se efectiviza a través del proceso penal, porque no podemos olvidar cómo el proceso penal es el único medio de hacer visibles y darles efectividad a los conceptos de política criminal, que es una política pública más del Estado que necesita, para alcanzar los objetivos que se le fijan, de una adecuada financiación” (p. 30).

La obra se estructura en cuatro capítulos. Tras el prólogo de la profesora GARCÍA CALVO, el primer capítulo se dedica a consideraciones preliminares, en el segundo se hace un repaso de la “Positivización de la Política Criminal supranacional del decomiso”, ocupándose en el Capítulo 3 de cuestiones de derecho sustantivo bajo el título de “Teoría General del decomiso”, para finalizar con un capítulo dedicado al “Procedimiento de decomiso autónomo”. Se incluye una vasta relación bibliográfica, además de un índice legislativo y otro de resoluciones judiciales. No hubiese estado de más la inclusión de una Introducción.

Inicia el trabajo incidiendo en la importancia del decomiso como herramienta forense de “máxima actualidad por los beneficios que supone en el combate a los delitos de la globalización” (p.25), a la par que critica la utilización del Derecho Penal casi como *única ratio* para “corregir todo tipo de desmanes”, siendo ésta una decisión que se ha mostrado “ineficaz, cortoplacista y limitativa de muchos derechos y garantías constitucionales” (p.26). En un contexto de crisis política y debilidad institucional, la campaña publicitaria que los poderes públicos han realizado sobre las bondades del decomiso en el marco de una nueva política criminal que busca alcanzar mayores niveles de efectividad (p. 29), ha generado expectativas en la población que no se han visto colmadas provocando “una sensación de ineficiencia procesal” (p.33), encontrándonos ante una manifestación más de lo que se conoce como “populismo punitivo”, caracterizado por el



sacrificio de las garantías en pos de una mayor eficacia (p. 49). Aun cuando el autor incide en el uso del decomiso en el ámbito de la corrupción, no desconoce otros ámbitos delictivos en los cuales adquiere cierta importancia, de los que se han ocupado diversos instrumentos internacionales a lo largo de los años, como el tráfico de drogas, la financiación del terrorismo, o la delincuencia organizada. A continuación, se ocupa de algunos de los “puntos calientes” procesales sobre los que tienen que posicionarse los países con el fin de alcanzar mejores niveles en la lucha contra los delitos complejos transfronterizos, tratando cuestiones -instrucción por parte del Ministerio Fiscal, la acción popular, la modificación de la regulación de los aforados, etc. (pp.41 y ss.)-, que de manera tangencial tienen que ver con el tema de estudio.

La rúbrica del segundo epígrafe del primer capítulo “Retos para una intelección uniforme del decomiso”, llama la atención en la medida en que la pretendida intelección uniforme está abocada al fracaso pues como el propio autor llega a reconocer más adelante (p. 129). No creemos que sea posible ni necesaria una intelección uniforme del decomiso, antes al contrario, las diversas modalidades de decomiso requieren una intelección individualizada de cada una de ellas pues varían tanto los presupuestos como los destinatarios.

En el segundo capítulo se lleva a cabo un repaso de la normativa internacional que se ocupa del decomiso, comenzando por los Convenios de Naciones Unidas, siguiendo por los aprobados por el Consejo de Europa para finalizar este repaso internacional con las normas aprobadas a lo largo de los años en la Unión Europea, no dedicándole a la Directiva 2014/42/UE la atención que se merece y requiere. Concluye esta parte relativa a la política criminal internacional con un apartado (“Lecciones aprendidas de la estrategia internacional sobre el decomiso”) dedicado a reafirmar lo señalado en el acápite de los retos para una intelección uniforme del decomiso. En él se abordan cuestiones de muy diversa índole, desde su concepto, naturaleza o denominación hasta la autoridad competente para acordarlo, pasando por la inversión de la carga de la prueba, y, finalmente, por el destino de lo decomisado (pp. 97 y ss.). De la lectura del epígrafe dedicado a la recepción del decomiso en el sistema español (pp. 104 y ss.), en el cual se hace un recorrido histórico del devenir legislativo del decomiso, se infiere que muchas de estas lecciones no han sido aprendidas por nuestro legislador.

En el Capítulo 3 “Teoría General del Decomiso”, el más extenso de la monografía, se ocupa de cuestiones de derecho sustantivo tales como el concepto, la naturaleza jurídica, el ámbito objetivo, el objeto material y las tipologías de bienes, así como las diversas modalidades de decomiso, si bien el estudio más detallado del decomiso autónomo lo encontramos en el siguiente capítulo. Comienza esta teoría general del decomiso con una cuestión de gran calado y repercusión como es el concepto, utilizando para definirlo un método que podríamos calificar como “método de descartar”. Define “lo que al menos es” comenzando por “lo que no es”, inclinándose por una “significación reducida” frente a una “versión amplia” (p. 137). Siendo conscientes de la dificultad que entraña la definición del decomiso se trata de un intento de definición que no nos convence, ya que en realidad lo que hace el autor es enumerar los requisitos exigidos para la imposición del mismo, optando por la versión amplia que previamente había desechado.

Uno de los mayores problemas a los que se ha enfrentado la doctrina desde la inclusión del decomiso en el catálogo de consecuencias accesorias en el Código Penal, es el de su naturaleza. Se trata de una cuestión que ha generado un gran debate doctrinal, no solo entre los penalistas sino también entre los procesalistas. A la hora de abordar esta cuestión, RODRÍGUEZ GARCÍA utiliza la “misma dinámica argumentativa” que la empleada cuando se ocupó del concepto (p. 138), al ser “más fácil decir lo que no es que lo que es” (p. 138). Prueba de la dificultad de la tarea a la que se enfrenta es que concluye que para no dejarse “atrapar en estas disquisiciones, esenciales por otra parte, quizá lo mejor sea resignarse a convivir con lo que del decomiso ha querido hacer el legislador español, teniendo siempre presente las ideas fuerza asentadas en la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (p. 142). Postura sobre la naturaleza que sí queda clara más adelante cuando aborda las distintas modalidades del decomiso, llamándonos poderosamente la atención el hecho de que a pesar de lo que había afirmado anteriormente sobre la naturaleza mixta (p. 141) y la necesidad de distinguir la naturaleza según la modalidad de decomiso, acaba afirmando que “En el sistema penal español el decomiso es uno, por mucho que sus tipos, modalidades y finalidades para las que se le utilice puedan ser diversas. Y ya hemos comentado que, para nosotros, el decomiso tiene naturaleza penal, incluso aunque no sea ni una pena ni una medida de seguridad” (p. 171), reiterando su carácter de consecuencia penal a lo largo de otros pasajes (p. 174).

Ante la diversidad de bienes y derechos decomisables afectados por el decomiso en el ámbito penal, defiende función mixta del decomiso: en el decomiso de bienes, medios efectos e instrumentos habla de la función preventiva especial del mismo al evitar la reiteración de actividades delictivas (p. 141), si bien en otro pasaje posterior, al hilo del estudio de los bienes, medios e instrumentos como objeto material del delito, habla de fines preventivos y retributivos (p. 153); en el caso del producto del delito, en particular el decomiso ampliado y del decomiso autónomo, denominación que prefiere frente a la utilizada por el legislador (decomiso sin sentencia) o por un sector de la doctrina (decomiso sin condena), sostiene que la finalidad es anular cualquier ventaja obtenida por el delito (p. 141), aludiendo en otros pasajes a la finalidad retributiva (p. 184).

En vez de abordar el decomiso sobre bienes de terceros en el epígrafe dedicado a las modalidades de decomiso, el autor opta por tratarlo en un apartado dedicado a la protección reforzada de poseedores de buena fe (pp. 205 y ss.), remarcando de esta forma la desprotección de su posición jurídica en el art. 127 quáter CP (p. 209). Se ocupa además de otros aspectos procesales de la regulación de la intervención de los terceros afectados por esta modalidad de decomiso contemplada en los artículos 803 ter a) y ss. LECr desde su incorporación a través de la L 4/2015, incorporación que se cuestiona en este trabajo no solo por motivos formales, tanto por el trámite seguido como por el tiempo empleado (p. 216), sino también por motivos materiales relacionados con la deficiente regulación de algunas cuestiones tales como la llamada al proceso y su comunicación (pp. 219 y ss.); el rol procesal que asume el tercero afectado una vez entre en el proceso penal y los derechos procesales que le corresponden (p. 223). En este apartado se hace

una interpretación garantista de la regulación contemplada en los arts. 803 ter a) LECr con el fin de colmar algunos silencios legales.

Se pone fin al capítulo 3, con unos breves apartados dedicados al destino final de bienes decomisados, acogiendo favorablemente la referencia explícita a la tutela prioritaria de los derechos e intereses de la víctima (pp. 240), y a la nueva Oficina de Gestión y Recuperación de Activos cuyo papel es de gran relevancia (pp. 243 y ss.).

Se concluye esta monografía con el análisis de la regulación del novedoso procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter LECr), complemento procesal necesario para la realización de la modalidad de decomiso previsto en el art. 127 ter CP que comparte con éste su carácter autónomo y penal, aun cuando la incorporación de elementos propios del procedimiento del enjuiciamiento civil genere dudas sobre su naturaleza (p. 252). En el estudio de este nuevo procedimiento penal especial y de las causas de oportunidad (art. 803 ter e. 2.a) LECr), de necesidad (art. 803 ter e.2 b) LECr) o de otra índole (art. 127 ter.1) c) CP) por las que se puede activar este procedimiento, acude el autor a la normativa europea y, en particular, a lo dispuesto en los art. 4. 2 (Decomiso no basado en condena) y 8 (Garantías) de la Directiva 2014/42/UE. Pero no todas las dudas que genera la redacción del art. 803 ter LECr se pueden solventar acudiendo a la citada norma de ahí que el autor se vea abocado a hacer un importante esfuerzo interpretativo para dar respuestas a las más variadas cuestiones que la deficiente regulación de la LECr va a provocar a los operadores jurídicos, mostrándose muy crítico, entre otras cuestiones, con la atribución en exclusiva al Ministerio Fiscal de la legitimación activa (p. 274) o con la ausencia de regulación general de las medidas cautelares reales (p. 291), de suma importancia para asegurar el decomiso. Se pone fin a la obra con un apartado dedicado a la ejecución de la sentencia, momento a partir del cual el papel principal lo desempeña la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Abordar de forma conjunta tanto los aspectos sustantivos como los procesales del decomiso es un gran acierto del profesor RODRÍGUEZ GARCÍA, si bien la amplitud de la materia le ha impedido prestar la atención requerida a cuestiones fundamentales para los penalistas tales como el propio concepto de decomiso, su naturaleza o finalidad, resignándose a convivir con lo que ha querido hacer el legislador. Espíritu crítico que, por el contrario, si se constata en otros pasajes dedicados a la regulación procesal, donde no conformándose con la actuación del legislador, manifiesta su desacuerdo y enriquece el debate doctrinal, a la vez que aporta soluciones para los operadores jurídicos.

## Réplícas

### Réplíca a la Recensíón de Leandro A. DÍAS a *Suerte moral, castigo y comunidad*, Marcial Pons, Madrid..., 2017 (InDret 1/2018)

Gustavo A. Beade

Universidad de Buenos Aires

Estoy muy agradecido a Leandro DÍAS por la paciente lectura de *Suerte moral, castigo y comunidad* (*Suerte moral*) y por las críticas y comentarios que realizó en el número anterior. Su recensión me permite llegar a un público al que de otro modo, difícilmente, hubiera podido acceder. Quisiera aprovechar la oportunidad para hacer varias aclaraciones puntuales sobre los comentarios de DÍAS y defender algunos de los puntos de vista que ofrecí en el libro.

En *Suerte moral* analizo algunos de los problemas que se presentan en la responsabilidad moral y penal cuando aceptamos la influencia de la suerte en nuestras vidas. Esto incluye una gran cantidad de temas como el merecimiento, la fundamentación del castigo, la construcción de las razones para actuar, la importancia de las emociones y la relevancia que tiene la moral social para pensar en estos temas. En su comentario, DÍAS se presenta como un defensor de lo que llamo en el libro la “tesis de la equivalencia” y se enfoca en la discusión que trato con mayor detalle en el capítulo dos (“El subjetivismo y la tesis de la equivalencia”) y brevemente en el capítulo cuatro (“La suerte controlada. Razones, voluntad y control”). Me refiero al problema del castigo diferenciado entre delitos concretados y delitos intentados. DÍAS, también dedica algunos párrafos a cuestionar mi noción de comunidad y a los lineamientos que presento sobre el castigo. En esta breve réplica voy a concentrarme sólo en algunos de los puntos que desarrolló DÍAS en su comentario. Empiezo por las críticas a la *suerte moral*, sigo con una defensa de mi idea del *castigo* y culmino con su rechazo (y algunas aclaraciones) a la idea de *comunidad* que presento en el libro.

**Suerte moral.** Como señala DÍAS, si bien tomo en cuenta algunas discusiones que han desarrollado los teóricos del derecho penal, el enfoque que sigo en el libro se vincula, particularmente, con la filosofía moral y la filosofía del derecho penal. El punto de vista que adopté en el libro es filosófico por dos razones: la primera es que el problema de la suerte moral es filosófico y no una cuestión del derecho (penal). La segunda razón es la que bien apunta DÍAS: los enfoques como los que él denomina “unitarios” tiene algunos problemas que pretendí evitar en *Suerte moral*. Tomar sólo argumentos legales o sólo argumentos filosóficos hubiera sido un error. Sin embargo, es extraño que DÍAS destaque esta virtud de *Suerte moral* y luego defienda en su comentario una versión *unitaria* del subjetivismo penal, es decir que prescindiera de tomar puntos de vista filosóficos que son relevantes para la discusión. Quisiera pensar que tanto para mí como para DÍAS la visión que ofrezco del problema es más atractiva que la versión unitaria que él defiende en su recensión. Espero que esta respuesta termine de convencerlo.

DÍAS acepta rápidamente la existencia de los tres tipos de suerte que distingo en el libro (constitutiva, circunstancial y en el resultado). Sin embargo, afirma que es posible adoptar la suerte constitutiva y la suerte circunstancial y rechazar la suerte en el resultado. Según su tesis, el resultado no es una condición necesaria ni suficiente para responsabilizar a alguien dado que también responsabilizamos a quienes intentan producir resultados. Esta afirmación, por supuesto, lo presenta a DÍAS como un defensor del subjetivismo penal. Como señalé antes, dedico un capítulo a presentar la “tesis de la equivalencia” que defienden los teóricos subjetivistas. Sin embargo, según DÍAS, caracterizo al subjetivismo de un modo cuestionable y que él denomina “subjetivismo extremo”. Este “subjetivismo extremo” sería una teoría que considera que el autor puede ser responsabilizado por creencias individuales, que incluso pudieran ser irreflexivas al momento de intentar llevar adelante una acción. Básicamente, agentes que omiten considerar criterios de racionalidad sobre sus creencias. Para DÍAS, habría un “subjetivismo moderado” que podría ofrecer razones adicionales y que podrían alterar, drásticamente, mi reconstrucción. En definitiva, según DÍAS, mi reconstrucción es demasiado genérica y no tiene en cuenta los pormenores de la discusión en la dogmática penal continental.

Como señalo en el libro, el subjetivismo penal es una tesis sugerente que no ha sido tomada en serio, al menos entre los teóricos del derecho penal continental. Sin embargo, creo que pese a que algunas de las intuiciones que presentan los subjetivistas son atractivas, su propuesta es moralmente implausible. En *Suerte moral*, intenté mostrarlo de un modo particular: los presupuestos del subjetivismo penal no pueden funcionar en los reconocimientos (o premios). Los subjetivistas penales sólo pueden (y con algunas dificultades) construir una compleja teoría que únicamente puede ser aplicable a los castigos penales. Como sabemos, esta teoría es muy contraintuitiva porque afirma, entre otras cosas, que los resultados no deberían ser considerados para determinar la responsabilidad penal y quienes intentan cometer un delito deberían ser castigados como si efectivamente lo hubieran cometido. Esto, por supuesto, tiene aún más dificultades en términos morales.

En nuestras comunidades, reconocemos a aquellos que logran determinados resultados que nos parecen valiosos. Así, quienes ganaron batallas o descubrieron vacunas contra enfermedades ocupan espacios en museos y parques públicos. Aquellos que *intentaron* descubrir vacunas o *pretendieron* ganar batallas no han sido reconocidos de ningún modo. Esta distinción se basa en que los resultados *cuentan*. Pero supongamos que pudimos estar equivocados todo este tiempo y habría que actuar de un modo diferente. Pensemos qué haríamos ante una situación como la siguiente: luego de un examen, un estudiante de un curso (llamémoslo E1) pretende que su docente le modifique la nota que obtuvo y le ponga la más alta calificación. Su argumento es que, pese a que su examen no está en condiciones de recibir esa calificación, él hizo todo el esfuerzo para lograrlo. Estudió la misma cantidad de horas que su amiga (E2) quien sí recibió la máxima calificación en el examen. Por alguna razón que no puede explicar, E1 se puso nervioso y no pudo contestar a tiempo todas las preguntas como sí hizo E2. Sin embargo, E1 le asegura al docente que debería recibir la máxima calificación porque los resultados no importan, están influidos por la suerte y no pueden ser determinantes para calificarlo. ¿Debería el docente

ponerle a E1 la misma calificación que E2? Probablemente no. Supongo que sería razonable no hacerlo.

Este es el punto que ni las críticas de DÍAS ni de la versión unitaria del subjetivismo que defiende pueden alcanzar. La estrategia metodológica en *Suerte moral* (aquella que a DÍAS le parece interesante) consistió en dejar de lado los criterios de la moral crítica para construir mi propia idea de la suerte y seguir aquello que creo que está presente en la moral social, al menos en las comunidades que conocemos. Esta decisión me ha llevado a afirmar que en estos lugares, moralmente no es lo mismo concretar un resultado que sólo intentar hacerlo (independientemente de lo que digan los sistemas de responsabilidad penal). Si bien, en *Suerte moral*, me encargo de distinguir entre los modos en los que pensamos a los reconocimientos y a los castigos, este punto de partida es central para entender el trabajo. Mi aporte, en todo caso, fue intentar justificar por qué la intuición moral de que los resultados cuentan es correcta. Por otra parte, apelar a los reconocimientos muestra, con cierta claridad, la debilidad de la tesis subjetivista.

**Castigo.** DÍAS, también cuestiona el modo en el que presento una versión del castigo retributivo-comunicativo. Por un lado, le parece problemático el hecho de que una de las finalidades ulteriores que tiene la teoría sea el arrepentimiento de quien comete un delito. Esto, según DÍAS, violaría el principio de autonomía de las personas. También piensa que el castigo presentado de este modo es problemático. Intentar defender una teoría retributiva -no pura- genera problemas, según DÍAS, porque es difícil determinar cuándo prevalecen criterios deontológicos y cuando consecuencialistas. Por otra parte, DÍAS entiende que la participación de la comunidad está asociada con atender los sentimientos de las víctimas y asume que es posible castigar inocentes por el bien común y tratar como objeto a quien comete un delito.

Creo que DÍAS identifica equivocadamente el hecho de participar en la comunidad con el consentimiento para ser castigado. La participación en la comunidad es una condición para que el uso del derecho penal, y del castigo en particular, sea legítimo, pero eso no tiene un vínculo necesario con la idea de consentir ser castigado. Es decir, haber construido las reglas por las que ahora soy castigado no necesariamente implica consentir un castigo. En *Suerte moral* no ofrezco argumentos para defender las condiciones de legitimidad que debe tener el castigo. En cambio, asumo que estamos ante una comunidad de iguales ideal y presento una versión de una teoría retributiva comunicativa que se apoya, como toda teoría retributiva, en principios deontológicos. Estos principios son los que no permitirían castigar inocentes para lograr el bien común. Los individuos en una teoría retributiva son fines en sí mismos. Cuando aludo a la participación de la comunidad, en cambio, me refiero a que creo que es posible pensar que el castigo se dirige no sólo al ofensor sino también al resto de la comunidad. La comunidad le expresa al ofensor el rechazo a su conducta (inculpación) y espera, a su vez, que el ofensor repare (si es posible) el daño causado. Si esto no es posible, sería deseable esperar que el ofensor se disculpe y se arrepienta de lo que hizo. No es posible legalmente obligar a alguien a disculparse y arrepentirse. Por esta razón tampoco es posible violar la autonomía de las personas. Mi argumento es que el ofensor debería arrepentirse porque quiere seguir perteneciendo a su comunidad, porque quiere

reconstruir los lazos rotos con el resto de sus conciudadanos y porque admite que cometió un error. Esto no altera la función comunicativa del castigo. La comunidad, a través del castigo, le expresa al ofensor que *esa* era una de las conductas que nos habíamos comprometido a no llevar a cabo.

Sin embargo, la comunidad no decide qué conductas deben castigarse. En todo caso, la comunidad debe decidir qué conductas serán parte del derecho penal y qué conductas no lo serán. Su participación decisiva se da en el marco de la criminalización y no en el ámbito de la fundamentación del castigo. Tampoco la tesis que defiende se basa en satisfacer los deseos de las víctimas. Las víctimas son parte de la comunidad y no juegan un rol distinto ni particular. Esto, sin embargo, acarrea otros problemas que no puedo tratar aquí. Como puede verse no hay ningún elemento que permita confundir la base retributiva de la teoría con las ideas disuasivas que pudieran estar dentro de las teorías del castigo basadas en una ética consecuencialista. Sin embargo, es cierto que la tesis que defiende en el libro se aleja mucho de aquél ideal retributivo tradicional con el que estamos familiarizados.

**Comunidad.** Según DÍAS, también es cuestionable el hecho de que, en las comunidades en las que vivimos, concretar un resultado sea moralmente importante. Su pregunta es por qué debería ser relevante lo que piensa una comunidad. La comunidad podría estar equivocada, afirma DÍAS, y estamos ante un argumento de autoridad: castigamos más porque así lo dice la comunidad. En este punto, mi respuesta es, básicamente, la misma que en mi presentación de la suerte moral: es evidente que una comunidad, desde nuestros juicios morales críticos, puede estar equivocada. Sin embargo, lo que no responde DÍAS es: ¿Por qué no debería ser relevante lo que piensa una comunidad?

Afirmar la existencia de la suerte -diría un subjetivista- y tomarla en cuenta al momento de responsabilizarnos moralmente (y legalmente) es injusto. Esa injusticia se basa en que la suerte es todo aquello que está fuera de nuestro control y sólo podemos responsabilizarnos por aquello que controlamos. El argumento subjetivista, entonces, es que no deberíamos aceptar la influencia de la suerte en nuestras vidas, pese a que así lo acepta la comunidad, porque eso es un error. Entonces, volvemos al comienzo de mi respuesta a DÍAS. Ante intuiciones tan corrientes y al parecer tan plausibles ¿Por qué habría que seguir aquello que dicen DÍAS y otros teóricos penales? Una primera razón para no hacerlo es que no tienen argumentos persuasivos. Un segundo problema es que me parece que es DÍAS quien presenta un argumento de autoridad: los subjetivistas tienen razón y las comunidades están equivocadas. Este no parece ser un camino convincente para seguir a los teóricos que DÍAS nos sugiere. Nuevamente, ante intuiciones tan corrientes como estas (*los resultados cuentan*) el desafío es encontrar una justificación plausible para sostenerlas. Esto es lo que hago durante gran parte de *Suerte moral*.

Por último, como puede verse, moverse entre la filosofía moral y la filosofía del derecho penal me permite responder de una forma diferente a los difíciles interrogantes que presenta Leandro DÍAS. Sin embargo, soy escéptico sobre la distinción entre “subjetivismo extremo” y “subjetivismo moderado”. Creo que los teóricos que a DÍAS le parecen interesantes no tendrían

respuestas a muchos de mis interrogantes. Su lectura en detalle, por otra parte, no hubiera alterado mucho de lo que dije aquí o en *Suerte moral*. Es más, sólo me hubiera acercado a ese enfoque *unitario* que tanto DÍAS como yo rechazamos.

Quizá, muchas de las respuestas que presento en esta réplica son demasiado acotadas o demasiado simplistas. Creo que el tema es bastante más complejo de lo que pretendí mostrar aquí. En todo caso, aprovecho el espacio que me brinda *InDret Penal* y las críticas de Leandro DÍAS para invitar a todos aquellos interesados en analizar problemas filosóficos del derecho penal a discutir algunos de los puntos de vista que presento y defiendo en *Suerte moral*.



**Réplica a la Recensión de Javier WILENMANN a *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso 'Jakob von Metzler' y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Madrid, 2017 (InDret 1/2018)**

**Miguel Ángel Cano Paños**

Universidad de Granada

Sirvan ante todo y en primer lugar estas líneas para agradecer a Javier WILENMANN el esfuerzo realizado a la hora de acometer la lectura de una obra de más de 500 páginas y un total de quince capítulos; obra en la que, además, se afronta el estudio de dos ordenamientos jurídicos con el objetivo de indagar la posible legalidad de la actuación policial en el ya legendario caso «Jakob von Metzler».

Dicho esto, WILENMANN afirma en su recensión que el por él denominado «caso Daschner» (en alusión al Vicepresidente de la policía de Frankfurt, el cual ordenó amenazar al presunto – aunque altamente sospechoso– secuestrador del pequeño Jakob con el empleo de la violencia física para lograr descubrir el paradero del menor) se centraba fundamentalmente «en las preguntas relativas a la calificación penal sustantiva» del comportamiento del agente policial. Ciertamente dicha afirmación no puede compartirse, ya que, tal y como se indica al comienzo de la obra y a lo largo de varios pasajes de la misma, el caso «Jakob von Metzler» desencadenó en Alemania un debate que se extendió mucho más allá del Derecho penal *strictu sensu*, afectando también a cuestiones de índole policial, constitucional, procesal-penal o criminológica, así como a aspectos relativos a los derechos humanos, al Derecho internacional y al propio Estado de Derecho, sin olvidar cuestiones de carácter ético o filosófico; cuestiones éstas últimas que son analizadas en la obra objeto de recensión a lo largo de más de 70 páginas.

Por otra parte, en la recensión de WILENMANN se echa en falta un análisis si cabe un tanto más detallado a la hora de definir la en Alemania denominada «*Rettungsfolter*» (tortura de rescate) – elemento fundamental de la obra–, así como de ubicarla dentro de las distintas clases de tortura. Efectivamente, WILENMANN se limita a señalar que «la tortura de rescate presentaría elementos distintivos que explicarían, al menos en parte, el surgimiento de la discusión a su respecto». ¿Qué elementos? ¿Qué discusión? Lógicamente, si el autor de la obra reseñada defiende, como se verá, una justificación ética de la tortura de rescate –ciertamente polémica– y, desde un punto de vista penal-sustantivo, una exculpación –que no justificación– de la conducta llevada a cabo por los agentes de la policía de Frankfurt, debería haberse en primer lugar ubicado conceptualmente la denominada «tortura de rescate» y, ligada a ella, el concepto de la dignidad humana; trascendental en la discusión ética y jurídica en Alemania.

En cuanto a los elementos, y si uno tiene presente las finalidades «clásicas» de la tortura y los métodos empleados para su consecución, de ello se desprende que los actos de tortura que históricamente podían encontrarse no perseguían ciertamente la salvación de personas que se hallaban en un peligro de muerte inminente, utilizando para ello medios moderados, como la propia amenaza de torturas. Tampoco se trataba de liberar de su fatal situación a las víctimas de

un delito previo cometido por la persona destinataria de la violencia estatal. Según una valoración unánime de cualquier tipo de ética actualmente vigente, la tortura *clásica* perseguía más bien finalidades inaceptables, en parte incluso despiadadas, con medios en la mayoría de los casos igualmente despiadados que menoscababan de manera palmaria la dignidad del ser humano. Sin embargo, en la discusión actual en torno a la eventual admisión de la tortura (de rescate) en situaciones excepcionales hay que hacer referencia a una diferencia fundamental con respecto al clásico paradigma de la tortura: la existencia de una constelación triangular. Efectivamente, las voces que en la actualidad abogan en Alemania por permitir la tortura o su amenaza señalan que en estas situaciones dramáticas no sólo están implicados el Estado y la persona detenida –como así ocurría/ocurre en la tortura tradicional–, sino el propio Estado (personificado en sus agentes de policía en el caso «Jakob von Metzler»), la persona detenida (Magnus Gäfgen) y la/s víctima/s (el pequeño Jakob). El tener en cuenta y considerar esta relación de carácter triangular impide la asunción de una imagen unidimensional dirigida exclusivamente a atender los derechos de la persona eventualmente víctima de torturas, colocándose en cambio dichos derechos en relación con la necesaria protección de la/s víctima/s.

Y en lo relativo a la discusión, la polémica desatada en Alemania en relación a la eventual admisibilidad de la tortura de rescate giró en torno al concepto más trascendental contenido en el Art. 1 de la Ley Fundamental alemana: la dignidad humana (*Menschenwürde*). Pues bien, en el caso «Jakob von Metzler» se llegó a poner en tela de juicio la intangibilidad de la dignidad humana en aquellos supuestos en los que la propia dignidad del sospechoso del secuestro del menor de edad (Magnus Gäfgen) –dignidad de la que sin duda se hace acreedor– colisiona aparentemente con la dignidad de un ser inocente (Jakob von Metzler). Como consecuencia de esta ponderación se llega a afirmar que la dignidad del ser humano ya no puede reputarse como inviolable cuando se trata de actuar a cualquier precio con el objetivo de evitar un peligro de carácter grave, como por ejemplo la muerte de un ser inocente.

En definitiva, aun respetando la posición mantenida por WILENMANN a lo largo de su recensión – que como autor de la obra agradezco– no se puede compartir que el libro «[E]n tanto contribución sustantiva al debate», tenga un «rendimiento menor». Como tampoco se puede compartir su afirmación relativa a que «la estructura de pensamiento expuesta (...) reproduce, en buena medida, el espíritu del *mainstream* de la discusión alemana». Difícilmente puede mantenerse esa afirmación cuando, para la redacción de la obra, el autor ha consultado más de 150 referencias bibliográficas aparecidas en Alemania en los últimos años en relación a la tortura de rescate. Referencias que se posicionan tanto a favor como en contra de la admisión de la misma. El análisis penal-sustantivo del caso «Jakob von Metzler», desde la perspectiva del Derecho penal alemán y español, y restringiendo aquí la exposición al ámbito de la culpabilidad –algo que WILENMANN omite en su recensión–, da lugar a que se defienda que, en situaciones absolutamente excepcionales –como la que sin duda supone el caso «Jakob von Metzler»– podría contemplarse una eventual causa de exclusión de la culpabilidad acudiendo para ello al estado de necesidad disculpante previsto en el art. 20.5 del Código Penal español, o bien a un estado de necesidad supralegal, acudiendo en este caso a la normativa alemana. Se trataría aquí de distinguir, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, delimitar claramente la no

justificación (antijuricidad) del acto de (amenaza de) tortura, y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. Es indudable que en los acontecimientos de Frankfurt se daba una situación de necesidad donde confluían bienes jurídicos de igual valor (vida humana *vs.* integridad moral, o, si se prefiere, dignidad contra dignidad), pero –y esto es fundamental tenerlo en cuenta– ante males de distinta entidad: la conducta de los acusados (los agentes Daschner y Ennigkeit) puede afirmarse que resultaba antijurídica en todo caso (la tortura, independientemente de su modalidad, nunca puede ser legal), pero en cambio podría aquélla resultar disculpada, y ello no porque causó un mal que desde luego no era superior al que se trataba de evitar (se amenazó con torturar al sujeto detenido para con ello salvar la vida de un menor), sino porque en todo caso se pretendía evitar un mal superior al que causó.

Pero la vertiente jurídico-penal no es la única que se aborda en la obra objeto de la recesión de WILENMANN, ni incluso quizá la más importante. Buena parte del trabajo se dedica a sondear la eventual admisibilidad moral y ética de la conducta llevada a cabo por los agentes Daschner y Ennigkeit, lo cual hace que –contrariamente a lo señalado por WILENMANN– la contribución al debate en torno a la *Rettungsfolter* trascienda de una mera aproximación sustantiva. Efectivamente, tras el análisis efectuado a lo largo del Capítulo VI (valoración ético-jurídica de la tortura de rescate) queda claro que debe mantenerse a toda costa una prohibición absoluta de la tortura sin excepción posible, y ello tanto desde un punto de vista político como jurídico. Sin embargo, desde una perspectiva moral parece estar justificado que, en casos perfectamente delimitados, un delincuente podría, bien ser amenazado con la utilización de la coerción física contra su persona, bien ser víctima directa de esa coerción por parte del Estado. La admisibilidad moral no existe por el hecho de que un delincuente tenga menos dignidad que una o varias víctimas, sino porque cualquier persona –y por tanto también el delincuente– posee la ilimitada obligación moral de, según las propias posibilidades, salvar la vida de personas que se encuentran en grave peligro. Y ello, con mayor motivo, cuando existen sólidos indicios que indican que ese determinado sujeto es el causante de esa situación de peligro que amenaza la vida de una, varias o cientos de personas.

La aplicación generalizada de la tortura en muchos países del mundo es algo que debe condenarse de forma enérgica y sin excepción, debiendo la comunidad de Estados hacer todo lo posible para impedir que un país aplique o bien tolere la tortura. Sin embargo, la admisión de medidas coercitivas contra determinados delincuentes en los casos excepcionales que son descritos en la obra reseñada por WILENMANN no supone desde luego el llevar a cabo actuaciones que conllevan necesariamente un levantamiento de la prohibición de la tortura. El Estado de Derecho elegido democráticamente debe estar en disposición de realizar una diferenciación *moral* entre, por un lado, aquellos delincuentes que pueden salvar la vida de sus víctimas inocentes, y, por otro, entre los torturadores que aplican la violencia física a personas, sean o no éstas responsables de un delito. Y, en el caso «Jakob von Metzler», no cabe duda de que se está haciendo referencia a la primera constelación.