

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Edgar Iván Colina Ramírez, *La evolución de la política criminal*, Editorial Flores, México DF, 2016, por Rolando Márquez Cisneros.

Recensión a R. Anthony Duff, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, 2018, por Ivó Coca Vila.

Recensión a Patricia Gallo, *Riesgos penales laborales*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2018, por Juan Antonio Lascuraín.

Recensión a Michael Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden, 2017, por Juan Pablo Mañalich.

Rélicas

Réplica a la recensión de Laura Mayer Lux a *Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt. Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung beim Betrugstatbestand*, Nomos, Baden-Baden, 2017 (InDret 1/2019), por Andrés E. Schlack.

Recensiones

Recensión a Edgar Iván COLINA RAMÍREZ, *La Evolución de la Política criminal*, Editorial Flores, México DF, 2016 (267 págs.)

Rolando Márquez Cisneros
Universidad San Martín de Porres

La monografía de Edgar Iván COLINA RAMÍREZ, profesor de la Universidad de Sevilla y con quien debatí en muchas ocasiones durante mi estancia doctoral en la Universidad de Bonn, tiene como propósito explicar el itinerario que ha seguido la Política criminal como ciencia y su influencia en las legislaciones, especialmente en las propias de las sociedades modernas. Aunque el libro se compone de nueve capítulos, tras su lectura se puede advertir que se divide en tres grandes partes, claramente definidas.

La *primera parte*, que abarca los tres primeros capítulos (I. Evolución Histórica de la Política criminal; II. Escuelas Político-criminales; III. Marco sustantivo de actuación en la Política criminal) y que puede calificarse como la base conceptual general de la política criminal. La *segunda parte*, conformada por los dos siguientes capítulos (IV. Consideraciones sociológicas sobre los modelos político criminales en el Siglo XXI; V. Modelos legislativos inspirados en la Política criminal del Siglo XXI), en la que se analizan específicas formas punitivas, sus orígenes y sus efectos en la sociedad. Finalmente, la *tercera parte*, compuesta por los capítulos restantes (VI. Modelos criminológicos de seguridad pública I; VII. Modelos criminológicos de seguridad pública II; VIII. Modelos de seguridad ciudadana I; IX. Modelos de seguridad ciudadana II), en la que se explican las características del contexto actual en el que se enmarca la política criminal.

Así, pues, la obra de COLINA RAMÍREZ transita de lo general a lo particular, siendo que sus ideas más provocadoras, en cuanto promotoras del debate académico, se ubican en las dos últimas partes de su monografía (capítulos IV al IX).

En el primer capítulo, el autor explica que la política criminal, en el Estado Absoluto, aunque obedecía a ciertas garantías (como la intervención del Estado ante hechos externos), éstas no tenían el alcance que ahora se les reconoce (existía el proceso pero de corte inquisitivo). El profesor de la Universidad de Sevilla señala que la inclusión de pensamientos liberales en las legislaciones penales tiene lugar a finales del siglo XVIII y que a inicios del siglo XIX las ideas humanistas tuvieron gran repercusión no sólo porque se incluyeron en los Códigos penales sino porque cambiaron la configuración política del Estado. Entre los avances del Estado liberal, según COLINA RAMÍREZ, destaca el que la pena no se orienta ya a la expiación sino a la retribución y a la prevención. Luego, señala que la crisis del Estado Liberal trajo consigo un Estado intervencionista en todos los ámbitos de la Sociedad, el llamado Estado Social de Derecho, circunstancia que generó una Política criminal que desterró las garantías logradas con la Ilustración. Finalmente, con el advenimiento del Estado de Derecho, la dignidad humana se convierte en el eje de las medidas estatales, de ahí que la política criminal se sustenta ahora en

una serie de principios limitadores del Derecho penal, entre los que destaca el sometimiento al imperio de la ley y la finalidad resocializadora de la pena.

En el segundo capítulo, el autor hace un recuento de las Escuelas político-criminales. En primer lugar, entre los postulados de la Escuela clásica destaca la separación entre delito y moral, la determinación por ley previa del delito y su pena, la proporcionalidad de ésta con el daño causado y la finalidad retributiva del castigo. Respecto de la Escuela positiva, COLINA RAMÍREZ señala como características la clasificación de los delincuentes según sus rasgos patológicos, degenerativos o atávicos, como consecuencia del establecimiento de un Derecho penal de autor, la finalidad preventiva de la pena, no tanto protectora de bienes jurídicos sino más bien de la convivencia social, y la predilección por penas severas (deportación y pena de muerte). En cuanto a la Escuela Correccionalista, el autor señala como rasgos característicos la distinción entre Derecho penal y Criminología, la consideración del delito como un fenómeno complejo, el rechazo de las clasificaciones positivistas del delincuente (aunque acepta la existencia de delincuentes ocasionales y anormales), la retribución y la readaptación como fines de la pena y la consideración de que sólo son imputables aquellos que tienen capacidad para sentir la amenaza de la pena. Finalmente, respecto de la Escuela de Marburgo, COLINA RAMÍREZ destaca como notas particulares, entre otras, la contemplación del delito como fenómeno natural y simultáneamente jurídico, el reconocimiento de dos clases de consecuencias jurídicas distintas (la pena y la medida de seguridad) y la defensa social como fin prioritario de la pena.

En el tercer capítulo, el profesor de Sevilla señala que como los efectos de la Política criminal recaen en la persona, ésta ha de ocupar el lugar central en el diseño de las estrategias político-criminales. De manera específica, para él, la Política criminal debe considerar en sus constructos la dignidad de la que está revestida la persona, es decir, el respeto a la misma. En coherencia con ello, afirma que las intervenciones de tipo penal han de respetar una serie de limitaciones como el principio de humanidad en la ejecución de las penas y el carácter subsidiario del Derecho penal, según el cual toda intervención penal instaurada pese a la existencia de medidas extrapenales, igualmente eficaces para alcanzar el objetivo, se reputará ilegítima. A partir de estas premisas, el autor concluye que la Política criminal, en su misión de prevenir el delito, ha de ser racional, es decir, debe determinar qué conducta se ha de criminalizar, por ser conveniente para la sociedad y cuál es la sanción que corresponde, en función de las particularidades de esa conducta. Hace hincapié, además, en que una Política criminal no es racional porque ha seguido los procedimientos legislativos formales sino que la racionalidad también depende de la utilidad social que tenga la norma en cuestión.

En el cuarto capítulo, el autor describe los principales rasgos de la política criminal del siglo XXI. En este sentido, COLINA RAMÍREZ destaca las crecientes demandas de intervención penal de la ciudadanía al poder político, motivadas por la sensación de inseguridad que, según él, no se corresponden necesariamente con la realidad. En este orden de ideas, para el autor el Derecho penal es hoy un instrumento de control político y un mecanismo al que se recurre cada vez más, en la creencia de que constituye la solución a todos los problemas sociales. De igual forma,

COLINA RAMÍREZ destaca el rol de las víctimas, cada día más determinante, en la configuración de las actuales legislaciones penales. Ello debido, básicamente, a la continua aparición de asociaciones de víctimas y al hecho de que la ciudadanía suele identificarse más con ellas que con quien cometió el delito. Para el autor, el que las víctimas determinen el contenido de las formulaciones legislativas conlleva serios problemas desde la óptica del principio de proporcionalidad. El profesor de la Universidad de Sevilla también se detiene a analizar la influencia de los medios de comunicación en la política legislativa-penal. Así, señala que la prensa, con la forma sensacionalista de presentar la noticia policial, contribuye decididamente con el aumento desproporcionado de la sensación de inseguridad en la ciudadanía. De igual forma, la divulgación constante de delitos en los medios de comunicación ha consolidado la delincuencia en la agenda pública y, con ello, el ya citado aumento en los ciudadanos de la percepción de inseguridad. Finalmente, COLINA RAMÍREZ denuncia una expansión irracional del Derecho penal pues, sobre todo en ámbitos como el medioambiente o el socioeconómico, se tipifican comportamientos que podrían ser regulados en el Derecho Administrativo, vulnerándose con ello las garantías básicas del Derecho penal, como el principio de subsidiariedad, el de ofensividad y el de la proporcionalidad en la intervención. Para el autor, esta progresiva administrativización del Derecho penal es particularmente peligrosa porque recorta cada vez más los ámbitos de libertad de los ciudadanos, quienes, contrariamente, justifican las posibles intromisiones excesivas del poder sancionador pues entienden que con ello se gana en seguridad pública.

En el quinto capítulo, COLINA RAMÍREZ estudia los modelos legislativos inspirados en la política criminal del siglo XXI. En este sentido, explica que la teoría de la tolerancia cero, para reducir el número de delitos, centra la represión no tanto en la macro-criminalidad sino, en primer lugar, en los delitos de poca monta y en conductas perturbadoras como el holgazanear en la calle, estar ebrio en lugares públicos, etc. La idea es, entonces, reprimir comportamientos que, aunque sustancialmente no constituyen delitos, resultan molestos para el conjunto social. El autor también explica las leyes *Three strikes and you're out*, cuya finalidad es que los delincuentes habituales o reincidentes reciban penas privativas de la libertad lo más altas posibles, sin la posibilidad de obtener la libertad condicional. El profesor sevillano destaca que aunque estas leyes son criticables desde la óptica del principio de proporcionalidad, la ciudadanía las recibe con beneplácito pues contribuyen a la seguridad pública. Finalmente, el autor expone la denominada *Ley Megan*, cuya finalidad es registrar a las personas condenadas por delitos sexuales para que la ciudadanía sepa su ubicación y, en consecuencia, se proteja de ellas. El problema es que estas leyes, según entiende COLINA RAMÍREZ, vulneran derechos constitucionales como el honor, la intimidad y la reinserción social; por eso se han de fijar límites al tratamiento informativo de la identidad de las personas procesadas o condenadas.

En el sexto capítulo, el autor, tras afirmar que la pena tiene también fines preventivos, centra su análisis en la teoría de la prevención general, tanto negativa o intimidatoria como positiva o integradora. Así, distingue dos medios preventivos, que deben interactuar para lograr una prevención eficaz: los *fácticos*, que pretenden evitar el delito mediante mecanismos que impiden

la posibilidad física de realizarlos y los *comunicativos*, que pretenden evitarlos influyendo en el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el delito. Luego, el profesor COLINA RAMÍREZ explica brevemente los mecanismos de prevención primaria (caracterizados porque tratan de neutralizar los factores endógenos que facilitan la delincuencia), los mecanismos de prevención secundaria (caracterizados porque se centran en la política legislativa penal y en su imposición) y los mecanismos de prevención terciaria que, a diferencia de los anteriores, tiene destinatarios perfectamente identificables y por tanto dirige sus programas a un colectivo determinado como la población reclusa con la finalidad de evitar la reincidencia. El autor hace también una breve reflexión sobre la disuasión del delito y concluye que las normas penales, que establecen incluso penas privativas de la libertad de larga duración, pocas veces disuaden, sobre todo a los delincuentes habituales, de ahí que, para COLINA RAMÍREZ, se han de cambiar las prácticas policiales y publicitarlas con la finalidad de incrementar la percepción de la certeza de la detención.

En el séptimo capítulo, el autor empieza explicando el cambio de lógica en la política criminal, que cada vez más recurre a medidas preventivas del delito, debido fundamentalmente al fracaso del modelo represivo y al mayor conocimiento de las causas del fenómeno criminal. Entre los programas de prevención que describe destacan los programas de “área geográfica”, que buscan generar mejores condiciones de habitabilidad pues el medio en el que las personas habitan influye en la delincuencia. De igual forma, los programas “comunitario/victimal”, que entienden el delito como un problema comunitario, de todos, y no como un hecho aislado, por eso incluyen en su implementación a la comunidad en general (incluso a la propia víctima) y no sólo a los grupos marginales, delincuentes potenciales y ex-condenados. El autor describe también lo que llama programas de “inspiración político-social”, de los más importantes para él porque pretenden reducir la criminalidad mediante la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad, de ahí que estos programas implementan medidas de prevención primaria. Finalmente, COLINA RAMÍREZ explica los programas de “prevención cognitiva” conforme a los cuales, si las conductas delictivas se aprenden porque los valores de un individuo son contrarios a los que la sociedad espera de él, entonces hay que introducirle valores aceptados positivamente por el entorno, por ejemplo, mediante técnicas que les ayuden a pensar en las consecuencias de sus actos, etc.

En el octavo capítulo, el autor afirma que el Estado es cada vez más incapaz de reducir la delincuencia pero no porque se mantenga inerte sino porque las medidas que adopta, como el endurecimiento de penas, no constituyen la vía adecuada para tal fin. Al considerarse el Derecho penal como el mecanismo para enfrentar problemas que, por corresponder a otras vías, no puede solucionar, se crea entonces la sensación de inseguridad e impunidad motivada por el Derecho penal. En este escenario, COLINA RAMÍREZ explica la implementación de mecanismos de autoprotección por parte de la misma ciudadanía, esto es, sin intervención alguna del Estado, por ejemplo rejas en las calles, cercos eléctricos, etc., que han terminado privatizando el espacio público. En la misma línea, ante la sensación de inseguridad, el autor destaca el aumento de la vigilancia vecinal permanente, medida que, según indica, no sólo goza de gran consenso sino que

resulta acertada si se tiene en cuenta que sólo una política criminal integral, en la que por tanto la ciudadanía participe activamente, reducirá el delito. Finalmente, COLINA RAMÍREZ describe el incremento de empresas de seguridad privada, que fomentan y multiplican las diferencias sociales debido a que no responden a intereses colectivos sino al de un grupo determinado, sus clientes, por eso, para el autor, el Estado no puede retirarse sin más del control de la seguridad sino que ha de regular, con eficiencia y rigurosidad, la actividad de esas empresas privadas.

En el noveno capítulo, el último, el autor explica el surgimiento de grupos de autodefensa que aunque inicialmente se constituyen para defender al país o mejorar las condiciones socio-económicas de la población, su finalidad ahora es alcanzar la seguridad pública a través de la auto-tutela. Para el profesor COLINA RAMÍREZ, el problema de estos grupos es que al ser propios de zonas rurales, donde la presencia del Estado es casi nula, administran su propia justicia, vulnerando en muchos casos derechos fundamentales. De igual forma, el autor, ya para finalizar, menciona la aparición de grupos paramilitares que intentan acabar con las guerrillas o insurgentes que desestabilizan el orden constitucional. El problema de estos grupos, que tienen el mismo equipamiento, entrenamiento y organización que las fuerzas armadas “formales”, es que muchas veces actúan al margen de la ley, contraviniendo derechos fundamentales.

Luego de haber expuesto de manera sucinta lo que el profesor sevillano desarrolla en cada uno de los capítulos de su obra, toca ahora comentar algunas de sus ideas, en concreto aquellas con las que discrepo especialmente.

En primer lugar, tengo la impresión de que para el profesor COLINA RAMÍREZ las demandas de la ciudadanía, por más Derecho penal, están referidas a la creación de nuevos tipos y al incremento de las penas de los ya existentes (pp. 108, 111, 114 y 127). Sin embargo, desde mi perspectiva, estas demandas de la ciudadanía, correctamente entendidas, están referidas a mejorar la eficacia del aparato persecutor. Salvo casos excepcionales en los que concurren vacíos normativos, el ciudadano no busca un cambio en la legislación penal. No es que la sociedad esté sumida en una orfandad de leyes que impide combatir la delincuencia, no. Leyes penales hay, y para casi todos los ámbitos de la actividad humana. Aunque quien aplica las leyes está atado a lo que éstas disponen, la sensación de impunidad –la impunidad– que describe el profesor COLINA RAMÍREZ, para mí, obedece básicamente a la ineficacia de los entes encargados de perseguir el delito; por eso las demandas de la ciudadanía, insisto, están orientadas a combatir esa ineficacia y no tanto a reformar o crear leyes penales.

En el apartado sobre el populismo punitivo, echo en falta que el autor no se haya referido al carácter intuitivo del Derecho penal, es decir, a la noción que las personas, todas, tienen sobre cómo operan los principios de ese sector del ordenamiento. Esto habría permitido que su obra se aleje con nitidez del tono peyorativo que suele atribuirse a la expresión “populismo punitivo”.

Discrepo con el profesor COLINA RAMÍREZ cuando señala que la génesis de la percepción de inseguridad ciudadana hay que encontrarla en los medios de comunicación (p. 124). Sobre este punto, debo hacer dos precisiones. Primero, los medios de comunicación no inventan las noticias

delictivas, no parten de la nada. Los encargados de dirigir los medios de comunicación tendrían que ser bastante ingenuos para pensar que pueden mantener engañado al público sobre el fenómeno criminal. Los delitos están ahí, existen, son realidades innegables. Segundo, la contribución de los medios de comunicación en el incremento de la percepción de inseguridad ciudadana está determinada por la forma cómo éstos propalan la noticia criminal: de modo reiterado, con sensacionalismo, el relato es épico, etc. De cualquier forma, pienso que el profesor COLINA RAMÍREZ no tendría inconveniente en aceptar, al menos, mi primer planteamiento pues, respecto de los programas televisivos, afirma que el conductor de éstos se convierte en una “especie de intermediario” entre la sociedad y el Gobierno (p. 121).

También discrepo con el autor cuando señala que los medios de comunicación son los que colocan en agenda pública un determinado tema (p. 125). Desde mi punto de vista, existe una pluralidad de actores, cada uno de los cuales responde a sus propios intereses, que pueden colocar un determinado tema en el debate nacional. Así, en muchas ocasiones es difícil saber quién en concreto de esos actores colocó un asunto en agenda. El tema puede haber sido colocado en debate por iniciativa propia de la ciudadanía, de algún partido político, de algún grupo económico, por iniciativa de los medios de comunicación, por la confluencia de intereses de dos o más de estos actores, etc. En este orden de ideas, en el caso de que quien coloque un tema en agenda sea, por ejemplo, un grupo de poder económico, el rol de los medios de comunicación, al igual que el de los políticos, se limitará, en todo caso, a reforzar esa agenda. En consecuencia, se ha de matizar la afirmación de que los medios de comunicación son los que detentan el poder de establecer en el debate público un determinado asunto.

En la obra del profesor de la Universidad de Sevilla también echo en falta que, al desarrollar la administrativización del Derecho penal (pp. 127-134), no exista referencia alguna a los delitos de peligro abstracto, que son justamente los tipos penales que mejor representan la expansión del Derecho penal en la modernidad y que suelen ser calificados por un sector de la doctrina como meras desobediencias de naturaleza administrativa. La consideración por algunos de que los delitos de peligro abstracto responden a la lógica del Derecho administrativo sancionador (y, con ello, vulneran el principio de lesividad), desde mi punto de vista, justificaba analizar, siquiera brevemente, esa forma de entender los delitos de riesgo abstracto. Además, un análisis previo en ese sentido hubiese llevado necesariamente al autor a estudiar las diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, tema de vital importancia para la obra que se recensiona pues sólo es posible aspirar a una Política criminal racional si, entre otros elementos, se diferencia con nitidez ambos ilícitos.

Por otro lado, estoy parcialmente de acuerdo con el profesor COLINA RAMÍREZ cuando señala que la disuasión se consigue no con el establecimiento de penas de prisión de larga duración sino con el incremento de la percepción de la certeza de la detención. Para mí, aumentar, en quien está próximo a delinquir, la percepción de que efectivamente va a ser perseguido, capturado, procesado y luego condenado es determinante para disuadir comportamientos delictivos; sin embargo, éste no es el único factor. En el proceso deliberativo, tras el que se decide la comisión –o

no comisión- de un delito, interviene una pluralidad de factores. En este sentido, el establecimiento de penas privativas de la libertad, incluso de corta duración, puede disuadir a ciertas personas a no cometer delitos. Es más, penas distintas a la privativa de la libertad tienen la suficiente capacidad para desmotivar la comisión de crímenes en ciertas personas, por ejemplo, las perfectamente socializadas, que, siendo conscientes de la estigmatización que genera el proceso penal, descartan del saque la posibilidad de comparecer ante un juez. En resumen, el establecimiento de penas puede disuadir de manera efectiva la comisión de delitos, según la persona de quien se trate.

Asimismo, el profesor COLINA RAMÍREZ, tras señalar que la prevención primaria busca neutralizar los factores endógenos que pueden propiciar la delincuencia y mencionar como estrategias propias de este tipo la implementación de políticas socioculturales y educativas (p. 180), afirma que éstas constituyen un modelo por demás eficaz, pues opera en la propia raíz del problema (p. 181). Sobre el particular, considero que esta afirmación es correcta siempre que, en todo caso, esté referida especialmente a la delincuencia común. En efecto, si se tiene en cuenta que la criminología permite conocer las causas de un concreto hecho delictivo para, a partir de ese conocimiento, adoptar las medidas político-criminales más eficaces contra ese suceso, parece claro que en el caso de la delincuencia de cuello blanco, por las características habituales de sus autores, la implementación de políticas socioculturales y educativas no es el mecanismo idóneo para prevenirla. Dicho de otra manera, dependiendo del delito de que se trate, las políticas socioculturales y educativas constituyen ciertamente mecanismos eficaces de prevención. Aunque es indiscutible que las medidas socioculturales y educativas previenen delitos, no los previenen todos.

De igual forma, no estoy de acuerdo con el profesor COLINA RAMÍREZ cuando señala que uno de los problemas de la actual política criminal es que adopta políticas que más bien generan mayor criminalización, lo que no significa que aumenten los crímenes (p. 211). Estoy en desacuerdo con esta afirmación del profesor sevillano porque una de las características de la política criminal actual es la creación de delitos que, en muchas ocasiones, no suponen afectación alguna a bien jurídico-penal alguno (propuestas como penalizar la acumulación de multas de tránsito impagadas, formulada por alguna autoridad en Lima, son clara muestra de ello). Ante este contexto, es evidente que la reducción de esferas de libertad motivada por la criminalización de conductas aumenta el número de delitos. Dicho de otra manera, como la criminalización de conductas significa reducir los ámbitos de actividad permitidos, entonces es lógico que con esa medida más personas terminen delinquiriendo. Por lo demás, el mismo profesor COLINA RAMÍREZ parece aceptar mi planteamiento cuando afirma que una política criminal represiva genera un incremento, cuantitativo y cualitativo, de la delincuencia (p. 210).

El profesor de la Universidad de Sevilla también señala que la sociedad moderna se caracteriza por la aparición de nuevos riesgos que, al alimentar sobremanera los sentimientos de inseguridad y miedo de los ciudadanos (pp. 211-212), genera que éstos exijan la intervención del Derecho penal. Sobre el particular, considero que si bien los adelantos de la ciencia y de la tecnología han

generado la aparición de nuevas actividades, que a su vez generan nuevos riesgos, también es cierto que en la actualidad ambas contribuyen decididamente ya a evitar esos riesgos ya a disminuir sus efectos nocivos. En suma, los adelantos tecnológicos y científicos, sumados al progreso económico, posibilitan, hoy, vivir más y mejor. Siendo esto así, parece contradictorio que los ciudadanos, hoy, estén más atemorizados, más intranquilos. La respuesta a esta aparente contradicción se encuentra (también) en el cambio de valoración de la ciudadanía respecto de los riesgos antiguos, los tradicionales. El ciudadano de hoy no tolera muchos de los riesgos que ya existían y que socialmente se aceptaban. En la medida en que hoy se puede vivir más y mejor, todos anhelan ello y por eso rechazan, no toleran, aquello que de alguna u otra forma, aunque mínimamente, pudiera alejarlos de ese objetivo, ya riesgos nuevos, ya riesgos antiguos. En consecuencia, los sentimientos de inseguridad y miedo son resultado no sólo de la aparición de nuevos riesgos sino también de las nuevas valoraciones que los ciudadanos asignan a los riesgos antiguos.

En conclusión, la obra del profesor COLINA RAMÍREZ es una monografía muy bien trabajada, que explica de forma bastante clara el itinerario recorrido por la Política criminal, desde el Estado Absoluto hasta nuestros días. En este sentido, a mi parecer, es en la descripción del contexto actual donde la obra se torna especialmente interesante no sólo porque la situación que hoy atraviesa el Derecho penal es ya de por sí fuente de arduo debate académico, sino también, y especialmente, porque el autor formula unos planteamientos serios y a la vez provocadores que encienden aún más la discusión académica, contribuyendo así con el estudio de los mecanismos que pretenden hacer frente al fenómeno criminal.

Recensión a R. Anthony DUFF, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, 2018 (373 págs.)

Ivó Coca Vila

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

-I-

La monografía aquí recensionada es el resultado final de un ambicioso proyecto de investigación sobre el fenómeno de la criminalización iniciado por el Profesor DUFF —junto con L. FARMER, S.E. MARSHALL, M. RENZO y V. TADROS— hace ya más de una década (p. v). Aquel nació en el año 2008 con el objetivo declarado de “desarrollar una teoría normativa de la criminalización: una explicación de los principios y valores que habrían de guiar las decisiones acerca de qué criminalizar” (p. 3). Entre tanto, sin embargo, DUFF ha desistido abiertamente de tan ciclópeo esfuerzo (cfr. al respecto DUFF/FARMER *et al.*, «Introduction. Towards a Theory of Criminalization?», *Criminalization*, 2014, pp. 1 ss., 45 ss., p. 53). En buena lógica, el lector no encontrará en *The Realm of Criminal Law* una teoría normativa de la criminalización, sino, en palabras de su propio autor, una contribución “en pro de una teoría de la criminalización: una

explicación, no tanto sobre qué deberíamos criminalizar, sino sobre cómo deberíamos decidir qué criminalizar, así como de los puntos de partida y las estructuras de deliberación adecuadas sobre la criminalización” (p. 52). Esta revisión a la baja de sus objetivos no significa en modo alguno que DUFF haya dejado de considerar altamente problemática la expansión cuantitativa y la degradación cualitativa del Derecho penal. Sucede simplemente que estima ahora imposible ofrecer una teoría normativa de la criminalización como la inicialmente ambicionada. En su lugar, adelantando ya la conclusión principal de *The Realm of Criminal Law*, se contenta con ofrecernos pautas relevantes sobre el objeto del proceso deliberativo político-criminal, que sintetiza en un principio maestro (*Master Principle*) radicalmente angosto y formal: A. *Tenemos razones para criminalizar un tipo de conducta si y solo si esta constituye un injusto público* (public wrong). B. *Un tipo de conducta constituye un injusto público si y solo si aquella infringe el orden civil de la comunidad* (polity’s civil order).

-II-

En contra de lo que pudiera parecer, el principio maestro acabado de presentar no es el punto de partida de una obra dedicada a su concreción —a eso es precisamente a lo que renuncia nuestro autor—, sino la conclusión final de una obra dedicada en su mayor parte a fundamentar las premisas de filosofía política y del Derecho que subyacerían a aquel. Según DUFF, preguntarse por las razones que existen para criminalizar una conducta requiere precisar antes cuál es el fin de la criminalización de una conducta, lo que presupone necesariamente conocer el fin último del Derecho penal. Para ello, a su vez, sería imprescindible concretar el papel del Derecho penal en el seno de una comunidad política, lo que sería imposible sin haber definido previamente qué se entiende por Derecho penal. A responder a esta última cuestión dedica DUFF el primero de los siete capítulos en los que está dividida su obra y que procedo a resumir a continuación.

En efecto, en el primer capítulo, titulado “Derecho Penal”, DUFF nos presenta una reconstrucción racional idealizada de las que, en su opinión, son las tres dimensiones definitorias de todo sistema penal: el Derecho penal sustantivo, el proceso (y juicio) y el castigo. Las reflexiones de DUFF al respecto, pese a ser ya conocidas, no dejan de ser de gran interés. El Derecho penal sustantivo no consistiría en una mera amalgama de prohibiciones, sino en declaraciones definitorias de aquellos comportamientos que son estimados por el legislador como “injusto público”, esto es, que merecen ser perseguidos y respondidos por parte del Estado (pp. 16 ss.). La idea de injusto público, como habrá de quedar en evidencia más adelante, no solo es ya un *topos* clásico en la obra de DUFF, sino que es fundamental para entender el planteamiento político-criminal de *The Realm of Criminal Law*. El proceso y juicio penal son concebidos como el mecanismo mediante el que el acusado es llamado a rendir cuentas públicamente (*public calling to account*) por el delito que presuntamente ha cometido (pp. 24, 30 y ss.). El castigo, por último, es comprendido en términos esencialmente comunicativos o expresivos, como la imposición a quien se supone responsable por un delito de un mal con carácter reprobatorio (censura) por parte de quien reclama autoridad para ello (pp. 36 ss.). Este primer capítulo finaliza con un subapartado dedicado a llamar la atención sobre la importancia de los procesos informales de criminalización

(pp. 39 ss.) como prácticas institucionales que pueden desempeñar un papel fundamental en la vida (penal) de una comunidad (p. 49).

Al asumir que el Derecho penal trata con injustos (*wrongs*), DUFF se compromete con una suerte de “moralismo legal”. En el segundo capítulo, titulado “Moralismo legal e injustos públicos”, el profesor británico trata de aclarar dos cuestiones íntimamente vinculadas con lo anterior. En primer lugar, en qué consiste realmente el legalismo moral que abraza. Frente a un “moralismo legal negativo” que entiende que no deberíamos criminalizar aquellas conductas que no son moralmente injustas (*wrongful*) antes de su criminalización, DUFF patrocina un “moralismo legal positivo” según el cual el carácter moralmente injusto de una conducta constituye una buena razón (positiva) para su criminalización (pp. 53 ss.). Ahora bien, a diferencia de MOORE, quien cree que tenemos buenas razones para criminalizar *todo* injusto moral, nuestro autor defiende un legalismo moral positivo moderado: solo aquellos injustos que puedan ser considerados “públicos” son susceptibles de criminalización (pp. 71 y ss.). La pregunta entonces es, claro está, qué debe entenderse por injusto público. Esta es la segunda cuestión a la que DUFF trata de dar una respuesta en este capítulo, aunque sea de forma puramente preliminar. Para ello recurre a la analogía con el proceso de elaboración de un código deontológico profesional (pp. 80 ss.): del mismo modo que quien pretenda redactar un código de este tipo tendrá que decidir en primer lugar qué clase de comportamientos deben ser considerados relevantes como práctica propia de una determinada profesión, sus fines y valores subyacentes, de modo que, p. ej., la mala praxis de un cirujano en el quirófano sería a tal efecto relevante, pero no así el adulterio en el que aquel pueda incurrir, el legislador penal debe decidir igualmente, en primer lugar, qué clase de injustos forman parte de la práctica distintiva que trata de regular el Derecho penal, esto es, de la vida civil (*civic life*). El concepto de injusto público depende, pues, de una determinada concepción del ámbito de lo público de una comunidad, de aquellas prácticas características, de los objetivos y valores subyacentes a ellas y del tipo de comportamientos que caen en su perímetro (pp. 87 ss.). Así las cosas, todo proceso de criminalización dependería, por un lado, de la concepción que se defiende del orden civil que pretende regularse, de sus prácticas, objetivos y valores, en suma, de una teoría política, esto es, de una teoría de la concreta comunidad (*polity*) y de su *res publica*. Solo una vez concretado el orden civil compartido, el dominio de los injustos públicos, tendría sentido preguntarse cuál de ellos merece ser criminalizado. Por el otro lado, junto al objeto, el proceso de criminalización depende igualmente de su sujeto, es decir, de la previa identificación de los participantes en la praxis de la vida civil, como condición previa para determinar su vinculación por las normas que lo regulan (pp. 100 s.).

A esta segunda cuestión dedica DUFF la totalidad del tercer capítulo de su obra, titulado “Ciudadanía y Derecho Penal”. Prosiguiendo con la analogía de la elaboración de códigos deontológicos, trata de mostrar que, al igual que los médicos son los destinatarios primarios (y dueños) del código ético médico, son los ciudadanos de una determinada comunidad política y no, p. ej., los miembros de la comunidad moral universal, los destinatarios primarios (y dueños) del Derecho penal (pp. 101 s.). Destinatario primario de la ley penal son los ciudadanos de la comunidad política en cuyo nombre aquella se expresa, aquellos que pueden concebir el Derecho

como “su” Derecho (pp. 109 ss.). Ahora bien, como el propio DUFF reconoce, la visión del Derecho penal como el “Derecho compartido de una comunidad política de ciudadanos” se enfrenta a tres importantes objeciones. En primer lugar, todo sistema penal contemporáneo tiene que lidiar con autores o víctimas que carecen de la condición de ciudadano (p. 120). DUFF considera, no obstante, que los injustos que se cometen en el seno de una comunidad, en su hogar cívico, le incumben también a aquella, con independencia de que el autor o la víctima sean ciudadanos o simplemente huéspedes (p. 123). En segundo lugar, DUFF reconoce que no resulta en absoluto sencillo aislar un conjunto de valores políticos compartidos en el seno de las pluralistas sociedades contemporáneas (pp. 127 ss.). Pese a ello, entiende que también frente a quien disiente de la valoración que subyace a la criminalización de una forma de conducta cabe responder penalmente de forma legítima, pues los miembros de una comunidad política estarían vinculados entre sí por deberes asociativos heteroimpuestos (p. 136). Y en tercer y último lugar, DUFF plantea asimismo la aparente incompatibilidad de un programa *iusfilosófico* (penal) como el suyo, que toma como destinatario primario del Derecho al ciudadano, con un Derecho penal que, de forma creciente, tiende a distinguir entre ciudadanos a los que proteger y enemigos a los que combatir (pp. 137 ss.). En su opinión, no cabría negar el derecho de una comunidad política a retirar el estatus de ciudadano a quien a través de su comportamiento criminal (persistente) la pone en cuestión (p. 141). Ello, sin embargo, no obsta para que abogue por una comunidad política no excluyente, capaz de mantener el estatus de ciudadano al delincuente (habitual), aunque sea a costa de reducir su haz de derechos respecto del que gozan el común de los ciudadanos (p. 142).

Los capítulos cuarto y quinto, por su parte, están dedicados a explicar cuál es el tipo de práctica de la que participan los miembros de una comunidad política. En el capítulo cuarto, titulado “Orden civil y dominio público”, DUFF ofrece una primera aproximación –esencialmente– formal a dos conceptos fundamentales en su planteamiento político-criminal: el de “dominio público” (“*public realm*”) y “orden civil” (“*civil order*”). El Derecho penal solo se ocuparía de aquellos injustos morales que son “públicos”. Que el injusto sea público no significa que tenga características intrínsecas especiales, como defenderían los partidarios de concepciones materiales o sustantivas del injusto penal, sino simplemente que queda intramuros de lo considerado el dominio público (p. 146). Un injusto es público en la medida en que afecte al orden civil de la *polis*, entendido este como la ordenación normativa (institucional, legal e informal) de la vida cívica de una comunidad determinada (p. 151). Esta ordenación normativa está compuesta por el conjunto de objetivos y valores a través de los cuales una colectividad se constituye a sí misma en comunidad política. Dicha ordenación normativa puede definirse en textos constitucionales, en declaraciones formales sobre los objetivos fundamentales de una comunidad, derivarse de los valores que inspiran la actividad o instituciones de gobierno o de las comprensiones compartidas de los miembros de la comunidad sobre su vida cívica (pp. 152 ss.). Ahora bien, ¿es posible en sociedades pluralistas determinar efectivamente un orden civil compartido de esta clase? DUFF opina que ciertos acuerdos valorativos fundamentales son perfectamente compatibles con las diferencias y disonancias que caracterizan las distintas concepciones de lo bueno defendidas por los ciudadanos de una misma comunidad (pp. 177 ss.).

En todo caso, el orden civil no debería ser en absoluto monolítico e inalterable, pues su estructura de valores, normas e instituciones podría estar sujeta a una permanente revisión a cargo de los ciudadanos que integran la comunidad política. Con todo ello, DUFF habría ofrecido una definición esencialmente formal de “orden civil”, idónea para definir –también formalmente– la noción de “injusto público”: “un injusto puede contar como público a ojos de la comunidad únicamente si en alguna medida aquél atañe al orden civil” (p. 183). La concreción material del concepto de injusto público, como nuestro autor reconoce, requiere otorgar un contenido sustantivo a la noción de orden civil. A ello dedica su siguiente capítulo.

En el capítulo quinto, titulado “Una república liberal y su Derecho penal”, DUFF trata de otorgar un contenido sustantivo al concepto de orden civil desde la teoría política. Partiendo de una antropología regida por el “nosotros” frente al “yo” (p. 189), y asumiendo de forma expresa los postulados propios de un “republicanismo liberal-comunitarista” (p. 189), esboza los aspectos centrales, tanto de naturaleza sustantiva (libertad como no dominio, igualdad y respeto, virtud cívica), como procedimental (democracia deliberativa) del orden civil de una república liberal de ciudadanos iguales. Dicho orden civil ideal estaría instituido por un bien común compartido al que es plausible aspirar (pp. 194 ss.). Este, sin embargo, es siempre vulnerable al comportamiento humano injusto, pues aunque no lidiamos con comunidades de psicópatas, tampoco abunda la santidad (p. 204). El Derecho penal, así DUFF, no solo contribuiría a sustentar este orden civil republicano, sino que al mismo tiempo lo constituiría (p. 230). Concebido el injusto público como aquel que lesiona un aspecto del orden civil, el Derecho penal habría de ser comprendido, pues, como una manera adecuada de estampillar y responder a esta clase de injustos. Este, pues, cumpliría una función esencialmente declarativa, en la medida en que destaca aquellas normas esenciales del orden civil cuya infracción constituiría un injusto público criminalizable (pp. 207 ss.). Dado que a una comunidad (decente) no le puede ser indiferente su infracción, aquella tendría buenas razones para llamar a rendir cuentas al infractor y, en su caso, proceder a imponerle una sanción (pp. 210 ss.). DUFF concluye este capítulo respondiendo a una objeción clásica dirigida contra aquellos planteamientos que definen en primer término el delito como un atentado contra un orden colectivo: al definir el delito como un ataque contra el orden cívico, así los críticos, se desatendería de manera flagrante la posición de la víctima, que sufre en sus carnes el delito (pp. 216 ss.). Según DUFF, sin embargo, ello no es cierto, pues habría de distinguirse claramente entre el objeto y las condiciones de la responsabilidad. El objeto de la responsabilidad es efectivamente el injusto contra la víctima individual. El que ese injusto sea además un injusto público es una condición de la responsabilidad (penal); es lo que hace, en suma, a la comunidad política competente por esa clase de injusto (pp. 217 s.).

Una vez presentado el papel que DUFF le reconoce al Derecho penal en la vida civil de una república democrática, aquel retoma la cuestión estrictamente político-criminal en el sexto capítulo de su obra. Este, titulado “¿Principios maestros de criminalización?” está específicamente dedicado a responder a la pregunta con la que DUFF arranca su obra: ¿es posible concretar criterios político-criminales sustantivos que determinen la actividad legislativa penal? Asumiendo que un principio maestro de criminalización debe ser exclusivo y exhaustivo (p. 234),

esto es, capaz de aglutinar todas y cada una de las razones para decidir qué comportamientos deben ser criminalizados, y tras una breve presentación crítica de algunos de los principios político-criminales sustantivos más extendidos en la doctrina penal anglosajona y continental (en particular, del principio del daño y del bien jurídico, respectivamente), DUFF concluye que es imposible ofrecer un principio sustantivo de criminalización de las características señaladas (pp. 253 ss.). Los intentos conocidos hasta el momento, en resumidas cuentas, serían incapaces de explicar la criminalización de comportamientos que lo merecen sin traicionar su fundamento, de modo que, o bien pecan por infra-inclusivos o bien ceden a una presión expansiva (delitos de peligro, adelantamiento de las barreras de protección, etc.) que los lleva a legitimar comportamientos a costa de traicionar sus propios criterios restrictivos. Tanto la teoría del principio del daño como la del bien jurídico serían además incompatibles con el pluralismo valorativo que DUFF dice acoger: “¿Por qué deberíamos pensar que una institución tan compleja como el Derecho penal debería existir en una comunidad pluralista contemporánea para servir a un único valor sustantivo?” (p. 265). DUFF concluye que el mejor principio maestro de criminalización alcanzable ha de ser extremadamente angosto: “A. Tenemos razones para criminalizar un tipo de conducta si y solo si esta constituye un injusto público. B. Un tipo de conducta constituye un injusto público si y solo si aquella infringe el orden civil de la comunidad” (p. 275). Este principio, además de profundamente angosto, sería positivo, es decir, el carácter público de la conducta ofrece razones para su criminalización; exclusivo, dado que la única buena razón para su criminalización es su carácter público; *pro tanto*, pues no impone categorialmente la criminalización de ningún injusto; y esencialmente reactivo, pues la pregunta relevante es si la criminalización es una respuesta adecuada a la conducta en cuestión (pp. 235 ss., 258 s.). El mérito de este principio formal no residiría en responder a las cuestiones frente a las que fracasan los principios materiales de criminalización clásicos, sino en su capacidad para poner de manifiesto qué clase de cuestiones deben ser planteadas y respondidas antes de criminalizar un comportamiento humano: esto es, el ámbito y los contenidos de nuestro orden civil, así como la clase de injustos que aquel nos exige reconocer y condenar (p. 274).

El séptimo y último capítulo, titulado “Criminalización y orden civil”, pretende finalmente mostrar la capacidad de rendimiento del principio maestro acabado de referir. Antes de ello, sin embargo, DUFF aclara que del hecho de que un comportamiento sea considerado un injusto público y, por tanto, idóneo para ser criminalizado, no se deriva indefectiblemente que la respuesta penal sea la (más) adecuada (p. 278). Por ello, analiza seis respuestas alternativas a un injusto público: no hacer nada; justicia restaurativa; códigos no gubernativos; regulación no penal; Derecho civil; y medidas preventivas (pp. 280 ss.). La idoneidad de estas distintas respuestas dependería de los diferentes fines que cumplen y el concreto fin que se persiga al dar respuesta al injusto público (p. 278). DUFF entiende que la decisión sobre si cabe responder al injusto público con el Derecho penal depende de un juicio valorativo sobre si y, en su caso, cuán importante es resaltar y responder al injusto en tanto que injusto llamando a capítulo al infractor; el que sea el colectivo el que exija explicaciones al autor; el que recaiga un juicio categórico de culpabilidad o inocencia; y el que el infractor sea finalmente castigado con una pena (pp. 294 s., 297). El capítulo y, con ello, la monografía aquí reseñada, concluye con el intento de DUFF por

ilustrar de qué manera operaría el principio maestro arriba presentado de la mano de tres clases particulares de delitos (pp. 299 y ss). En primer lugar, DUFF se ocupa de los delitos “*mala in se*”, aquellos en los que la conducta se estima injusta antes de su regulación legal. Dado que para el autor el proceso de criminalización no consistiría en seleccionar y elevar a la categoría de delito injustos dados, sino en construir declarativamente una concepción cívica del injusto en tanto que injusto público, la distinción entre “*mala in se*” y “*mala prohibita*” pierde sin embargo en su planteamiento los nítidos contornos que se le suponen (pp. 311 s.). Se trataría de una distinción esencialmente gradual. En segundo lugar, se ocupa de los delitos “*mala prohibita*”. Para DUFF, también la infracción de la regulación primaria extra-penal puede constituir un injusto criminalizable, incluso cuando la regulación resulte ante el caso concreto sobre-inclusiva, resulte de una valoración errónea o esté mal diseñada (pp. 319 ss., p. 321). Por último, se ocupa asimismo del problema de los delitos preparatorios (*Pre-emptive Offences*). En su opinión, sería un fin legítimo de una república democrática el encontrar caminos para que sus ciudadanos puedan vivir seguros frente a la amenaza de padecer daños relevantes (pp. 322 ss., p. 331). Entre aquellos caminos se contaría la criminalización de la posesión y el uso de herramientas o instrumentos peligrosos. La infracción de tales normas sería susceptible de constituir, pues, un injusto público criminalizable, con independencia de que el específico comportamiento de un ciudadano ponga o no en peligro el interés último que aquellas pretenden proteger (p. 331).

– III –

The Realm of Criminal Law constituye una de esas pocas obras que, con total seguridad, no dejará indiferente a ningún penalista interesado por los fundamentos de su ciencia. Dicha obra constituye una brillante ratificación, aclaración y, en aspectos no menores, matización de algunas de las –ampliamente difundidas y conocidas– tesis del Prof. DUFF sobre los fundamentos del Derecho penal y la Política criminal. DUFF emplaza ahora su concepción del Derecho penal de un modo sistemático en una teoría política de corte comunitarista-republicano liberal, reservando a aquel la función de preservar (al mismo tiempo que constituye) el orden cívico de una concreta comunidad política. Pese a que venía desde antaño abogando por la necesidad de construir el Derecho penal a partir de una teoría política, hasta donde alcanzo, *The Realm of Criminal Law* constituye –hasta la fecha– su estudio más profundo en tal dirección. Sin embargo, y anticipando ya que mi breve valoración crítica no hará justicia a la excelente obra aquí recensionada, voy a concentrarme en lo que sigue en evaluar tan solo la dimensión estrictamente político-criminal de la obra.

Dudo que algún penalista no contemple el imparable proceso de expansión del Derecho penal con preocupación, aunque solo sea por el modo en el que los legisladores contemporáneos regulan en materia penal (cfr. recientemente SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 29 ss.). Comparto también con DUFF su escepticismo frente a planteamientos monolíticos que creen posible ofrecer precisos criterios sustantivos de definición del injusto penal de naturaleza universal y atemporal (vid. paradigmáticamente, SCHÜNEMANN, «Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner

Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda», *ZIS*, (10), 2016). Al margen de la noble intención que los guía, no creo que ni la teoría del bien jurídico, ni la teoría del desvalor ético-social de la conducta, ni los intentos por definir derechos innatos amparables a través del Derecho penal estén en condiciones de operar como parámetros materiales político-criminales exhaustivos, exclusivos y vinculantes (vid. la crítica de WILENMANN, «Institutional response to criminalization decisions», *International Journal of Law, Crime and Justice*, (49), 2017, p. 23). Le asiste posiblemente también la razón a nuestro autor cuando afirma que es un error estratégico insistir en la búsqueda de una quintaesencia del injusto (penal) a fin de racionalizar y contener la Política criminal en los Estados democráticos occidentales. Sin embargo, *The Realm of Criminal Law* propone, en mi opinión, un remedio peor que la enfermedad que habría de curar: ante la imposibilidad de encontrar un criterio material único que informe al legislador sobre qué comportamientos merecen ser criminalizados, DUFF, de un modo –en los resultados– no muy distinto al de los defensores del así llamado neoconstitucionalismo penal (cfr. GÄRDITZ, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, pp. 40 ss.), acaba sucumbiendo ante una tentación tan o más contraproducente que la de las aproximaciones monolíticas sustantivas, a saber, la tentación de un relativismo político-criminal que, en última instancia, torna superfluos todos los esfuerzos teóricos llevados a cabo por la ciencia penal a fin de racionalizar y contener la expansión del Derecho penal.

Este relativismo se manifiesta, en primer lugar, en su desinterés por concretar qué clase de orden civil es aquel al que legítimamente puede servir el Derecho penal. DUFF entiende que el Derecho penal protege y, al mismo tiempo, constituye el orden civil de una determinada comunidad política. Aun compartiendo con el referido autor que la definición del injusto penal como lesión del orden civil de una comunidad política no supone necesariamente una subordinación insostenible del individuo frente a la comunidad, pues el carácter público guarda relación con las razones para su criminalización, no con el sujeto pasivo del delito; parece insuficiente vincular la legitimidad de la criminalización de una conducta al mero hecho de ser contraria al orden civil compartido. Si, como por momentos parece dar a entender DUFF, el orden civil es un ideal cuya configuración es normativa, y no necesariamente reproducción de una realidad dada, la afirmación de que el Derecho penal debe proteger un orden civil comunitario es insustancial. Si, por el contrario, el orden civil refleja el orden de instituciones, valores y formas de comportamiento propias de una determinada comunidad política, esto es, un estado de cosas, resulta difícil de entender, p. ej., por qué razón una sociedad que mayoritariamente concibe la violencia del hombre sobre la mujer como un problema intrafamiliar debería empezar a criminalizar tales agresiones. Así comprendido, el planteamiento de DUFF, aunque sin duda no es esa su intención, abre la puerta al más cínico de los castigos imaginables, esto es, a aquel en el que un Estado reconoce que la conducta del acusado no es injusta desde una perspectiva crítica, pero pese a ello procede a imponer un castigo al acusado para contrarrestar la perturbación de un orden civil sabido injusto (cfr. al respecto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 81 s.).

Esta objeción, en absoluto original, no puede superarse simplemente reconociendo, como hace DUFF (pp. 166, 232 s.), el derecho a la crítica de un ciudadano particular frente a la concepción

mayoritaria del orden civil de una comunidad política. ¿De verdad debe un legislador criticar el orden cívico (injusto) al mismo tiempo que criminaliza las formas de comportamiento que lo ponen en cuestión? Más plausible parece afirmar que la legitimidad de una conducta contraria a un orden civil compartido depende de la legitimidad material de ese aspecto concreto del orden civil que trata de defenderse a través del Derecho. El formalismo en este sentido de DUFF recuerda por momentos al de JAKOBS, que tantas críticas le supusieron al genial penalista alemán (cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Revista Doxa*, (23), 2000, pp. 291 ss., p. 307). Es cierto que en el capítulo quinto DUFF esboza una teoría política que habría de inspirar el orden civil a proteger. Sin embargo, ni en el capítulo sexto ni en el séptimo, dedicado al problema estrictamente político-criminal, recurre a su teoría política para tratar de arrojar algo de luz sobre qué orden civil debería garantizar un Derecho penal comunitarista-republicano de corte liberal. Ello arroja irremediamente la sospecha de que, en realidad, su teoría política es irrelevante para entender las pocas conclusiones político-criminales particulares extraídas al final del trabajo.

Y, en segundo lugar, el denunciado relativismo se evidencia asimismo en su respuesta en forma de “principio maestro” a la pregunta sobre qué comportamientos merecen ser criminalizados: A. *Tenemos razones para criminalizar un tipo de conducta si y solo si esta constituye un injusto público.* B. *Un tipo de conducta constituye un injusto público si y solo si aquella infringe el orden civil de la comunidad.* Este principio de criminalización es, en el lenguaje de DUFF, tan angosto, que difícilmente puede ser considerado en alguna medida útil a la hora de informar al legislador sobre qué conductas merecen ser criminalizadas. Por un lado, porque pese a sus esfuerzos —ya históricos— por concretar la noción de injusto público, sus definiciones no consiguen eludir la incesante amenaza de circularidad: el injusto público es aquel que “nos incumbe como comunidad” (p. 278); o “aquel frente al que tenemos una razón para responder de forma colectiva” (p. 292). DUFF no define ni qué debemos entender por comportamiento injusto (*wrong*) ni qué clase de comportamientos injustos merecen además el atributo de públicos (*public wrong*). Su escaso interés por concretar la noción de orden civil comunitarista-republicano que defiende impide a su vez derivar de su concepto material de *res publica* uno de injusto penal (público) material político-criminalmente útil. Por otro lado, dado que DUFF asume que no todo injusto público debe ser necesariamente criminalizado, surge la pregunta de bajo qué condiciones tales injustos ameritan no solo una respuesta pública, sino una de carácter jurídico-penal. Nuestro autor, en mi opinión, tampoco ofrece en este punto una contestación satisfactoria: habrá de criminalizarse aquel injusto frente al que la respuesta penal sea apropiada, tomando en consideración la fuerza censora del Derecho penal, el sentido del proceso, la naturaleza categórica de la sentencia, así como la forma de castigo característica del sistema penal (p. 297).

Incluso el lector al que haya podido convencer en mayor o menor medida la anterior crítica podrá alegar que esta, no obstante, es injusta, pues pasa por alto el objetivo que su autor se fija al inicio de la obra. El propio DUFF reconoce que no pretende ofrecer criterios sustantivos de criminalización, pues tal misión estaría condenada al fracaso, sino “identificar la clase de argumentos que deben ser ofrecidos en favor y en contra de la criminalización de una conducta y

la clase de consideraciones que son relevantes (o irrelevantes) para las decisiones de criminalización” (p. 9). DUFF, así rezaría el contraargumento, no ambiciona condicionar sustantivamente las decisiones de política criminal, sino mostrar sobre qué debería discutirse antes de proceder a criminalizar una forma de comportamiento: esto es, sobre el carácter público o no de un injusto y sobre la adecuación del Derecho penal como mecanismo de respuesta frente a tal injusto. El éxito de *The Realm of Criminal Law* residiría, pues, en su capacidad de ofrecernos “un Derecho penal más principialista, menos caótico, con independencia de su contenido” (p. 334). Pues bien, aunque no estoy seguro de que la valoración crítica de una obra deba ajustarse necesariamente al objetivo que el autor libremente se marca, sí creo posible afirmar que la conclusión a la que llega DUFF en forma de “principio maestro” no satisface siquiera el comedido objetivo con el que arranca su obra. ¿Es idóneo para contribuir a una mejora cualitativa de la actividad político-criminal afirmar que solo puede ser delito un injusto público y que solo es injusto público aquel que afecta al orden civil de la comunidad política? A duras penas. Ello, básicamente, por dos motivos.

En primer lugar, porque los penalistas, quienes se han ocupado tradicionalmente de la cuestión político-criminal, como mínimo en la Europa continental, dan por sentado que solo puede ser criminalizado aquel injusto que DUFF denominaría público. El verdadero problema al que desde antaño se enfrenta el penalista y, en última instancia, el legislador penal, es decidir precisamente dónde se encuentra el límite entre lo público y lo privado: ¿Cae ya en el ámbito de lo público el comportamiento de un joven consistente en autocapacitarse para llevar a cabo un atentado terrorista a través de internet? ¿Y el de quien acopia pornografía infantil en cómic? El legislador español entiende que sí (arts. 575 y 189.1.d CP, respectivamente), pero DUFF no nos ofrece criterios para poder valorar tan controvertidas decisiones, ni para enjuiciar la mayoría de las decisiones que centran la discusión político-criminal actual (delitos de conducta, delitos de posesión, delitos de odio...). Y en segundo lugar, porque tampoco nadie cuestiona que la criminalización de una conducta ha de aparecer como apropiada frente al injusto público en cuestión: el problema es precisamente concretar ese juicio de adecuación, decidiendo entre las varias alternativas que DUFF acierta a presentar (derecho administrativo sancionador, derecho de policía, derecho civil...). A tal efecto el principio maestro en cuestión no aporta nada nuevo ni distinto a las teorías sustantivas ya conocidas que invitan a tomar en consideración el especial merecimiento de pena o el reproche ético-social de la conducta; por consiguiente, resulta más que cuestionable el afirmar que con ello se avanza hacia un “Derecho penal más principialista” y “menos caótico”. La importante discusión acerca de cómo distinguir entre un injusto penal y uno administrativo, y entre aquel y uno estrictamente civil, queda, pues, también sin respuesta en la obra aquí recensionada. Como recuerda recientemente KINDHÄUSER («Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip», *ZStW*, (129), 2017, p. 386), “ahora al igual que antes son precisos criterios científicos y en su caso filosóficos para identificar la auténtica criminalidad y delimitarla frente a meras infracciones contra el orden estatal o económico genuinamente propias de un Derecho preventivo-general de las contravenciones”.

DUFF quizá podría replicar que ni la teoría del daño ni la del bien jurídico, ni siquiera aquellas teorías basadas en la noción de derecho subjetivo o innato (cfr. GRECO, «Von den mala in se zur poena in se», en KRETSCHMER/ZABEL (eds.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, pp. 175 ss.) o de afectación de la dignidad o autonomía del ser humano (ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 19 ss.) ofrecen el principio maestro sustantivo que está buscando. Comparto su idea de que es un error aferrarse a visiones monolíticas de las teorías penales de la criminalización. Sin embargo, ello no tiene por qué suponer el entierro de todos los esfuerzos de configuración del injusto penal material y de delimitación frente a otras clases de injusto llevados a cabo por la doctrina penal. Tan contraproducente es la perspectiva monolítica denunciada por nuestro autor como el minimalismo político-criminal que pregona. En mi opinión, DUFF, posiblemente condicionado por el modo en el que los defensores de las concepciones que él critica interpretan sus propios planteamientos, se sitúa en un falso dilema al definir un principio político-criminal como un parámetro necesariamente exhaustivo y exclusivo (pp. 265 s.). Al no encontrar un principio con tal capacidad de rendimiento opta por prescindir de todos los intentos de restricción material y relegar la cuestión político-criminal a la condición de problema político, a solventar en el marco de un proceso deliberativo –más o menos influenciado por una teoría política– conforme al principio de la mayoría. O como lo expresara el iuspublicista alemán Christoph MÖLLERS (*Demokratie*, 2008, pp. 45 s.): *Distanz zu Experten!*

Dudo que con ello se mejore cualitativamente la actividad político-criminal. Es más, creo que hay buenas razones para creer que esta emancipación de la actividad criminalizadora respecto de la tradición limitadora sustantiva penal –y me refiero ahora no solo a las teorías arriba referidas, sino a todo el arsenal clásico de principios limitadores del *ius puniendi* (cfr. al respecto SÁNCHEZ OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, 2012, pp. 97 ss.)–, si algún efecto habría de tener sobre la política criminal de Estados como el nuestro, sería precisamente el de acelerar todavía más el irrefrenable proceso expansivo y de degradación cualitativa del Derecho penal. En mi opinión, el dilema en el que se ve sumido DUFF es aparente, pues desaparece tan pronto como se reconoce la posibilidad de tomar en consideración varios principios (incriminadores y limitadores) maestros sustantivos, al mismo tiempo que se acepta su función esencialmente orientativa. Una política criminal racional pasa por tomar en consideración aquellas contribuciones teóricas de abstracción intermedia –entre los principios generales de teoría política y la decisión última de si y cómo criminalizar una específica forma de comportamiento– que históricamente ha ofrecido la ciencia penal a fin de concretar el concepto de injusto material y delimitarlo frente a otras formas de reacción estatal. No se trata de amparar aquí un elitismo penal antidemocrático ni de insistir en la búsqueda de una quintaesencia trascendente del injusto penal capaz de reducir la actividad político-criminal a la aplicación de una fórmula matemática. La política criminal no es *deducción*, sino en última instancia *decisión* (cfr. KUBICIEL, «Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft», *JZ*, (4), 2018, pp. 171 s.). Ahora bien, es erróneo presentar el problema aquí tratado como un conflicto irresoluble entre la pretensión de legitimidad democrática y la de verdad material ofrecida por la ciencia penal. A la *decisión* político-criminal de la mayoría debe antecederle en un Estado democrático un proceso de *argumentación* (NEUMANN, «Dezision statt Argumentation? Zur

(post)moderne Kritik der Rechtsgutslehre», *FS-Fischer*, 2018, p. 189), en el que afloran y se enfrenten los mejores argumentos político-criminales concebibles. Solo así cabe evitar que el acto de criminalización responda a una desformalizada y contingente reconstrucción política del orden civil, real o ideal, por parte de un legislador democrático que en su amplio margen de legitimidad constitucional opera fuertemente condicionado por burocracias internas, normativa comunitaria de dudosa legitimidad democrática, grupos de interés y constantes hambres electorales que alejan el proceso político-criminal contemporáneo de la imagen idealizada de democracia deliberativa que parece tener en mente DUFF.

Sea como fuere, esta significativa discrepancia pretende básicamente dar cuenta del carácter fundamental de las cuestiones tratadas por R. A. DUFF y del consiguiente valor de un magnífico libro que, sin lugar a duda, está llamado a influir decisivamente en la discusión –anglosajona– contemporánea sobre la teoría de la política criminal.

Recensión a Patricia GALLO, *Riesgos Penales Laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales*, B de F, Buenos Aires, Montevideo, 2018 (734 págs.)

Juan Antonio Lascuraín
Universidad Autónoma de Madrid

1. Lean este libro. Es una extensa y profunda reflexión sobre una cuestión que desafortunadamente sigue siendo muy importante: qué debe hacer el ordenamiento penal para contener la espantosa lacra de la siniestralidad laboral. No exagero con el adjetivo “espantosa”: en el 2018 murieron en España más de 500 trabajadores en accidentes de trabajo, y casi 4.000 resultaron gravemente heridos.

Les decía que la reflexión es vasta, lo que no es necesariamente bueno. Sí que lo es el que sea novedosa, y casi siempre convincentemente novedosa, cosa que no era fácil. Desde el libro pionero de ARROYO ZAPATERO en 1981 se ha escrito mucho y bien sobre los delitos contra la seguridad de los trabajadores. Baste mencionar los trabajos de AGUADO LÓPEZ, DE VICENTE MARTÍNEZ, HORTAL IBARRA o TERRADILLOS BASOCO. El libro de Patricia GALLO no se limita a compilar y resumir las reflexiones de estos autores para convencer al legislador argentino de que incorpore al Código Penal un delito de peligro en este ámbito. Va más allá, bastante más allá; trata de decir algo diferente; aspira a avanzar en una materia en la que la conformación e interpretación de las normas debe dar mejores frutos. Y sale más que airoso en ese reto. Hace aportaciones netas a la prevención penal de los accidentes de trabajo. Que no es poco. Que es el mejor elogio que se le puede hacer a una investigación jurídica.

2. Siguiendo nuestros cánones clasificatorios este es un libro de parte especial, fruto de su tesis doctoral, dirigida por el profesor CANCIO MELIÁ. Por su calidad, por su ejercicio de Derecho comparado y, sobre todo, por su incisiva mirada hacia lo abstracto, constituye toda una reivindicación de este tipo de estudios, a veces absurdamente minusvalorados entre nosotros. Un buen estudio sobre un delito, o sobre un *delicturus*, tiene la dificultad y la gracia de predicar y dar trigo. Ha de enfrentarse a las categorías generales de política criminal y de teoría del delito y ha de hacerlas rendir en una propuesta de enunciado legal o en una propuesta acerca de cómo debe ser entendido y aplicado un precepto legal.

Las tesis doctorales de parte especial pueden también competir en *Moto GP*. Y este es un buen ejemplo, trufado de sensatas e informadas reflexiones sobre el concepto de bien jurídico colectivo, sobre las técnicas de tipificación del peligro, sobre las posiciones de garantía, sobre la imputación de resultado a la conducta de la víctima, sobre la delegación de funciones. Hacían falta, porque el reto es aplicarlas a un tipo complejo, como lo será necesariamente el que trate de describir las conductas más graves atentatorias contra la seguridad de los trabajadores. Un tipo de peligro, de naturaleza omisiva, remitivo al ordenamiento extrapenal, descriptivo de conductas que se producen en un marco de relaciones atípico por lo desigual, que va a condicionar las soluciones estándar en materia de imputación objetiva o de consentimiento.

A. Resulta del mayor interés la incisiva reflexión de GALLO en torno a las *competencias que tienen empresario y trabajador sobre la seguridad* de este. Considera la autora que “el ámbito de competencia del trabajador –sobre su vida y salud– está integrado en el del empresario –organización del proceso productivo–. En la interacción del trabajador con el riesgo, se ponen de manifiesto sus dos aspectos: como dependiente o subordinado y como titular de esos bienes jurídicos expuestos al riesgo. Estas dos fases o aspectos están entrelazados: el trabajador sólo ejerce su soberanía y actúa como titular de sus bienes jurídicos, si como dependiente (de la organización ajena) se le ‘habilita’, es decir se le provee del fondo de conocimientos necesario para asociar el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes (previstas y provistas)”. El “fondo de conocimientos” y las medidas de seguridad marcan el límite entre la posibilidad de autoorganización o no: si el trabajador cuenta con esos elementos puede autoorganizarse, de lo contrario, el empresario le arrebatara su soberanía y, por lo tanto, la organización de la vida y salud del trabajador pasa a ser asunto suyo: esa es la razón por la que el empresario debe responder por el resultado lesivo (pp. 474 ss.). Se trata de una “responsabilidad compartida” de ambos y ello es la consecuencia de la especial vinculación de las dos esferas de competencia perteneciente a cada uno. “No se trata estrictamente de una ‘organización conjunta’ (debido a las posiciones diferentes que ocupan empresario y trabajador) sino de una coordinación conjunta de ambas esferas de autonomía, donde la esfera del empresario contiene a la del trabajador”. (p. 471).

A partir de ello se pregunta GALLO por la existencia del deber que se suele atribuir al empresario de intervenir cuando el trabajador desarrolla sus funciones prescindiendo de las condiciones de seguridad facilitadas. La respuesta es positiva si se tiene en cuenta que lo que sobreviene es “un cambio en la situación que requiere una adaptación de los medios de seguridad” y que “no es

obligación del trabajador –delegado– informar o solicitarlos, ya que eso es competencia (deber de vigilancia) del empresario” (p. 463). De ahí que el empresario tenga también “un deber residual de intervención que conserva y posee particulares características. Ese deber consiste en intervenir (revocando la competencia delegada al trabajador) y evitar que el trabajador se autoponga en peligro (y/o evitar el resultado lesivo), aun cuando el trabajador es competente por su seguridad, pero sólo cuando esa situación sea conocida o cognoscible por el empresario. Se trata de una especie de deber de ‘salvamento’. La fundamentación de este deber radica en que aun cuando el trabajador se autoorganice en lo que refiere a su protección, está ejecutando una tarea encargada por el empresario, en el marco de su ámbito de competencia: la gestión del proceso productivo, y en ese sentido no se ha separado de la ‘emanación del riesgo’ de esa actividad organizada por el empresario”. Si bajo tales condiciones, el empresario omite intervenir y se produce el resultado lesivo, éste debe serle imputado” (pp. 464, 476).

Si la intervención del trabajador-víctima se produce con posterioridad a la conducta irregular del empresario, “esto podrá afectar exclusivamente a la imputación del resultado, es decir, a la relación de riesgo”. Por eso la solución adecuada a esos casos no consiste en degradar la imprudencia atribuida al comportamiento del empresario (p. 497). Si el autor impuso un riesgo a la víctima, “el hecho de que esta realice un aporte ulterior que incide sobre el riesgo inicial no puede hacer desaparecer sin más ‘la fuerza explicativa del riesgo’. No hay aquí una exclusión de la imputación objetiva del resultado, pero la conducta del trabajador tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado, de modo que existe un solapamiento entre los ámbitos de responsabilidad de ambos que permite afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor (empresario)” (p. 498).

B. Aborda también el libro otro problema clásico de imputación por confluencia de sujetos, cual es el que acaece por *delegación*. Tras diferenciar este supuesto del de encargo de tareas, considera que “el fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a este le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros (también en forma de actividades lesivas que puedan partir del delegado en el marco de aquel ámbito)” (pp. 382 ss.). Esta contribución al hecho delictivo a través de la infracción de su deber de control es, sin embargo, según la autora, de menor intensidad que la del delegado. Interviene así GALLO en uno de los debates más importantes en nuestros días del Derecho Penal de la empresa: ¿autoría o participación del negligente empresario delegante?

Su respuesta es de nuevo constructivamente creativa. Por una parte, entiende que “los deberes de supervisión tienen, respecto al ámbito de actividad común entre delegante y delegado, una naturaleza secundaria o accesorio. En esta medida, la calificación de la intervención del delegante se aproxima a las estructuras de la participación en el delito” (p. 386). Pero por otra, es consciente del déficit preventivo que puede ocasionar esta solución si se entiende que no es punible la participación imprudente ni la participación de la participación (que sería la del delegante del

delegante: lo propio de las altas esferas de empresas de cierto tamaño). Y por ello propone la tipificación específica de esta conducta.

C. El *deber de vigilancia del empresario* tiene por contenido el “instar a que el delegado ejerza el control directo del riesgo e intervenir para minimizar el riesgo cuando entienda que el subordinado no está cumpliendo adecuadamente su deber” (p. 399). De este modo, el incumplimiento de esa conducta debida por el empresario consistirá en “favorecer que el delegado no ejerza el debido control del foco de peligro y no intervenir cuando éste incumpla su deber de control” y así, en su caso, favorecer que se produzca el resultado lesivo (p. 399). “Por eso el tipo penal autónomo que recepte esta conducta disvaliosa del empresario –y que aquí se postula–, será un delito de favorecimiento” (p. 399). Que implica “castigar al empresario que configure de modo inadecuado su esfera de organización, de manera que ello facilite la actuación delictiva del delegado, sobre la base de dos condiciones. En primer lugar, que su conducta de organización resulte contraria al deber de cuidado exigible (omisión de control adecuado del delegado o de intervención para minimizar el riesgo). La segunda condición será la realización de la acción antijurídica del delegado (incumplimiento de sus deberes primarios de seguridad –brindar condiciones seguras y/o vigilar la actividad de los trabajadores para que cumplan las medidas de prevención–, lo que dependerá del contenido de la competencia delegada) y que, a consecuencia de ello, se produzca efectivamente un resultado de lesión o muerte de algún trabajador (condición objetiva de punibilidad)” (p. 686).

D. Considera GALLO, y lo hace muy convincentemente, que en el tipo español del artículo 316, “*el objeto de protección consiste en la vida y salud, como intereses individuales*”, por lo que “el sujeto pasivo es individual (trabajador), pero por la estructura del tipo penal hay una pluralidad de titulares del bien jurídico protegido que no comparten la titularidad de un bien colectivo, sino sólo la fuente del riesgo (actividad laboral peligrosa) que los aglutina (los amenaza a todos) como colectivo” (p. 193). Esta reflexión “debe traducirse en una interpretación adecuada –y distinta a la realizada por la doctrina dominante– del tipo penal del art. 316” (p. 196), comenzando por el rol que cumple en la estructura típica la “pluralidad de trabajadores”. En su opinión este elemento delimita las acciones típicas a aquellas en las que “el objeto de la agresión no es el individuo, sino el colectivo o pluralidad indeterminada de trabajadores. Sólo el colectivo de trabajadores puesto en peligro puede ser ‘representante’ de la afectación a la vida y salud en el contexto típico del art. 316” (p. 205). Como es consciente, sin embargo, de que “en el ámbito laboral, existen también supuestos que configuran ‘ataques individuales’, que refieren a objetos de acción personales y que también requieren tutela penal” (p. 207), critica la redacción del tipo –“una gran falencia del tipo penal que no haya incluido expresamente esa otra modalidad del riesgo”– y propone una alternativa que haga “una clara distinción de estas dos realidades”, con “fórmulas típicas diversas” y “penalidades distintas”. Y no solo esto, sino que, legislador mediante, para evitar una laguna de punición propone “una exégesis del delito que sea inclusiva también de esos supuestos” (pp. 207 ss.).

Creo que cabe llegar a este punto de partida con un razonamiento bastante más limpio. Me parece precisa y aclaratoria la distinción entre la individualidad de la titularidad del bien jurídico y la frecuente pluralidad del objeto de la acción, pero a partir de ello, como no deben excluirse de la represión penal los supuestos de objeto individual de la acción, entiendo menos que se interprete en primer término, para corregirse a regañadientes después, que el elemento típico “pluralidad de trabajadores” comporta que deban concurrir varios en el peligro. Ese plural, utilizado también en otros tipos penales (explotación de trabajadores –art. 311.1º CP–, societarios –art. 291 CP–), lo utiliza el legislador, no para excluir la tipicidad cuando solo sea uno el sujeto pasivo, cosa que carece de lógica valorativa y preventiva, sino solo para señalar la unidad delictiva frente al concurso de delitos cuando son varios los objetos de una misma acción. La medida básica de injusto depende de que haya algún trabajador en peligro y no varía si son más, cosa que el juez podrá tomar en cuenta en la determinación de la pena. Ni siquiera me parece oportuna la propuesta del libro de asignar un marco penal diferente en función de si es uno o si son varios los trabajadores puestos en peligro.

E. Una segunda consecuencia que extrae la tesis de la, a su juicio, necesaria pluralidad de sujetos pasivos de la acción es la *conveniencia de una estructura típica de peligro común o general* y la interpretación de ese modo del artículo 316 CP. Si la dimensión colectiva de la inseguridad laboral se refiere a la pluralidad de objetos de la acción, la forma natural de proceder a su protección es la correlativa descripción de conductas que pongan en peligro *ex ante* a varios trabajadores. Así es como debe leerse el artículo 316 CP y no como delito de peligro concreto, pues, a su juicio, la exigencia de un resultado de peligro concreto supone necesariamente la consideración de un objeto de acción individual (el sujeto es determinado al ingresar el radio de peligro), diferente al descrito en el tipo (“trabajadores como pluralidad indeterminada”), y comportaría un cambio de perspectiva (*ex ante* a *ex post*) y relevar un momento posterior (y eventual) a la situación de peligro abierto abarcada por la norma (pp. 274 ss.).

Ya he comentado por qué no me convence la interpretación del delito español contra la seguridad de los trabajadores como delito de peligro concreto a partir del plural “trabajadores”. Discrepo también, ahora desde una óptica político criminal, que sea lo mejor – lo más justo y eficaz – conformar el tipo como de peligro general o hipotético frente a la opción del peligro concreto. Créanme que no se trata de la cabezonería de mantener lo ya escrito, sino de que me sigue pareciendo más eficaz reservar lo probadamente más grave (las conductas que generan peligro concreto) a la pena, y deferir las conductas que no revelan a priori tal gravedad y sí son mucho más habituales a un instrumento más ágil y ubicuo, como es la sanción administrativa. Añado a este argumento que la técnica penal del peligro concreto permite distinguir con más nitidez la intervención penal de la administrativa, y con ello ahuyentar la inseguridad jurídica y riesgos de *bis in idem*. Esa inseguridad jurídica tiene que ver no solo con el instrumento de represión sino con la precisión del tipo penal como coto a una especie de delegación legislativa en el juez. Me parece que el “peligro grave” sin más queda, valga aquí la intencionada redundancia, concretado por su expresión o por su interpretación como peligro concreto, del que al menos sabemos que se tiene que acercarse al objeto de la acción – yo creo que se tiene que acercarse mucho: situación de

peligro concreto sería aquella en la que el curso de peligro se dirige con suma probabilidad hacia el objeto de la acción y en la que tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la defensa de la víctima potencial han caído fuera del control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de modo que *ex ante* no cabe razonablemente confiar en la no producción del resultado; este podrá deberse posteriormente a la falta de confluencia espacial y temporal del curso de peligro y de la víctima o a la concurrencia de una medida extraordinaria de salvación-. Ya que la gravedad del peligro es difícil de demarcar en relación con el daño temido, demarquemosla al menos por la probabilidad en forma de cercanía extrema al objeto de la acción.

Por tratar de redondear el argumento. No creo que con ello perdamos fuerza en el mensaje normativo (pp. 300 s.), que termina siendo el mismo: “no exponga a sus trabajadores a condiciones irregulares y, si lo hace, controle el peligro subsiguiente con todos los medios a su alcance”. Y me parece que la técnica del peligro concreto es más respetuosa con las garantías que exigimos al ordenamiento penal: “no me diga que el peligro irregular sin lesión no era grave porque estuvo a punto de suceder una desgracia; porque en realidad sí se produjo un cierto resultado”.

F. Otra de las aportaciones netas de este libro a la mejor protección de la seguridad de los trabajadores es su reflexión específica sobre las *enfermedades profesionales*, que son habitualmente el resultado de una reiteración de conductas irregulares. “La idoneidad del peligro para causar una lesión y/o muerte instantánea y para producir a largo plazo una enfermedad laboral responde a parámetros diferentes y que deben ser receptados (de modo diferenciado) por un tipo penal que pretenda ser efectivo en la prevención de ambos efectos lesivos. Desde esta óptica, en el segundo caso (a diferencia del primero), la descripción típica debe referir a una acción peligrosa cuya aptitud para producir la lesión provenga de su reiteración” (p. 375). Para aprehender la grave peligrosidad para la salud de ciertas conductas no es pues apta la técnica del tipo de peligro concreto, ni debe igualarse la pena, pues el comportamiento que es apto *per se* “para producir un resultado de lesión o muerte instantáneos (accidente laboral), tiene una mayor carga de desvalor en comparación con aquellas que requieren una repetición sucesiva para producir la lesión tardía (a largo o mediano plazo)” (p. 377).

3. Es una pena que el libro, de más de setecientas páginas, no tenga un apartado de conclusiones. Es una obra excelente, y su resumen facilitaría su necesaria influencia, su acceso a operadores jurídicos - jueces y legisladores - muy ocupados.

Tiene, eso sí, y es muy meritorio -pues si es difícil la crítica politicocriminal más lo es aún la construcción normativa-, una *propuesta de tipificación* de los delitos contra la seguridad de los trabajadores, orientada al Código Penal argentino, que es quizás la mejor y más práctica de las conclusiones (pp. 662 ss.). Me parece que su transcripción es la mejor manera de terminar esta reseña y de mostrar mi admiración por el libro al que se refiere:

1°. “El empresario, la persona en quien este delegue o quien de hecho organice una actividad laboral en la que intervengan trabajadores por cuenta ajena, que contrariando las disposiciones

legales, reglamentarias y de convenios colectivos de trabajo homologados sobre prevención de riesgos laborales, imponga condiciones peligrosas de trabajo referidas a las características ambientales, de edificación, procesos y organización; a la falta de adecuación de la tarea asignada a los rasgos personales del trabajador; al incumplimiento de la colocación de protecciones de maquinarias, instalaciones y alturas; al incumplimiento del suministro de equipos de protección personal y a la ausente o insuficiente formación e información de los trabajadores sobre prevención de riesgos, que sean susceptibles de afectar gravemente la salud y vida de estos, sufrirá la pena de 1 a 4 años de prisión cuando se trate de un peligro común y de 1 a 3 años de prisión, cuando el peligro sea individual.

2°. Cuando el trabajador haya sido expuesto reiteradamente al peligro de contraer una enfermedad laboral grave, la pena será de 1 a 2 años de prisión.

3°. Cuando las conductas descritas en los apartados 1° y 2° se lleven a cabo en perjuicio de uno o más trabajadores informales, los máximos de las penas allí previstas se elevarán en un año más de prisión.

4°. El empresario que organizando inadecuadamente la supervisión de la competencia delegada favorezca que el delegado incurra en el supuesto descrito en el apartado 1° y/o no vigile que los trabajadores cumplan con las medidas de prevención, generando la conducta de este, lesión(es) y/o muerte(s) de algún(os) trabajador(es), sufrirá la pena prevista para el autor de esos delitos, sin perjuicio de la pena correspondiente al delegado. Cuando el favorecimiento del empresario haya sido imprudente, la pena se disminuirá de un tercio a la mitad”.

Recensión a Michael PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens, Nomos, Baden-Baden, 2017 (86 págs.)*

Juan Pablo Mañalich R.
Universidad de Chile

“En la ciencia del derecho penal no es posible prescindir de la ontología; pero tiene que ser una ontología que haya asumido las ideas centrales de Hegel y de sus nuevos intérpretes, y no una que (como el finalismo) queda detrás de ella” (*Normbestätigung*, p. 23). Con estas palabras sintetiza Michael PAWLIK su reciente contribución al *aggiornamento* filosófico de la manera en que la así llamada “ciencia del derecho penal” tendría que auto-comprenderse en el esfuerzo por reconstruir adecuadamente su propio objeto de estudio. Según PAWLIK, la ontología apropiada para este propósito sería una “ontología de campos de sentido adecuados a la acción”, cuyo mérito radicaría en su capacidad para reconciliar el compromiso fundamental del normativismo, constituido por “el reconocimiento del carácter genuinamente social de las categorías jurídico-penales de atribución de sentido”, con la neutralización del “peligro de un constructivismo ontológicamente carente de hogar”. Ese peligro consistiría en “no encontrar salida alguna desde

el laberinto de las atribuciones y así perderse en la auto-referencia, o bien tener que generar la referencia a la realidad, por así decirlo, de un plumazo, sin que ella quede teóricamente asegurada en una medida suficiente" (*Normbestätigung*, p. 23).

Tomando prestado el concepto de "campos de sentido" del joven filósofo Markus GABRIEL, PAWLIK aboga por una forma de "realismo reflexivo", que se nutre del hallazgo de que "[d]e la dependencia del *concepto de realidad* respecto de nuestro hablar sobre ella no se sigue, empero, que también la *realidad como tal* –el mundo– dependa de nuestro hablar" (*Normbestätigung*, p. 21). Pues lo que existe es aquello que puede ser determinado a través de alguna descripción que lo especifica lingüísticamente, sin que lo así determinado sea reducible a esa misma determinación; de ahí que lo que tematizamos como existente solo exista en un "determinado campo de sentido". Que en el pasaje recién reproducido PAWLIK equipare la noción de "la realidad como tal" con el concepto de *mundo*, sugiere que, quizá sensatamente, su adopción del programa de un "nuevo realismo" desarrollado por GABRIEL no llega a ser plena. Pues tal como este lo hace explícito, la suya es una forma de realismo que descansa en un pluralismo ontológico cuya defensa supone, en primer lugar, abandonar la tradicional asociación entre ontología y metafísica –propia de lo que GABRIEL denomina una "ontoteología" –, así como, en segundo lugar, negar que exista tal cosa como "el mundo", entendido como "una totalidad unificada de todo lo existente" (GABRIEL: *Sinn und Existenz*, p. 24).

Para delinear cómo una estrategia filosófica como esta podría tener impacto en la teorización de la punición jurídica, PAWLIK pone acertadamente el foco en el concepto de acción. El hallazgo crucial a este respecto, tributario de la obra de filósofos analíticos de la talla de ANSCOMBE y DAVIDSON, lo encontramos en "la pluralidad de descripciones de acción" capaces de determinar, alternativamente, el sentido atribuible a algún fragmento de comportamiento predicable de un agente (*Normbestätigung*, pp. 19 ss.). Esto se traduce en que el sentido de una acción sea siempre relativo a una determinada descripción. A modo de ejemplo: "Uno y el mismo acto puede representarse como un disparo magistral, una largamente dilatada medida de restablecimiento del honor familiar mancillado y un asesinato" (*Normbestätigung*, p. 21). De ahí que el "principio ontológico de individuación" de nuestras acciones no pueda sino consistir en su "aparición en un campo de sentido determinado". Pero es la especificidad del concepto de acción lo que fijaría qué puede contar como un "campo de sentido adecuado a la acción", a saber: "uno que permita la descripción del suceso tenido a la vista como toma de posición acerca de posibilidades de comportamiento susceptibles de valoración divergente" (*Normbestätigung*, p. 22). No obstante tratarse de un texto superlativamente bien documentado en su interacción con la muy nutrida bibliografía seleccionada, en este punto el trabajo de PAWLIK habría podido verse enriquecido por la muy rigurosa reconstrucción del concepto de acción presentado en la segunda parte de los *Grundlinien der Philosophie des Rechts* que, a través del instrumental provisto por la teoría analítica de la acción, ofreciera Michael QUANTE en su *Hegelsbegriff der Handlung* (1993).

La premisa decisiva para introducir semejante concepto de acción la encuentra PAWLIK en el principio ontológico que Hegel habría heredado de Spinoza, según el cual toda determinación

tiene el carácter de una negación: *omnis determinatio est negatio* (*Normbestätigung*, pp. 13 ss.). A pesar de que el filósofo Robert BRANDOM es citado en el contexto de la exposición que PAWLIK ofrece del principio en cuestión, se echa en falta el aprovechamiento de su muy refinada lectura pragmático-analítica de HEGEL en el intento por esclarecer la importancia que aquel principio ha de tener para la comprensión de lo que es una acción. Pues la elucidación del principio reseñada por PAWLIK parece no ir mucho más allá de una reflexión en torno de la afirmación más bien oscura, tomada de Dieter HENRICH, de que “todo lo que es sólo puede ser ‘entendido como realidad y negación’” (*Normbestätigung*, p. 14). Más prometedora parece ser la indagación llevada a cabo por BRANDOM en la manera en que la noción de “negación determinada” marca la vía por la cual Hegel lograría explicar cómo se articula “el contenido de los conceptos no-lógicos” en términos de las relaciones de incompatibilidad material que existen entre estos (BRANDOM, «Some Hegelian Ideas of Note for Contemporary Analytic Philosophy», *Hegel Bulletin* 35, N° 1 [2014], pp. 11 ss.). Pues con ello BRANDOM persigue dar cuenta de la concepción distintivamente no-psicologista que Hegel elaboraría para identificar los compromisos normativos que cada uno de nosotros, en cuanto sujetos capaces de tener representaciones sobre el mundo y de actuar en él, adquiere a través de las creencias que se forma y las acciones que ejecuta.

Poder alcanzar una conclusión como esta es absolutamente crucial para sustentar la versión de una concepción “expresivista” de la acción como la que PAWLIK pretende extraer de la filosofía de HEGEL, y que PAWLIK mismo asocia a la fórmula de que “[t]odo actuar representa un evento comunicativo”, en el sentido de que “[q]uien actúa trae a efecto un auto-compromiso en el espacio público, por el cual, según sea el caso, queda obligado a ofrecer razones” (*Normbestätigung*, pp. 12 s.). Precisamente porque ningún agente tiene a su disposición el contenido de los conceptos expresados por los términos que componen las múltiples descripciones que pueden resultar verdaderas de lo que él hace —y no es otra cosa lo que muestra el célebre argumento de WITTGENSTEIN acerca de la imposibilidad de un “lenguaje privado” —, puede PAWLIK sostener, en referencia a un comportamiento eventualmente dotado de significación criminal, que “[e]l contenido de significado del hecho no puede [...] ser establecido a través de alguna forma de introspección o de un ‘test de autenticidad’, sino que tiene que ser negociado al interior de la concreta comunidad social, en cuyo seno aquel es perpetrado” (*Normbestätigung*, p. 18).

Así queda preparado el trayecto que lleva a PAWLIK a concretar su bosquejo de una teoría (neo-)hegeliana de la acción en pos de la caracterización del “injusto criminal como toma de posición cualificada” (*Normbestätigung*, pp. 29 ss.). La especificación así sugerida se reduce, en lo inmediato, al estándar evaluativo asociado a la descripción bajo la cual se atribuye sentido a la respectiva toma de posición del agente: “Ejecuta una *acción* en sentido jurídico penal [...] quien toma posición acerca de una obligación jurídico-penal que recae sobre él”. Sobre esta base, una acción en sentido jurídico-penal se constituiría como una instancia de *injusto criminal* siempre que la correspondiente toma de posición consista en un *rechazo* de la obligación en cuestión. En la senda marcada por JAKOBS, PAWLIK entiende que la caracterización precedente se dejaría sin más reformular en términos de que el injusto criminal consistiría “en que el autor oponga al

ordenamiento de normas del derecho penal una contra-norma y haga reconocible a través de su actuar que él confiere prioridad a esta contra-norma sobre la norma del derecho” (*Normbestätigung*, pp. 29 s.).

PAWLIK advierte que la conceptualización general de todo hecho punible como una “manifestación de poder del hechor”, referida a “la puesta en vigor de un programa normativo” que a su vez se presenta “como rebelión contra el ordenamiento de normas vigente”, podría resultar dudosa desde el punto de vista de su “plausibilidad fenoménica”, a la vez que mostrarse afectada por un exceso de dramatismo (una formulación especialmente aguda de esta objeción es presentada por NEUMANN al explorar qué significado debería atribuirse a la expresión “nulidad” cuando, con HEGEL, del crimen se predica ser nulo; véase NEUMANN: «Anfrange an Hegels Straftheorie aus ‘nachmetaphysischer’ Sicht», en VON HIRSCH, NEUMANN y SEELMANN [coords.], *Strafe – Warum?* [2011], pp. 167 ss.). Pues como observara WACH, un rechazo por principio hacia la institución de la propiedad privada puede ser sin más atribuida a quien favorece una forma de socialismo revolucionario, pero no a quien comete un hurto o una estafa (*Normbestätigung*, pp. 30 s.). La respuesta que PAWLIK ofrece a esta objeción es problemática, no tanto por la orientación global de su argumento, sino más bien por su indiferenciación analítica.

Tal como lo hiciera HEGEL en los correspondientes parágrafos de su “Derecho abstracto”, el problema puede ser ilustrado en referencia inmediata al hurto como paradigma de una “lesión del derecho en cuanto derecho”: si la condición de persona descansa en la posibilidad de dotarse de una “esfera exterior de su libertad” por la vía de reclamar y obtener reconocimiento de otros como propietario de una cosa que no pertenece en propiedad a alguna otra persona (véase HEGEL: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821], §§ 41, 42, 50 y 51), entonces el hurto conlleva no solo la negación de la concreta propiedad de la víctima sobre la cosa hurtada, sino ya la negación misma de su estatus de persona (§ 95). PAWLIK sostiene que esto equivaldría a decir que “el ladrón se deja guiar por una *norma* con arreglo a la cual su auto-empoderamiento para el tratamiento circunstancial de otros seres humanos como cosas sería valorado positivamente y le estaría así *permitido*” (*Normbestätigung*, p. 33). Pero aquí hay un *non sequitur*. Aun si se acepta que, tal como lo presupone el “argumento de la ley” resultante en el principio de justificación subjetiva de la punición presentado en el § 100 de los *Grundlinien*, toda decisión de actuar de una cierta manera “responde la pregunta acerca de cómo, según el parecer del agente, habría de procederse *correctamente* en la situación de que se trata (*Normbestätigung*, p. 18), de ello no se sigue que esa respuesta, provista por el propio comportamiento del agente, tenga que ser identificada con la pretensión de poner en vigor una contra-norma en reemplazo de la norma “que prohíbe proceder de ese modo con otras personas”, ni menos que por esa vía resulte quebrantado “el ordenamiento jurídico en su conjunto” (así empero: *Normbestätigung*, p. 33).

Lo que HEGEL tematiza como “lo universal” de la acción del criminal, consistente en que “a través de ella es establecida una ley, [...] bajo la cual aquel puede ser subsumido como si fuera su derecho” (*Grundlinien*, § 100), no es otra cosa que una máxima de acción según la cual sería permisible comportarse como él se ha comportado. Pero para que semejante comportamiento

fuera permisible bastaría con que *no valiera* la norma que aquel ha quebrantado, que es precisamente lo que expresa la afirmación de que la manifestación de voluntad en la que consiste el crimen carece de “existencia positiva” desde el punto de vista del derecho (*Grundlinien*, § 99). Reformulando el punto técnicamente: PAWLIK pasa enteramente por alto que, para dar cuenta de la significación criminal de la declaración atribuible al autor de un hecho punible, en cuanto al carácter permisible de la forma de comportamiento a favor de la cual él se ha decidido, es suficiente especificar el contenido semántico de esa declaración en el sentido de un juicio de permisión *en sentido débil*, cuya condición de verdad estaría representada por la inexistencia de la norma jurídica por él quebrantada, sin que sea necesario, entonces, especificarlo como un juicio de permisión *en sentido fuerte* cuya condición de verdad tendría que estar representada por la existencia de una norma permisiva capaz de hacer inaplicable la norma quebrantada (para esta distinción, véase MAÑALICH, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho* 41, N° 2 [2014], pp. 474 ss.)

Aun prescindiendo de la objeción precedente, es perfectamente comprensible que PAWLIK dedique una buena parte de sus esfuerzos a demarcar su conceptualización del injusto criminal “como un rechazo del ordenamiento normativo vigente” frente al paradigma de una “desobediencia contra la voluntad soberana” que él identifica con la concepción de esa misma especie de injusto que sería atribuible a BINDING (*Normbestätigung*, p. 34). No es claro, sin embargo, que PAWLIK tenga éxito en el intento por acercar su propia concepción al modelo de un “comunitarismo liberal-republicano” articulado por Antony DUFF (véase su *Answering for Crime* [2007], pp. 49 ss., con n. 36). El interés que PAWLIK muestra por el enfoque de DUFF se encuentra inmediatamente motivado por la claridad con la que este logra contrastar el estatus de ciudadano con el estatus de súbdito, según la forma de vinculación al derecho que es propia de uno y otro. Mientras un súbdito queda sometido a un derecho que le es ajeno, un ciudadano queda vinculado al derecho de una comunidad de la cual él forma parte y a cuya determinación está en condiciones de contribuir. Es poco más que este contraste lo que PAWLIK toma de DUFF. Pues este difícilmente estaría dispuesto a sostener que los ciudadanos de una democracia en forma estarían sometidos a la exigencia de practicar un “patriotismo del cumplimiento de las normas” (*Normbestätigung*, p. 37), desde ya porque, a lo menos tratándose de hechos punibles que él entiende constitutivos de *mala in se*, DUFF explícitamente rechaza que sea posible identificar la distintiva “incorrección” (*wrongness*) de las formas de comportamiento en cuya realización ellos consisten con la transgresión de prohibiciones jurídicamente institucionalizadas (al respecto, véase MAÑALICH: «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff», *Discusiones* 17 [2017], pp. 208 ss., 212 ss.)

Ello queda internamente conectado con la renuencia que DUFF muestra hacia la validación de un “procedimentalismo político” como estrategia de fundamentación de estándares de comportamiento públicamente vinculantes ante “el profundo pluralismo que caracteriza a las modernas sociedades liberales” (*Answering for Crime*, p. 86). Mas es precisamente el “hecho del pluralismo”, constatado por RAWLS, lo que PAWLIK esgrime como consideración decisiva para sostener que, contemporáneamente, una “razón legisladora puramente jurídica” *à la* KANT solo

podría encontrar su expresión institucional en algún conjunto de “arreglos procedimentales adecuados”, asociados a las formas de dominación de la democracia representativa y de la democracia participativa (*Normbestätigung*, pp. 41 s.). Aun cuando uno tenga simpatía por este giro favorable a la democracia procedimental, debe observarse que PAWLIK queda demasiado cerca de atribuir a cada ciudadano el rol de un órgano estatal cuando sostiene que “la observancia del derecho por parte de los ciudadanos” tendría “carácter representativo”, en el mismo sentido en que lo tienen la legislación y la jurisdicción. De ello se seguiría que “el hechor, en la medida en que él ejecuta una norma que lo favorece unilateralmente, discrepante del ordenamiento de normas del derecho penal, actúa en contra de su obligación de contribuir a la preservación del estado de juridicidad existente y por esa vía quebranta su rol como representante de la comunidad jurídica [...]” (*Normbestätigung*, pp. 38 s.).

Es indudable que hay pasajes de HEGEL, concernientes a la posición del ciudadano en la correspondiente “forma de vida ética” cuya consumación se identificaría con el moderno Estado constitucional, que parecen avalar una conclusión como aquella a la que arriba PAWLIK. Según Robert PIPPIN, a quien PAWLIK con justicia reconoce como uno de “los más importantes neo-hegelianos americanos” (*Normbestätigung*, p. 15), el *locus classicus* lo encontraríamos en el § 145 de los *Grundlinien*, donde Hegel habla de los individuos cuya vida es regida por los “poderes éticos” como “accidentes” de la “sustancia concreta” en la que, en los términos del § 144, consiste “lo objetivamente ético” en cuanto mediado por la subjetividad.

PIPPIN observa que este último pasaje suele ser puesto en relación con la “teoría del rol social” de la conducta ética que a veces se atribuye a HEGEL, lo cual llevaría ínsito el riesgo determinar dando lugar a una pretendida “teodicea histórica”, y así a “una santificación de la socialidad moderna como racional” (*Hegel's Practical Philosophy* [2008], pp. 241 s.). Para evitar semejante lectura santificadora, sería imprescindible no perder de vista que ese mismo pasaje se enmarca en un cuadro más amplio que en lo fundamental persigue mostrar que “la socialidad es previa a la individualidad”, a lo menos en el sentido de que disponer de razones capaces de justificar racionalmente nuestro actuar es algo que depende de nuestra participación en prácticas sociales institucionalmente configuradas, en términos tales que nuestra posibilidad de lograr ser genuinamente libres, en cuanto agentes plenamente racionales, “dependerá del carácter de esas prácticas e instituciones” (*Hegel's Practical Philosophy* [2008], pp. 246 s.). Esto último contribuye a explicar que, en la *Enciclopedia*, HEGEL sostenga que, en la medida en que la persona reconoce esa “sustancia que se sabe libre, en la cual el absoluto *deber-ser* es en igual medida *ser*”, como “su propia esencia”, “en esa actitud [la persona] deja de ser accidente” de esa misma sustancia (*Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* III [1830], § 514). Particularmente significativo es que, inmediatamente a continuación, HEGEL identifique esa “verdadera actitud ética” de los individuos con una forma de “confianza” (*Enzyklopädie*, § 515), lo cual haría de la “personalidad ética”, entendida como “la subjetividad impregnada por la vida sustancial” —esto es, por la participación en el correspondiente conjunto de prácticas institucionalizadas—, una “virtud” (*Enzyklopädie*, § 516).

Lo anterior muestra cuán problemática es la tesis de que el derecho penal *exigiría* un “patriotismo del cumplimiento de las normas” (*Normbestätigung*, p. 37). Pues si bien HEGEL explícitamente tematiza el patriotismo como una “actitud política” consistente en “la voluntad convertida en costumbre”, al mismo tiempo observa que ese patriotismo “es sólo resultado de las instituciones existentes en el Estado”, en la medida en que en el Estado “la racionalidad est[é] realmente presente” y que esa racionalidad encuentre su realización “a través del actuar adecuado a ellas” (*Rechtsphilosophie*, § 268.). De ahí que quepa poner en cuestión que semejante actitud política admita ser entendida como el objeto de una *exigencia*, y no, en cambio, como un indicador de la madurez cívica alcanzada por quienes toman parte en una forma de vida en cuya sustentación práctica ellos mismos se reconocen como libres, precisamente *porque* la concreta configuración de esa forma de vida vuelve racional ese reconocimiento.

Desde luego, lo anterior no obsta a que PAWLIK deba ser acompañado en su denuncia de la infravaloración de la dependencia institucional que un derecho penal liberal —o “de la libertad” (*freiheitlich*)— tendría que mostrar respecto del “sistema democrático” por parte de la doctrina jurídico-penal, cuya impugnación de tales o cuales decisiones de criminalización muchas veces parece descansar en la adopción de la perspectiva de “reyes-filósofos de la teorización del derecho penal” (*Normbestätigung*, p. 42). Especialmente ilustrativo, a este respecto, resulta ser el hecho de que, a pesar de haber rechazado antes su pertinencia criteriológica (véase *Das Unrecht des Bürgers* [2012], pp. 107 s., n. 594), PAWLIK recurra ahora a la misma distinción a la que echan mano quienes intentan ofrecer una fundamentación democrática del reproche de culpabilidad bajo una reconstrucción ético-discursiva del principio democrático: “El ciudadano que exige autodeterminación no sólo aparece en el rol de una persona privada responsable *ante el derecho*, interesada en una protección efectiva de su integridad frente a daños, sino también en el rol de un ciudadano del Estado responsable *por el derecho*” (*Normbestätigung*, p. 41). Esta es exactamente la diferenciación sobre la cual Klaus GÜNTHER proponía sustentar el reproche jurídico-penal de culpabilidad, en el sentido de un reproche referido a un ejercicio defectuoso de una capacidad de autonomía privada en una situación en la cual el agente no está habilitado para poner en cuestión la decisión a favor de la validez de una norma en cuya producción ese mismo agente ha tenido que poder incidir en ejercicio de una capacidad de autonomía pública (véase GÜNTHER: *Schuld und kommunikative Freiheit* [2005], pp. 248 ss., 253 ss.)

Ciertamente, PAWLIK puede vincular su actual toma de posición con una de las pretensiones fundamentales que, según él mismo lo hace explícito, orienta la monografía aquí reseñada, a saber: la pretensión de presentar una concepción decididamente anti-elitista de la pena jurídica (*Normbestätigung*, pp. 55, 83). Esto concierne muy especialmente a su llamado de atención acerca del “elitismo expertocrático” que subyacería a las “teorías de la prevención”, en oposición al cual PAWLIK nos invita a asumir, “siguiendo a KANT y HEGEL”, una actitud que no privilegia algún “esotérico conocimiento especial, sino solo aquella razón general de la que cualquiera dispone, aunque también sea solo oscuramente” (*Normbestätigung*, p. 83). Pero no es claro que la posición asumida por PAWLIK logre sortear el elitismo que él justificadamente impugna, a lo menos en lo atinente a cómo quedaría determinado el significado de cada instancia de punición jurídica en

cuanto acción “confirmadora”, problema examinado en un capítulo específicamente dedicado a dilucidar en qué consistiría la “confirmación de la norma” así operada (*Normbestätigung*, pp. 59 ss.).

Tomando nota de lo que enseñarían las modernas concepciones de la interpretación jurídica, PAWLIK se distancia de un “modelo de la confirmación de la norma estrechamente entendido” para favorecer, en cambio, la tesis de que lo confirmado a través de una reacción estatal punitiva no sería “el precepto penal como tal sino más bien la confianza en que su desarrollo hacia la concreta norma de decisión ocurra en consonancia con los estándares interpretativos establecidos”. O más radicalmente: “[e]l objeto de la confirmación no es una concreta interpretación de la norma, sino ante todo una compleja cultura de fundamentación: el entendimiento, resultante de la evolución de la profesión, de cómo ha de ser extraído el trazado de la frontera entre lo todavía no punible y lo ya punible de una manera metódicamente correcta” (*Normbestätigung*, p. 62). Si en efecto se asume que “tampoco las normaciones y valoraciones del derecho penal están objetivamente dadas de antemano a los miembros de la comunidad hermenéutica especializada en su interpretación” (*Normbestätigung*, p. 64), no es inteligible sin más que al legislador penal pueda al mismo tiempo ser atribuido un “espacio de juego de configuración constitucionalmente establecido” (*Normbestätigung*, p. 41), precisamente porque entonces el auténtico espacio de juego de configuración está siendo reconocido, más bien, a la comunidad de expertos en la interpretación. Que aquí no hay exageración alguna, resulta manifiesto si tomamos lo dicho por PAWLIK al pie de la letra: “El derecho penal, así entendido, no tiene un creador distintivo; el autor del derecho penal es, antes bien, la comunidad de los expertos profesionales en derecho penal en su conjunto” (*Normbestätigung*, p. 66).

Lo anterior explica que PAWLIK destine el penúltimo capítulo de su monografía a clarificar la responsabilidad personal que debería ser asumida por cada uno de quienes dedicamos nuestra vida profesional, como prácticos o como académicos, a contribuir con la administración de justicia penal (*Normbestätigung*, pp. 71 ss.). Cada uno de nosotros tendría el deber para consigo mismo de lograr integrar su actividad práctica o teórica, referida a la praxis de la punición estatal, al interior de un conjunto más vasto de dimensiones vitales que la trascienden, que es precisamente lo que habríamos de entender como un “equilibrio de la identidad” (*Identitätsbalance*). Esto fijaría una premisa crucial para reconocer la adecuación de una teoría de la retribución jurídica como la articulada por PAWLIK: el entendimiento de “qué es un sujeto actuante y cómo son anuladas [*aufgehoben*] acciones singulares en prácticas colectivas” es algo “que no solo encuentra aplicación en el delincuente, sino que el juzgador, sin quedar atrapado en una contradicción, también puede aplicar a sí mismo” (*Normbestätigung*, pp. 83 s.).

Con ello PAWLIK está apuntando a la consistencia pragmática que mostraría una concepción retribucionista de la pena estatal, en razón de la homogeneidad de los parámetros de racionalidad a los que quedarían sometidos tanto el comportamiento del agente que es castigado como el comportamiento del agente que castiga. Pero aun cuando, como aquí, se asume la superioridad de semejante concepción frente a la que ofrece la imagen de un derecho penal de la

prevención, ello no nos debería llevar a experimentar satisfacción por la eventual obtención, por esa vía, de una identidad intelectualmente equilibrada. Pues esa autosatisfacción podría hacernos olvidar que, como nos lo enseña RADBRUCH, “solo puede llegar a ser un buen jurista quien es jurista con una mala conciencia” (*Gesamtausgabe, Band 4. Kulturphilosophische und kulturhistorische Schriften* [2002], p. 227).

Réplias

Réplica a la recensión de Laura MAYER LUX a *Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt. Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung beim Betrugstatbestand*, Nomos, Baden-Baden, 2017 (InDret 1/2019)

Andrés E. Schlack

Dr. iur., LL.M., Bonn

Comienzo por agradecer a Laura MAYER LUX por la atención que le ha prestado a mi libro y por el tiempo que se ha tomado para recensionarlo. Agradezco también a *InDret* y a Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ por la posibilidad de referirme aquí brevemente a algunos puntos formulados en la recensión, lo que creo permitirá explicitar la lógica e intención que subyacen a algunas decisiones adoptadas al momento de redactar y estructurar la obra recensionada.

En primer lugar, en lo que respecta al orden de los dos primeros capítulos, dedicados respectivamente a la igualdad material (*Stoffgleichheit*) en la estafa y al concepto de intención de enriquecimiento en dicha figura penal (*Bereicherungsabsicht*, elemento análogo aunque no enteramente equivalente al ánimo de lucro de la tradición hispánica), la Profesora MAYER manifiesta que hubiera sido preferible, para una mejor comprensión del lector, su inversión (*InDret* 1/2019, p. 12). El orden sugerido es, en efecto, aquel que, a primera vista, podría parecer más intuitivo. Ello me llevó en su momento a considerar la posibilidad de invertirlos, idea que finalmente desestimé por tratarse cuestiones en el segundo capítulo que necesariamente presuponían otras desarrolladas en el primero, lo que hacía inviable un orden diverso. Es así que, en el tratamiento en el capítulo segundo de los casos prácticos sobre diferenciación de fines intermedios y consecuencias colaterales (pp. 144 ss.), el desarrollo argumental presupone en más de un pasaje (p. 146, pp. 147 s.) las decisiones que tomé previamente sobre los conceptos de ganancia patrimonial y patrimonio en el primer capítulo (pp. 46 ss.). Adicionalmente, es a propósito de la identidad material donde probablemente se hace más evidente la conexión con la idea de la estafa como delito de desplazamiento patrimonial, noción que sirve como hilo conductor de las diversas materias tratadas en el libro; es por ello que se ofrece allí la demostración de dicha naturaleza de la estafa (pp. 35 ss.) y que consideré finalmente más conveniente que fuera el capítulo que abriera el libro.

Conectado con lo anterior, un reproche contenido en la recensión (*InDret* 1/2019, p. 12) cuyo fundamento confieso no alcanzo a vislumbrar es aquel referido a que la identidad material, a la cual dedico en número de páginas menos de un cuarto del libro (pp. 21-35, 44-46, 47-50, 52-66), sea algo que opaque la noción de la estafa como delito de desplazamiento patrimonial, la que considero, como lo señalé previamente, un hilo conductor y que explica el título escogido para el libro. Si bien puede que dicha naturaleza de la estafa se presente en el segundo y tercer capítulo de un modo quizá algo menos obvio que en el primero, no por ello está ausente: en el segundo se hace especialmente manifiesta en el tratamiento de los casos prácticos (a modo ejemplar, vid. p. 146; p. 147, n. 739); en el tercero, en la cuestión central de la naturaleza y ubicación sistemática de la antijuridicidad de la ganancia perseguida por el autor (pp. 163 ss.).

Sobre la crítica de la Profesora MAYER (*InDret* 1/2019, p. 13) en el sentido que, a su juicio, hubieran sido deseables mayores consideraciones previas de marco teórico y metodológico en un apartado dedicado a ello, quisiera enfatizar que se trata de una opción deliberada. Creo que en el medio español y, por sobre todo, hispanoamericano se le concede una importancia excesiva a dichos marcos, lo cual no pocas veces se presta solamente para aumentar innecesariamente la extensión de las investigaciones a causa de un temor inexplicable a la concisión o ser incluso una instancia de mera jactancia respecto de las lecturas que se han hecho o de la propia solvencia dogmática. El aumento exponencial del número de publicaciones en las últimas décadas y la creciente especialización de las monografías hacen que cada vez tenga menos sentido un enfoque como el sugerido, que deviene a menudo en reiteraciones perfectamente prescindibles de lo ya dicho por otros autores y que no tiene en cuenta la naturaleza colaborativa (e, incluso, colectiva, me atrevería a decir) y acumulativa del quehacer científico. Se trata muchas veces, además, de cuestiones respecto de las cuales razonablemente puede suponerse que todo lector medio de textos jurídicos adscrito a la tradición jurídica europea-continental domina suficientemente. Por ello es de saludar la tendencia alemana, que la misma Profesora MAYER destaca (*InDret* 1/2019, p. 13), en virtud de la cual se procura en las monografías y tesis doctorales la concisión y la precisión respecto del objeto de estudio y del modo de examinarlo. Es por estas consideraciones que quise reducir al mínimo los pasajes dedicados a "fundamentos" (*Grundlagen*), especialmente aquellos referidos a cuestiones meramente clasificatorias, además de no ubicarlos *antes*, sino incorporados *dentro de la argumentación*, en la medida que fueran necesarios para sustentarla y cumplieran una función argumentativa concreta, o bien no pudiera suponerse que ese lector medio estuviera enteramente familiarizado con la cuestión en particular de que se trate. Es en ese espíritu que incorporé, por ejemplo, los pasajes sobre la clasificación de los elementos subjetivos del tipo (pp. 39 ss.), sobre la ubicación de la estafa dentro de los delitos contra intereses patrimoniales y algunos parentescos sistemáticos de ella con otras figuras, en concreto el hurto (pp. 41 s.), sobre la sistemática del término "*Absicht*" (intención, ánimo) en la Parte Especial del Código Penal alemán (pp. 67 ss.), o la explicación del silogismo práctico en la filosofía analítica (pp. 123 ss.) y de la noción de hechos institucionales (pp. 190 ss.).

En lo que se refiere a la crítica (*InDret* 1/2019, pp. 14 s.) de lo deseable que hubiera sido un tratamiento más exhaustivo del concepto de patrimonio, es algo con lo que concuerdo

plenamente y que se debió exclusivamente a restricciones de tiempo, propias de los estudios doctorales, marco dentro del cual se generó la obra recensionada. Originalmente estaba prevista una sección de extensión mucho mayor dedicada a ello, insertada en el primer capítulo, pero finalmente resultó imperioso renunciar a ello y limitarme a un brevísimo excurso (pp. 50 s.). Espero tener a propósito de alguna investigación futura la posibilidad de desarrollar este excurso, más cuando mi libro entraña el abandono de la tesis mixta o jurídica-económica del patrimonio, defendida previamente (vid. SCHLACK, *Revista Chilena de Derecho*, 2008, Vol. 35, Núm. 2, pp. 261-292). Me pareció, con todo, que dicha renuncia resultaba admisible por dos motivos. En primer lugar, considero que mi argumentación del concepto de ganancia patrimonial (pp. 46 ss.) es, a la vez y de modo implícito, una sustentación del concepto de patrimonio por el que me decanto, constituyendo este último una suerte de corolario de lo anteriormente expuesto. En segundo lugar, en la medida que adhiero al concepto funcional de patrimonio desarrollado previamente en Alemania por Urs KINDHÄUSER (vid. pp. 50 s., en especial las notas al pie n. 206-210), pude remitirme a lo ya dicho por este autor, estimando que un desarrollo exhaustivo del concepto y de los elementos que han de entenderse comprendidos en éste se convertiría inevitablemente en una reiteración prescindible.

Finalizo estas breves líneas reiterando mis agradecimientos a la Profesora MAYER: sus comentarios y su crítica constructiva me han permitido reflexionar sobre mi propio trabajo, dándome la oportunidad de intentar clarificar aquí algunas opciones y razonamientos previos que posiblemente no sean para el lector todo lo explícitos que hubiera sido deseable.