

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Geneviève Fraisse, *Du consentement*, Seuil, París, 2017, por Juan Pablo Cox Leixelard.

Recensión a Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, *Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis. Año 1540. (Primer Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, de Europa, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2018, por Ángel J. Sanz Morán.*

Recensión a Douglas Husak, *Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford University Press, Nueva York, 2016, por Felipe de la Fuente Hulaud.

Recensión a Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimidad de la pena estatal* (trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila), Atelier, Barcelona, 2019, por Jesús-María Silva Sánchez.

Recensiones

Recensión a Geneviève FRAISSE, *Du consentement*, Seuil, Paris, 2017 (150 págs.)

Juan Pablo Cox Leixelard
Universidad Adolfo Ibáñez

Los trabajos dogmáticos a los que nos tienen acostumbrados los penalistas sugieren la posibilidad de desarrollar metódicamente, paso a paso podría decirse, un determinado concepto, hasta pulirlo y depurarlo de las imperfecciones que nos impedirían apreciarlo adecuadamente. Si tenemos suerte, la reflexión que ofrecen es rigurosa y nos ahorra, a los lectores, los viajes por los recovecos y caminos sin salida a los que el pensamiento propio suele conducirnos.

El libro que tengo el placer de recensionar no es un trabajo de dogmática jurídico-penal. Su autora, Geneviève FRAISSE, no es penalista. En realidad, ni siquiera es abogada. Es, en cambio, filósofa. Me corrijo, es una gran filósofa que más allá de su esporádica participación en política ha desarrollado una intensa actividad académica ligada a trabajos de epistemología referidos a la democracia y al concepto de emancipación, a la vez que ha problematizado el debate sobre sexo y género que se ha materializado en Francia durante las últimas décadas. Desde su posición como directora de investigación emérita de la Sección de Filosofía del *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS) ha desplegado una influencia notable en la vida cultural de su país y ha tendido puentes de entendimiento con las reflexiones sobre los feminismos surgidas en el marco de la tradición angloamericana. Como podrá advertirse, sus obras, siempre claras y escritas con un exquisito dominio del lenguaje, no pretenden ahorrarnos trabajo ni protegernos de posibles desvaríos. La invitación que en *Du consentement* nos hace es a pensar, y por eso debemos agradecerle.

Du consentement fue publicado originalmente en 2007, y esa edición ha sido traducida al español en 2011 (Chile) y 2012 (México). La versión que ahora reseño es una edición aumentada, de 2017 y disponible solo en francés, que incorpora un provocativo epílogo sobre el valor de la negación del consentimiento. El libro se construye sobre la premisa de una aproximación filosófica a la cuestión del consentimiento, que deviene luego en un asunto de carácter marcadamente político, al hilo del “pensamiento del lazo” (*la pensée du lien*, tan característico en la obra de FRAISSE) como condición de posibilidad de la construcción de un mundo común. Valiéndose de las discusiones sobre el uso del velo y sobre el ejercicio de la prostitución, se desmarca de las perspectivas predominantemente religiosas y morales que tiñeron habitualmente su enjuiciamiento y ofrece un análisis consistente con el alcance político del acto de consentir. Así predispuesta, la obra se estructura sobre una división que distingue un relativamente extenso prefacio (*Préface*, pp. 7 ss.) y una serie de capítulos que siguen a una aproximación general (*Du consentement*, pp. 17 ss.): las virtudes del consentimiento (*Les vertus du consentement*, pp. 28 ss.), los defectos del consentimiento (*Les défauts du consentement*, pp. 61 ss.), las ambiciones del consentimiento (*Les ambitions du consentement*, pp. 94 ss.), y miseria del consentimiento (*Misère du consentement*, pp. 122 ss.), a los que se une, como se adelantó, un epílogo relativo al valor de la negación del consentimiento (*Et le refus de consentir?*, pp. 139 ss.).

Este andamiaje estructural está cruzado por la constatación de las múltiples facetas que afloran al estudiar el consentimiento, como si caras de un cubo fueran. Es precisamente esta imagen del cubo la que lleva a FRAISSE a identificar tres historias que pueden ser contadas de dos maneras cada una. La primera de esas historias se remonta al origen del matrimonio y muy significativamente al moderno surgimiento del divorcio. En el capítulo abocado a descubrir las virtudes del consentimiento (pp. 28 ss.), y de la mano de un sutil análisis de textos de MILTON, CHODERLOS DE LACLOS, ROUSSEAU, FOURIER y MIRBEAU, entre otros, muestra cómo el consentimiento individual se expresa más nítidamente en el divorcio (separación) que en el matrimonio (reunión), en el desacuerdo que en el acuerdo. Precisamente siguiendo a MILTON (pp. 31 ss.) pondrá de manifiesto la dispar valoración que históricamente se le atribuyó al consentimiento masculino y al femenino, y que bajo la institución matrimonial marcó una supremacía del primer género. El divorcio pasa así a constituir un engranaje estrictamente necesario para la construcción de la autonomía de las mujeres (p. 36), y es que junto con la prostitución ha dispuesto de uno de los lugares más propicios para la gestación del sujeto femenino (p. 62).

La segunda historia es, como el alegato en favor del divorcio, moderna. Si MILTON publicó su edición ampliada de *The doctrine and discipline of divorce* en 1644, durante el siglo XVII (piénsese, por ejemplo, en HOBBS) también se discutió muy intensamente sobre el consentimiento al contrato social. Y así es como en el apartado de los defectos del consentimiento (pp. 61 ss.), FRAISSE ilustra con elegancia sobre su posible negatividad, más allá de la reducida perspectiva jurídica que sitúa allí a los denominados vicios del consentimiento. Ella piensa, en cambio, en la sumisión y la renuncia que pueden envolverlo, y que se plasman mejor al fijar el análisis en el consentimiento colectivo o en el consentimiento individual dado en una dinámica colectiva. Queda así abierta la puerta a la cuestión del sentido político del gesto de consentir (pp. 63 ss.), punto crucial en la modernidad que se pregunta por los acuerdos entre partes que gozan de desigual poder (pp. 70 ss.). Ahora valiéndose de trabajos de HOBBS, DURKHEIM, ENGELS y MAUSS, entre otros, dispone las piezas para analizar las asimetrías que marcan a fuego las relaciones, sean estas entre los miembros de la comunidad o aparentemente circunscritas a una pareja: el orden doméstico, la salud social, en fin, la moral sexual, fijan límites al consentimiento (p. 66). Y así, mientras el consentimiento puede encarnar la belleza del acto voluntario que adhiere a una proposición, también puede oscurecerse hasta representar una pura sumisión ante el reconocimiento de una relación de fuerza que plasma una desigualdad de libertades y poderes (p. 74). Esa imagen deslavada y empobrecida del consentimiento la aproxima al puro ceder ante el otro: especialmente las mujeres (como muestra ENGELS) cedieron al poder masculino, y ello puede ser visto como una estrategia frente a la alternativa de resistir sin éxito. Por supuesto que entonces se expone una cierta debilidad, pero se guarda espacio a la resistencia y la subversión: ceder no es consentir. Por lo demás, "*dans l'absolu, consentir, c'est bien, mais consentir à plus fort que soi, c'est triste*" (pp. 73 s.).

La tercera historia se fraguó contemporáneamente. En el capítulo relativo a las ambiciones del consentimiento (pp. 94 ss.) se ejecuta una exploración que desemboca en la tensión entre la constitución de las mujeres como objeto y como sujeto, cuando llegar a ser lo segundo no libera de lo primero (explícito en p. 121: "*Devenir sujet ne libère pas de la situation d'objet. Telle est l'histoire des femmes. Accepter alors d'être à la fois, et en même temps, sujet et objet dans le processus d'émancipation*"), y que pasa por identificar las muescas que sirven de hitos de la adquisición de márgenes de libertad

e igualdad por parte de las mujeres en el contexto de la democracia madura. Echando mano ahora de la obra de BORILLO, IACUB (¡dos juristas!), FASSIN, FOUCAULT y BUTLER (y antes de la de WITTING Y MATHIEU, cuyo análisis en el capítulo anterior marca la génesis de este), FRAISSE pone sobre el tapete la tan espinuda como actual cuestión de la crítica de las normas asentadas sobre una metafísica de la sexualidad que la substancializa (pp. 115 ss.). Aguda, la autora alerta sobre la conveniencia de no confundir una pragmática que rechaza lo universal con un relativismo simplón que banaliza el sexo.

Geneviève FRAISSE narra estas tres historias con una pulcritud encomiable, fundiendo la delicadeza de su análisis con la precisión de un funambulista que avanza cuidadosamente por un escenario que sabe no podrá explorar en su totalidad. Y es que este no es un libro que diseccione al consentimiento como si fuera un objeto inerte que pueda explorarse de una vez y para siempre. No. El consentimiento se nos presenta antes bien como un punto de conexión con nuestra intimidad que logra desembarcar en el mundo de la interacción social y por tanto queda inextricablemente alcanzado por sus fluctuaciones y luchas de poder. Esta dimensión política del consentimiento, a la que parece arribar la conjunción de las distintas historias, no es empero un escenario que a FRAISSE le parezca convincente. No al menos en cuanto pueda identificarse al consentimiento con un argumento político influyente en el espacio público. En el capítulo relativo a la miseria del consentimiento (pp. 122 ss.) esboza objeciones a la construcción de una política del consentimiento, basadas en el cuerpo (*corps*, pp. 127 ss.: no hay consentimiento sin cuerpo), en la historia (*histoire*, pp. 129 ss.: en la política del consentimiento no hay historia ni un proyecto de transformación futura), y en la frontera (*frontière*, pp. 132 ss.: no hay una frontera clara que nos permita distinguir entre una sexualidad organizada y asumida y una violenta bajo la dominación masculina). Todavía circula por las venas de nuestra autora algo del fuego que inflamó a miles de franceses durante los años 60 del siglo pasado y que la llevó, en compañía de un joven RANCIÈRE, a fundar la icónica revista *Les revoltes logiques*.

Esto último me da pie para destacar una característica notable del libro que recensiono. Al leerlo uno puede sentir a la autora masticando y rumiando las ideas, mirándolas de cerca y luego alejando la vista, evaluándolas con tranquilidad y sin ceder a la tentación de alinearse con algún discurso al uso. Convertido en testigo privilegiado de su reflexión, el lector se va involucrando a un punto tal que no le sorprende que en múltiples ocasiones la autora simplemente exprese que no sabe cómo seguir y qué extraer de una intuición que le parece valiosa. Algo de esto ocurre al final del libro, donde reivindica el valor emancipatorio y subversivo de plantar cara y decir no (pp. 139 ss.). Es justamente esta resistencia al pensamiento estandarizado y al encasillamiento intelectual y político lo que marca el que a mi juicio es un punto alto del libro, y de paso permite desaflojar un nudo apretado en el debate angloamericano en torno al consentimiento. En efecto, allí pueden observarse dos posiciones en general muy rígidas y parapetadas tras sendos eslóganes. La por momentos agria disputa entre por una parte HURD y ALEXANDER, defensores de una *attitudinal view*, y DOUGHERTY, defensor de la *performative view*, por la otra, sintetiza muy bien el algo lamentable cuadro sobre la configuración del consentimiento que en ese contexto se ha venido trazando. Y digo lamentable no por la discrepancia de pareceres, por cierto, sino por la resistencia a escudriñar la mejor versión posible de la postura opuesta. El libro de FRAISSE ofrece aquí una vía de escape a la dicotomía: el consentimiento es un acto íntimo, pero jamás solitario: "*le consentement est un acte intime, mais jamais*

solitaire. Il implique un rapport, mouvement de dire 'oui' à autrui, ou de se dire 'oui', ensemble" (p. 17). Esta es una idea crucial, que parte de la base del célebre pensamiento subjetivista de PASCAL según el cual el consentimiento comienza con el acuerdo con uno mismo, pero persiste hasta percibirlo como una cosa que circula de uno a otro (p. 25). El consentimiento es entre dos (p. 127), es un sentir juntos (p. 87), y que opere a través de la palabra o del cuerpo, como en el cándido esfuerzo de ROUSSEAU por unir a Émile y Sophie, es un genuino detalle.

Como puede apreciarse, considero que *Du consentement* es un magnífico libro. Quiero no obstante dar cuenta de lo que a mi juicio es una deficiencia. Sobre el análisis del consentimiento y la reconstrucción de la historia configurativa de su actual fisonomía planea una sombra de la que FRAISSE no se hace cargo como es debido. Es, por supuesto, la sombra del poder. Esta omisión es particularmente llamativa si se repara que en Francia se ha destacado desde hace años por autores tan centrales como FOUCAULT y FASSIN que el núcleo del análisis del consentimiento estriba en la revisión de sus condiciones de posibilidad en el marco del ejercicio del poder. Ambos autores son citados en el libro y de allí la extrañeza que produce el que no obstante la autora no se haga cargo de la veta que FASSIN sigue para superar la denominada paradoja Foucaultiana: para evitar la alternativa de una distinción radical o de una confusión total entre sexualidad y poder debe repararse en la sexualidad como una postura política esencial de las sociedades democráticas, en términos de favorecer una desnaturalización de la sexualidad que permita su análisis bajo las premisas de la deliberación propia de esas sociedades (FASSIN, «Somnolence de Foucault», *Prochoix*, (21), 2002, pp. 106 ss.; antes: FASSIN, «Le date rape aux Etats-Unis: figures d'une polémique», *Enquête*, (5), pp. 193 ss.). Por supuesto, FRAISSE no es ciega al asunto y ofrece reflexiones lúcidas sobre la dominación y las asimetrías que sobre todo han padecido las mujeres. Pero parecen pinceladas que no alcanzan a mostrar el bosquejo completo del cuadro.

Esta imagen de incompletitud me permite mostrar dos insuficiencias consecuentes que por momentos se hacen muy manifiestas. Por una parte, y seguramente guiada por su formación, cuando FRAISSE se aproxima al análisis de la dominación adopta la posición del dominado, descartando cualquier densidad en la posición del dominador, y ese esquema lo reproduce en cada una de sus indagaciones (relaciones de sumisión, de seducción, etc.). Es obvio que su prisma es el de las mujeres, y nos lo recuerda con vehemencia: "*l'adjectif 'consentant' ne se dit guère que des femmes!*". Pero así pierde la posibilidad de brindar una visión global de la interacción personal, que es a todas luces imprescindible para desentrañar, por ejemplo, el sentido de la violación sexual: si no se repara en lo que el autor del hecho hace, poco podrá avanzarse de cara a la delimitación de su contenido de injusto. Por lo demás, si el consentimiento es *un sentir ensemble*, entonces su enfoque de estudio queda invariablemente trunco. Por otra parte, al anclar su testeo en las discusiones relativas al uso del velo y al ejercicio de la prostitución da a entender, pese a todos los matices que introduce en sus reflexiones, que el esquema analítico es una suerte de lente intercambiable que sirve para afrontar y resolver múltiples problemas. Esa es, no obstante, una visión algo cándida en este plano: justamente el poder es multiforme y nada indica que el poder sexual sea equivalente al poder económico o al poder surgido en las fábricas de la periferia. Velar o desvelar el cuerpo, proteger o exponer el sexo, esos binomios destacados por la autora poco tienen en común cuando son sometidos a los juegos de poder que cruzan nuestras vidas.

Ninguna de estas presuntas debilidades impide recomendar encarecidamente la lectura de este espléndido libro, bajo el convencimiento de que representará un provechoso disfrute para cualquier lector interesado en pensar sobre el sentido del consentir.

Recensión a Justo GARCÍA SÁNCHEZ y Beatriz GARCÍA FUEYO, *Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis. Año 1540. (Primer Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, de Europa)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2018 (551 págs., más 16 ilustraciones)

Ángel J. Sanz Morán
Universidad de Valladolid

En el prólogo de su monografía de referencia sobre el pensamiento penal de COVARRUBIAS, indica el jesuita Julián PEREDA, “que en la *Biblioteca Hispana* de Nicolás ANTONIO, se encuentran referencias a un Tratado de COVARRUBIAS sobre las penas (*De poenis tractatum*) que le desarrolló en sus explicaciones del año 1540, pero que se ha perdido” y añade: “Lástima grande, pues nos hubiera servido mucho para la exposición de sus ideas penales” (PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959, p. 7, n. 1). Salvando la diferencia en el título de la obra, parece que podemos congratularnos del hallazgo de ese Tratado perdido y, disfrutar, además, de una cuidadosísima edición crítica del mismo.

En efecto, el voluminoso libro que nos ocupa tiene como objetivo central la transcripción literal en el latín originario (pp. 229-251 –todas las referencias a páginas lo son, salvo indicación en contrario, a las de la obra objeto de nuestra recensión–) y la traducción al español (pp. 253-302), del manuscrito 2.038, fols. 327r-343v (foliación moderna: fols. 333r-349v) de la Biblioteca de la Universidad de Salamanca, fechado en 1540, donde se recoge una “*Summa de delictis et eorum poenis*” redactada por el gran jurista de la Escuela de Salamanca, Diego DE COVARRUBIAS Y LEYVA. No solo eso, sino que la edición que presentamos, se completa con la transcripción literal en latín de otros tres manuscritos que recogen (con algunas variantes) la misma obra: uno custodiado en el Archivo capitular de la catedral de Pamplona, del año 1547 (pp. 487-506); otro de la Biblioteca Nacional de España, de hacia 1540 (pp. 507-525) y un tercero que se encuentra en el Archivo universitario de Coimbra, del año 1578 (pp. 527-541). A la transcripción de estos manuscritos, que encontramos en los Apéndices I (el de Salamanca) y IV (los otros tres) de la obra que comentamos, se añade la reproducción del amplísimo elenco de fuentes jurídicas, patristicas, literarias greco-latinas y glosas a las que remite explícitamente COVARRUBIAS (Apéndice II, pp. 303-470), así como los fundamentos doctrinales aducidos (Apéndice III, pp. 471-484), cerrando el volumen una relación de la bibliografía impresa consultada (pp. 543-550) y una serie de láminas en color relativas a la vida y obra del ilustre canonista; entre las cuales, por cierto, se recoge un retrato suyo, sin indicación de autor, que se encuentra en la catedral de Segovia, pero no el más conocido que le hiciera El Greco (quien también retrató a su hermano Antonio DE COVARRUBIAS), y que podemos admirar en la casa-museo de este pintor, en Toledo.

No conformes con esta valiosísima aportación histórico-filológica, los profesores GARCÍA SÁNCHEZ y GARCÍA FUEYO anteponen a los Apéndices reseñados una amplísima Introducción (pp. 11-224), centrada por un lado en la biografía de COVARRUBIAS y, por el otro, en el contenido de su *Summa de delictis et eorum poenis*. En esta recensión vamos a ocuparnos fundamentalmente con el contenido de esta Introducción.

Su primera parte constituye una amplia reconstrucción de los aspectos centrales de la vida y obra de Diego DE COVARRUBIAS, dedicando especial atención, dado el texto en que se centra este trabajo, a su paso por la Universidad de Salamanca, donde recibió las enseñanzas de, entre otros, Martín DE AZPILICUETA y Francisco DE VITORIA, accediendo a temprana edad, en 1540, a la cátedra de cánones y coincidiendo con otros importantes juristas y teólogos, como Melchor CANO o Domingo DE SOTO. La investigación está apoyada en una amplísima documentación, obtenida especialmente de los archivos y bibliotecas de la ciudad del Tormes, detallando su actividad como discente y después docente de aquella Universidad, sus intervenciones como miembro del claustro de profesores de la misma, y abordando incluso (pp. 34 ss.) su intervención como parte actora en dos procesos civiles. Menor información existe, según constatan los autores de este estudio, sobre su posterior actividad jurisdiccional (de 1548 a 1559) como oidor en la Chancillería de Granada (pp. 45 ss.), aunque se recogen en la investigación que comentamos algunos testimonios directos de la probidad y ecuanimidad que caracterizaron su desempeño de esa actividad. En 1559 es propuesto para titular de la sede del arzobispado de Santo Domingo, donde no llegaría a tomar posesión, al acceder en ese mismo año al obispado de Ciudad Rodrigo (pp. 64 ss.), de donde pasaría, en 1564, a la sede episcopal de Segovia. Mientras tanto, participaría activamente (en los años 1562-1563), como es bien sabido, en las sesiones del Concilio de Trento. Su actividad pastoral en Segovia se vería frecuentemente interrumpida por su creciente e intensa relación personal con el monarca Felipe II (pp. 85 ss.), quien llegaría a nombrarle, en 1572, Presidente del Consejo de Castilla y, en 1573, miembro del Consejo de Estado. Fallecería nuestro autor en 1577, siendo enterrado en la catedral de Segovia. Resulta llamativo en este estudio biográfico el constante apoyo no tanto en fuentes bibliográficas, cuanto en documentos de archivos, lo que supone un ímprobo esfuerzo por sacar a luz aspectos poco conocidos de la vida y obra de nuestro autor. Cabe, no obstante objetar, a nuestro juicio, el que se transcriban “in extenso” muchos de estos documentos en el mismo cuerpo del trabajo, lo que rompe el ritmo expositivo, obligando con frecuencia a una lectura extremadamente fatigosa.

La segunda parte de la Introducción pasa ya al estudio de la obra objeto de esta monografía: la *Summa de delictis et eorum poenis*, de Diego DE COVARRUBIAS, separando la descripción del manuscrito de su contenido. En cuanto a lo primero, tras mostrar las variantes de los distintos manuscritos en cuanto a los delitos incluidos en cada uno de ellos, así como la evolución del Derecho canónico posterior (pp. 95 ss.), se centran los autores de este estudio en el texto encontrado en Salamanca, estudiando la fecha y los motivos de su redacción (pp. 100 ss.): acaba de explicar COVARRUBIAS el libro V de las Decretales, pareciéndole insuficientes las explicaciones del mismo por la doctrina, en particular Paulo GRILANDO. No está claro, sin embargo, si el Tratado se dirige a los alumnos o más bien a los compañeros del claustro, opción esta última por la que se decantan GARCÍA SÁNCHEZ y GARCÍA FUEYO (pp. 102-103). Abordan estos a continuación (pp. 103 ss.) el título de la obra (analizando la diferencia entre las locuciones “Summa” y “Tractatus”, que se utilizan en los distintos manuscritos), así como su estructura. Sigue el estudio de las distintas fuentes jurídicas en las que se fundamenta aquella (pp. 104 ss.): el Derecho justiniano, el Derecho canónico (básicamente, las Decretales de Gregorio IX) y el Derecho patrio de la Baja Edad Media (recogido fundamentalmente en las Ordenanzas reales de Montalvo y en las Leyes de Toro). Además de indicar el peso respectivo de estas distintas fuentes en la *Summa* de COVARRUBIAS, se extienden GARCÍA SÁNCHEZ y GARCÍA FUEYO (pp. 108 ss.) en el problema de los distintos fueros y las

relaciones entre ellos y, de modo particular, en la institución de la “episcopalis audientia” (actividad jurisdiccional del obispo en los ámbitos civil y criminal), explicación que resulta quizás excesivamente prolija. Cierra esta parte de la Introducción un estudio de los autores citados en la *Summa* (pp. 130 ss.), prestando especial atención a la frecuencia de las referencias a los mismos, deteniéndose al final de este apartado en las citas a juristas o teólogos españoles coetáneos.

Por fin, a partir de la página 153, abordan los autores de este estudio el análisis del contenido de la *Summa*. Reconocen que “Covarrubias no establece ningún orden sistemático especial a la hora de exponer las diversas figuras de crímenes” (p. 146) aunque, como resulta convencional en aquel período histórico, comienza su exposición con los de lesa majestad divina y humana. En concreto, y tras una observación general relativa al escaso valor probatorio que debe asignarse a la propia confesión del reo (“juzgo que antes de nada se debe advertir que el delincuente no habrá de ser castigado sólo con su propia confesión, a no ser que conste del delito”), pasa a ocuparse el manuscrito de COVARRUBIAS de los siguientes crímenes: herejía, lesa majestad, injurias al Emperador, blasfemia, estupro, coito con una monja, estupro del tutor a la pupila, raptó, incesto, adulterio, lenocinio, bigamia, concubinato, adivinaciones y hechizos, homicidio, muerte con veneno, muerte a traición, parricidio, falsedad, falso testimonio, falsedad notarial, falsificación de moneda, uso de pesas o medidas falsas por el vendedor, alteración de lindes, suposición de parto, abandono de un niño menor de siete años, hurto, plagio (en el sentido clásico de sometimiento a esclavitud), sacrilegio, violación de domicilio, incendio, cárcel privada (es decir, lo que hoy conocemos como detención ilegal), perjurio, simonía y usura, violación de sepultura, juego, relación carnal del esclavo con su dueña y, finalmente, apunta que va a tratar del suicidio, no llegando sin embargo a hacerlo. Las páginas 145 a 183 del estudio que comentamos describen con precisión las indicaciones de Covarrubias a propósito de cada uno de estos delitos, fundamentalmente, su regulación en las distintas fuentes jurídicas antes mencionadas (básicamente, Derecho canónico y Derecho patrio) y la doctrina recaída al respecto. Esta parte de la Introducción tiene carácter fundamentalmente descriptivo, limitándose sus autores a glosar el contenido del manuscrito que aquí presentan, si bien las numerosas y amplias notas que acompañan el texto aportan una notable información complementaria relativa a precedentes, fuentes posteriores, doctrina diversa de la recogida por COVARRUBIAS, etc., que iluminan el contenido del manuscrito y ayudan a situarlo en su contexto histórico.

Es a partir de la página 184 (y hasta la 208), donde encontramos la valoración que a los autores de este ensayo les merece el manuscrito de COVARRUBIAS que aquí ofrecen al público. Y es a este respecto donde encontramos las afirmaciones más discutibles. Comienzan GARCÍA SÁNCHEZ y GARCÍA FUEYO justificando la publicación del manuscrito, pese a que el mismo COVARRUBIAS no quiso incorporarlo a la publicación de sus volúmenes inéditos misceláneos, aduciendo que “con las obras impresas está lo más tratado y lo que no está en ellas está por resolver y averiguar” (p. 184). A estas razones añaden nuestros editores una tercera, relacionada con la actividad jurisdiccional de COVARRUBIAS en Granada: se trataría de no “incidir directamente en los pronunciamientos judiciales o fallos en los que, formando parte de un colegio, hubiera de manifestar explícitamente su punto de vista” (p. 185). Y concluyen que, pese a “estos inconvenientes, que obstaculizaron el que saliera dicha obra a la luz de la imprenta, existen una serie de consideraciones que justifican por sí mismas la edición de la *Summa*” (p. 185); afirmación

que no podemos sino compartir y congratularnos de que este manuscrito haya visto la luz, máxime en una edición tan cuidada y completa. Se trata, sin duda de una publicación que va a posibilitar un mejor conocimiento del pensamiento penal del jurista toledano y a mostrar de manera patente su “erudición verdaderamente pasmosa”, como lo expresara el padre PEREDA (PEREDA, *Covarrubias penalista*, 1959, p. 9).

En ello reside el valor fundamental de la *Summa* que acaba de publicarse: en relación a un significativo número de delitos, se recoge de manera precisa su regulación en las diversas fuentes, así como una amplísima muestra de las opiniones hasta entonces vertidas sobre alguno de los aspectos problemáticos de su interpretación y aplicación, manifestando en ocasiones COVARRUBIAS su propia opinión al respecto. Y es en esto último en lo que insisten GARCÍA SÁNCHEZ y GARCÍA FUEYO a la hora de evaluar el carácter “humanista” de la aportación que presentan. Por eso, el resto de las páginas destinadas a la “valoración de la obra” (pp. 184-208), vienen a reproducir el contenido del Tratado, destacando las afirmaciones que, a su juicio, manifiestan esta “modernidad” de la obra. Al hacerlo (pp. 189 ss.), incurrir, sin embargo, en numerosas repeticiones, muchas veces literales, de lo expuesto en el apartado precedente, cuando describían el contenido del manuscrito (pp. 145 ss.), lo que alarga innecesariamente la Introducción.

Cierran esta unas valiosas “Consideraciones finales” (pp. 209-224), donde se recogen ampliamente las opiniones vertidas a lo largo de los siglos sobre el valor del pensamiento jurídico (y jurídico-penal) de COVARRUBIAS, prestando especial atención a aquellas de algunos autores alemanes que han consolidado su posición en la historia de nuestra disciplina, como las de H. VON WEBER (en su notorio artículo «Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán», publicado en el *AHDE*, 1953, pp. 717-735), F. SCHAFFSTEIN (de quien se recoge su *Ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957, pero no su aportación fundamental *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930) y, de manera particular, entre las de los autores españoles, las de PEREDA (en la obra ya citada) y F. TOMÁS Y VALIENTE (en su muy influyente obra *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, 1969), tratando de refutar la mesurada valoración de unos y otros en cuanto a la verdadera significación de la aportación de COVARRUBIAS. No vamos a entrar en el sentido de estas valoraciones, ampliamente desarrollado en el libro que comentamos. Entendemos, en cualquier caso, que la caracterización mayoritaria de COVARRUBIAS como “postescolástico”, en los autores que acabamos de mencionar, no se vería conmovida por la publicación de la *Summa* que aquí nos ocupa. Y su innegable aportación a la teoría general del delito en materias como causalidad, tentativa, dolo, etc., ampliamente estudiada por PEREDA, estaba suficientemente apoyada en los escritos ya publicados, de cuya influencia fuera de España da cuenta este dato que facilita V. WEBER («Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán», *AHDE*, 1953, pp. 722-723): la existencia, en la Biblioteca de la Universidad de Bonn, de seis ediciones diferentes – publicadas entre 1578 y 1679– de las *Opera Omnia* de Diego DE COVARRUBIAS.

De ahí que considerar la *Summa de delictis et eorum poenis* el “primer tratado de derecho penal, parte especial, de Europa”, como reza el subtítulo de la obra que reseñamos, resulta a todas luces excesivo. Nos encontramos ante una exageración análoga a la que recoge la obra de RODRÍGUEZ MOLINERO sobre otro importante jurista de la Escuela de Salamanca, Alfonso DE CASTRO (obra cuya

última edición fue objeto también de recensión por nuestra parte en el número de julio de 2015 de esta revista), cuando calificaba a este autor de verdadero padre del Derecho penal moderno, por encima incluso de BECCARIA. En el caso que ahora nos ocupa, el afán por destacar la importancia de la obra que presentan al público lleva incluso a sus editores a una licencia –que consideramos muy discutible– en la traducción de este manuscrito salmantino: en lugar de limitarse a hacerlo siguiendo el formato del original latino, separan en líneas distintas (y resaltando con negrita la autoría) las opiniones de los autores citados por COVARRUBIAS de las de este autor y se permiten incluso subrayar aquellas posiciones de este que les parecen especialmente significativas del valor de la obra. Si se decide traducir un texto liberándolo del formato original debería, cuando menos, explicarse el criterio seguido y las razones que lo avalan, cosa que aquí no se hace. Por lo demás, y aunque no somos especialistas en latín como para valorar la corrección de la traducción, alguna opción resulta –desde la perspectiva del penalista– discutible: por ejemplo, el epígrafe “De sortilegiis et veneficiis”, traducido como “De las adivinaciones y de los hechizos”, quizás sería más literal y preciso traducirlo como “De los sortilegios y bebedizos”, manteniendo así la polisemia de las acepciones tercera y cuarta que el Diccionario de la RAE asigna a este último término y que está presente también en el término latino. Y en alguna ocasión se cede a la tentación de acudir a la denominación del delito en la actualidad, aunque no guarde relación con su configuración histórica: así, cuando se equipara el antiguo “plagio” al “secuestro”.

En este orden de ideas, entendemos que hubiera sido útil contar en la edición con algún penalista, especialista en la historia de nuestra disciplina. El problema es si existe alguno. Un libro como el de PEREDA parece hoy inimaginable; más aún, los últimos penalistas españoles que abordaron con alguna continuidad problemas históricos (como ANTÓN ONECA, o CASABÓ RUIZ, o SAINZ CANTERO), lo hicieron centrándose en el Derecho penal posterior a la Ilustración. La reputada obra de TOMÁS Y VALIENTE, está escrita por un historiador del Derecho y de ahí que –sin que ello reduzca en absoluto su valor– resulte muy distinta de las historias del Derecho penal a cargo de penalistas. En otras palabras, no existe en España una obra comparable a la *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, de Eberhard SCHMIDT (3ª ed., Göttingen, 1964), donde, por cierto, también se habla elogiosamente de COVARRUBIAS (en las pp. 150 y 172-173).

Viene esto a cuento porque la intervención de un penalista habría servido para esclarecer alguna cuestión, interesante para la historia de nuestra disciplina, apuntada en el manuscrito, acentuando el carácter crítico de la edición del mismo. Así, por citar solo algún ejemplo, esa muestra diáfana del pensamiento del *versari in re illicita* en el contexto de una causa de atenuación de la responsabilidad que encontramos en el capítulo de la blasfemia: “se castiga con mayor benignidad al que blasfema impulsado por la ira (...) Siempre que el ardor de la cólera provenga de una justa causa; de lo contrario, si viene de una causa injusta, como el haber perdido en el juego, entonces no se castiga más mitigadamente” (p. 259). O las referencias, a propósito del hurto, a la importante categoría del “famosus latro” (pp. 291 ss.) y la consiguiente costumbre de colgar al autor del tercer hurto, práctica que está en la base de la aparición de la categoría de “furtum continuatum” (origen del moderno delito continuado), acuñada para evitar aquella drástica consecuencia (cfr. al respecto un esclarecedor trabajo de J. PEREDA no mencionado en la obra que comentamos: “Famosus latro”, *ADPCP*, 1962, pp. 6-21). O, en fin, cabría analizar extensamente los interesantes matices que introduce COVARRUBIAS a propósito de la regulación del delito de rapto (p. 262) distinguiendo en

función de la finalidad (matrimonial o meramente sexual) que anima la conducta del autor, en unos términos que explican el curso posterior de la regulación de esta figura delictiva, de historia tan rica y compleja.

Y sobre todo, la aportación de un penalista hubiera atendido de manera especial a la conexión de esta obra con las de otros juristas que publican en el período inmediatamente posterior y que van a posibilitar el tránsito efectivo del pensamiento penal de carácter bajo-medieval al verdaderamente moderno: en España, la figura de Antonio GÓMEZ (no mencionado en las fuentes bibliográficas de la obra que comentamos), jurista que enseñó también en la Universidad de Salamanca y cuyo libro III de sus “Variarum resolutionum iuris civiles, communis et regii”, permiten afirmar a TOMÁS Y VALIENTE que estamos acaso ante “el mejor penalista castellano durante varios siglos” (*El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, 1969, p. 124). Por lo demás, su influencia en Alemania, como pone de manifiesto el trabajo ya citado de V. WEBER, es tan notable al menos como la de COVARRUBIAS. O cabría estudiar más a fondo la posterior recepción del pensamiento de estos dos profesores salmantinos por figuras tan prominentes del Derecho penal europeo inmediatamente posterior como Julio CLARO, FARINACIO o, de manera particular, CARPZOVIO.

Estas consideraciones relativas a lo que no encontramos en la obra que aquí se reseña no deben entenderse sino como una queja por la escasa atención que los penalistas españoles dedicamos a la historia de nuestra disciplina, lo que en modo alguno supone restar valor al estudio objeto de nuestra consideración. Estamos nada menos que ante la reproducción y traducción de un manuscrito inédito de COVARRUBIAS, de indudable interés para la historia del Derecho penal, acompañada de la transcripción de otros tres manuscritos de este Tratado de los delitos y sus penas y con una Introducción que aporta infinidad de datos no solo biográficos, sino también relativos al contexto histórico en el que surge la obra presentada. Todo ello en una edición muy cuidada. No podemos sino felicitarnos porque esta iniciativa se haya llevado a término con éxito.

Recensión a Douglas HUSAK, *Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford University Press, Nueva York, 2016 (XV + 300 págs.)

Felipe de la Fuente Hulaud
Universidad Adolfo Ibáñez

Como cabría esperar a partir del título de la obra y de la trayectoria de su autor, *Ignorance of Law* contiene efectivamente una sólida refutación del principio *ignorantia iuris non excusat*, es decir, del criterio según el cual quien infringe una norma sin estar al tanto de su existencia no puede invocar su desconocimiento como una razón para excluir o atenuar su responsabilidad, y que como es sabido goza de una amplia aceptación en la práctica penal angloamericana.

La refutación de dicho principio, en todo caso, es solo una parte de una indagación cuyo espectro trasciende con creces ese objetivo inicial. Lo que HUSAK nos ofrece en este trabajo es en realidad una propuesta muy acabada acerca de cómo tendría que influir la ignorancia de la reprobación de un acto sobre la procedencia y la medida del castigo correspondiente.

Como él mismo explica, todo su pensamiento en esta materia descansa en una cierta tesis sobre los fundamentos de la responsabilidad penal, por lo que en buena medida la obra constituye una larga reflexión sobre las condiciones que desde el punto de vista de la filosofía moral han de cumplirse para que sea justificado atribuir responsabilidad a un individuo por la ejecución de una conducta, y sobre el lugar que cabe conceder a la conciencia de la reprobación del acto en ese orden de consideraciones.

Por eso, y aunque HUSAK se ocupa de dar cuenta de la situación imperante en los Estados Unidos a este respecto, su trabajo no es descriptivo ni dogmático, y tampoco se detiene mayormente en ejercicios comparativos. La suya es una investigación filosófica, y HUSAK se preocupa de subrayarlo desde el comienzo. Lo que le interesa es pensar *en términos ideales* cómo tendría que ser un modelo de tratamiento del *error iuris*, para luego entrar a considerar los ajustes que eventualmente podría ser necesario introducirle para posibilitar su implementación práctica. Cabe indicar que es además un trabajo que se centra exclusivamente en la filosofía angloamericana. Aun cuando aborda ciertamente temas que de ninguna manera son ajenos a la filosofía práctica europea, la exposición de HUSAK constituye básicamente un diálogo interno con las voces más autorizadas de la comunidad filosófica inglesa y americana del presente.

La obra está estructurada en cinco capítulos, que tratan respectivamente de los aspectos metodológicos de la investigación, del estado actual de la doctrina del error de Derecho en los Estados Unidos, de los fundamentos generales de la responsabilidad, de ciertos pormenores del planteamiento de HUSAK, y de los desafíos que comporta llevar a la práctica una propuesta como la suya.

La tesis central del autor es que el principio *error iuris nocet* debe ser definitivamente erradicado de la esfera penal y que en su lugar es preciso adoptar un modelo que conceda a la ignorancia del deber un efecto excluyente o atenuante del castigo. Más aun, postula a este respecto un *principio de simetría* según el cual el error jurídico debería surtir los *mismos* efectos que el error fáctico.

A la luz de lo anterior, podría pensarse que lo que HUSAK plantea es en el fondo una especie de teoría del dolo, vale decir, un esquema en el que la concurrencia de un error sobre el deber conduciría a excluir la imputación a título de dolo y a castigar los hechos correspondientes (o una parte de ellos) a título imprudente. Pero ese no es exactamente el caso. Como veremos enseguida, en materia de concesión de efectos al error sobre el deber su propuesta va más lejos que cualquier otra.

El hilo argumental de la obra se construye a partir de una simple pregunta: ¿cómo se debería tratar a las personas que realizan una infracción penal sin saber que ese hecho se encuentra prohibido? Más precisamente, ¿cómo se compara la severidad de la pena que *merece* una persona que ha infringido a sabiendas las disposiciones penales con la que *merece* un individuo que ha obrado sin saber que su conducta se encontraba prohibida? El objetivo es establecer cómo habría que situar la culpabilidad de este último individuo en relación con la del autor plenamente responsable, y cómo habría de influir ello sobre la respuesta penal.

HUSAK aborda este cuestionamiento asumiendo un punto de vista retributivo sobre la pena y una concepción subjetivista de la responsabilidad penal. A su juicio, las personas solo pueden ser responsabilizadas por actuar de una manera distinta de cómo deberían hacerlo conforme a las razones que ellos mismos puedan reconocer. De este modo, y aun cuando concede que la determinación del conjunto de actos que deben ser estimados como incorrectos puede formularse adoptando un punto de vista objetivo, entiende que la *responsabilidad* por la ejecución de esa clase de conductas debería asentarse necesariamente en la falta de una respuesta adecuada del individuo frente a las razones que él mismo haya identificado y podido incorporar a sus deliberaciones prácticas.

Tomando entonces como punto de partida que la capacidad de ejecutar u omitir una conducta en razón del deber depende tanto del conocimiento de sus caracteres fácticos como del conocimiento del imperativo que recaiga sobre ella, HUSAK llega a la conclusión de que la respuesta del Derecho frente al error fáctico y al jurídico debería ser esencialmente la misma. Si ambas equivocaciones pueden influir de la misma manera sobre las posibilidades de tomar una decisión acertada o incorrecta en un momento dado, lo lógico sería dispensar a quienes incurren en un error sobre el deber el mismo tratamiento que se proporciona a quienes incurren en un error puramente fáctico.

La adopción de ese postulado de simetría conduce a HUSAK a proponer además un esquema de graduación de la responsabilidad dependiente del estado mental del individuo respecto de la prohibición de su conducta, paralelo o equivalente al que existe en relación a los hechos constitutivos de un delito. Así, la máxima responsabilidad por la ejecución de un acto delictivo quedaría reservada para el individuo que obrase con conciencia plena de los hechos y de la reprobación recaída sobre su acto. Menos culpable que él sería en cambio el sujeto que admitiera la existencia de un riesgo significativo de que su conducta fuese contraria a deber pero decidiese llevarla a cabo de todos modos, y menos aun lo sería el individuo que obrase en un estado de mera negligencia a ese respecto.

Sentadas estas premisas, HUSAK se pregunta enseguida cómo habría que materializar sus consecuencias en el Derecho norteamericano. Según señala, el error de Derecho se admite en ese

país básicamente en tres supuestos: cuando el Estado no ha cumplido su obligación de poner la norma respectiva en conocimiento de los ciudadanos (*fair notice*, véase *Model Penal Code* 2.04(3)), cuando el sujeto ha recibido información errónea sobre la prohibición de la conducta de parte de un agente del Estado, y cuando la conciencia de transgredir el deber se considera necesaria para la configuración de la *mens rea* del delito imputado. Concretamente, se pregunta HUSAK si acaso la ignorancia del deber debería operar como un elemento excluyente de la *mens rea* –como lo hace el error de hecho– o si debería más bien constituir una *defensa* por la ejecución de un hecho delictivo, al estilo de la *insanity* o la *duress*.

Entre ambas alternativas, el autor se inclina por esta última solución, principalmente por razones procesales: dado que, por aplicación del principio de inocencia, se estima que el Estado debe probar que el individuo ha obrado con la *mens rea* requerida por el delito que se le impute, postular que la conciencia de infringir un deber habría de operar como un presupuesto de la *mens rea* de todo delito supondría poner sobre los hombros de los persecutores una carga probatoria eventualmente excesiva.

Hay que destacar que el enfoque de HUSAK difiere también considerablemente de la opinión de aquellos autores que, como él, defienden la necesidad de admitir el error de Derecho, pero que solo están dispuestos a conceder eficacia al error *razonable* sobre el deber, es decir, al error del que el individuo no sea responsable. HUSAK coincide con ellos en considerar que a los destinatarios de la ley debería estarles completamente vedada la posibilidad de construirse culpablemente las condiciones de su propia eximición, pero insiste al mismo tiempo en que la mera posibilidad de reconducir su ignorancia a un momento anterior de inobservancia de deberes de información es una base inadecuada para fundamentar su responsabilidad.

Por lo pronto, HUSAK descarta que exista un deber general y autónomo de conocer la ley. Y aun si existiera un deber de esa índole –dice–, este solo podría surgir respecto de los individuos que hubieren sido conscientes del riesgo de que su conducta pudiera llegar a infringir una determinada prohibición; pero entonces, si tal fuere el caso la responsabilidad de estos sujetos podría perfectamente ser afirmada recurriendo a la noción de *recklessness*, y sin necesidad de acudir a la infracción de un deber distinto de aquel por cuyo quebrantamiento se les intenta responsabilizar. En los demás supuestos, continúa argumentando, recurrir a la supuesta infracción de un deber de cuya existencia el infractor no ha sido consciente carece de sentido. Si han faltado las condiciones para infringir un deber X, es inútil e ilógico echar mano a un deber distinto, cuya infracción, por lo demás, tendría que haber ocurrido paradójicamente en las mismas circunstancias que hacen imposible afirmar la violación de X.

Lo que plantea HUSAK en esta materia es una consecuencia directa de su concepción sobre los fundamentos de la responsabilidad penal. En su concepto, los únicos sujetos que deberían responder por la ejecución de un delito son los individuos que hubieren obrado a sabiendas de infringir un deber o los que hubieren actuado con conciencia de crear un riesgo importante de infringirlo; con toda la pena prevista para el hecho, en el primer caso, y con una sanción menor, en el segundo. De hecho, tal es el peso que HUSAK asigna a la ignorancia del deber sobre la responsabilidad del agente, que termina abogando por que no se impongan sanciones penales a

quienes hubieren cometido un delito en un estado mental equivalente a la mera negligencia en relación con el quebrantamiento del deber.

Por lejos, sin embargo, el aspecto más llamativo de la propuesta de HUSAK es, como él mismo admite, su opinión en el sentido de que lo que verdaderamente interesaría para la justificación del castigo no sería el conocimiento de la ilegalidad de la conducta sino el conocimiento de la incorrección moral del acto. Lo que el individuo tendría que saber es que su conducta es indebida desde el punto de vista moral, y no otra cosa.

HUSAK sostiene esto porque considera de partida que la mera existencia de una disposición legal no es suficiente para fundamentar una obligación moral de acatarla. Él no niega que la ley tenga una dimensión de autoridad, pero disiente de aquellos que estiman que las normas del Estado constituyen *per se* una razón perentoria para actuar de cierto modo *con independencia de su contenido*. “*An act is not wrongful simply because it tokens a type that is wrongful when performed by others, even if these others comprise a statistical majority*” (p. 239).

Además, a su juicio la preocupación central en esta materia debería consistir en defender al inocente frente a una condena injusta, y según sostiene, el individuo que sabe que su conducta es reprochable no puede contar como tal. Por consiguiente, si un sujeto obrara creyendo erradamente que su conducta no se encuentra prohibida, pero con conciencia de las razones que la hacen moralmente inadmisibles, no podría invocar un error de prohibición y, conforme al modelo planteado por HUSAK, sería plenamente responsable del hecho ejecutado.

Como se puede apreciar, son muchos los aspectos que habría que comentar de la tesis de HUSAK. Vaya por delante el reconocimiento de que se trata de un texto de gran importancia, no solo en consideración al entorno al que va dirigido, sino también a los ojos del lector foráneo. Lo que lo hace singular es que, utilizando una perspectiva de análisis muy distinta de la de la dogmática, plantea básicamente los mismos problemas que han llevado a postular las soluciones que actualmente gozan de aceptación en Europa y otros países, y lo hace de un modo que invita a pensar esos problemas desde cero.

Por lo demás, sería evidentemente ingenuo creer que el tema del tratamiento que ha de dispensarse al agente en función de los distintos estados mentales en que este pueda encontrarse en relación con el carácter ilícito de su hecho es un asunto cerrado. Baste pensar en las posturas surgidas en el último tiempo que proponen retornar a un *dolus malus*, es decir, que defienden la idea de que el error vencible sobre la ilicitud debe excluir siempre la imputación a título de dolo y no solo en ciertos casos.

Más aun –y es interesante constatarlo– la base de esas propuestas es la misma que esgrime HUSAK. El razonamiento es simple: si para seguir una norma es necesario identificar los hechos relevantes y conocer el mandato o la prohibición correspondiente, entonces tanto la concurrencia como la falta de cualquiera de esos conocimientos debería pesar por igual sobre la procedencia y la medida del castigo.

Como he expuesto en otro lugar, no comparto este punto de vista. Pienso que esa equivalencia entre error sobre los hechos y error sobre el deber es en efecto la conclusión a la que ineludiblemente hay que llegar si se caracteriza al dolo como un presupuesto necesario para el surgimiento del deber o para el seguimiento de la norma en la prospectiva. Pero allí radica el equívoco. El dolo a mi modo de ver es un concepto que pertenece al ámbito de la norma de sanción, y que cualifica o especifica desde el punto de vista subjetivo la clase de acto realizado; no es una condición del seguimiento o de la infracción de la norma de comportamiento. Esto puede parecer un detalle insignificante, pero tiene mucha más importancia de la que parece desde el punto de vista de la comprensión teórica de la valoración del error.

En estrecha conexión con lo que se acaba de mencionar, uno de los aspectos que se echan de menos en la obra de HUSAK es precisamente una distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, y una distinción más clara entre injusto y culpabilidad. Su análisis se ciñe en general a la forma como en filosofía moral se tratan los problemas de responsabilidad. Lo que hace básicamente es preguntarse qué se necesita para adaptar la propia conducta a un determinado imperativo, y a partir de allí extraer las consecuencias que habría de tener el error sobre el castigo. Esa estrategia, sin embargo, puede ser insuficiente para discernir los efectos del error en un sistema de normas de sanción.

Esa carencia se hace sentir por ejemplo cuando HUSAK se refiere a la paradoja que a su juicio se presenta cuando se admite que la ignorancia de la prohibición pueda excluir la responsabilidad del sujeto. Esa paradoja según él es la siguiente: si la ignorancia de un deber impide su quebrantamiento, quiere decir que la creencia de un individuo de estar obrando correctamente se revelaría en último término verdadera, con lo que a fin de cuentas habría que preguntarse cuál sería su error.

A mi modo de ver, aquí se hace evidente la necesidad de distinguir entre dos sentidos del término infringir: como ejecución de un acto contrario a la norma de conducta y como falta de observancia del imperativo que ella expresa. Hecha la distinción, la paradoja desaparece. La creencia del individuo de estar obrando correctamente no hace correcto su acto, ni mucho menos valida su creencia al respecto. Su creencia es equivocada porque el acto pertenece al conjunto de las acciones que la norma pretende evitar, y que un ciudadano convenientemente informado y capacitado en general para su observancia habría debido omitir.

Independientemente de todo eso, la tesis de HUSAK destaca también porque, siguiendo la línea de su pensamiento, llega a conclusiones mucho más favorables para el imputado que las que establece la teoría de la culpabilidad e incluso la teoría del dolo.

HUSAK sostiene que si un individuo actúa, digamos, con imprudencia grave (*recklessness*) en relación con la ilicitud de la conducta, debe recibir una pena menor que el individuo que obra con plena conciencia del carácter reprobado de su acto. Esto no es así en el Derecho continental, pues en ese contexto la imprudencia consciente de vulneración del deber sería valorada como un conocimiento eventual de la antijuridicidad y, por lo tanto, como un supuesto de *ausencia* de error que no daría lugar a ninguna clase de disminución de pena. Es posible que HUSAK tenga razón en

esto y que haya que repensar los términos y los fundamentos de la llamada conciencia eventual de la ilicitud.

El segundo aspecto en el que HUSAK va más lejos que los demás autores es en lo tocante a la negligencia. Él sostiene que quien actúa despreciando un riesgo significativo de que su conducta pueda ser ilícita debe responder de su hecho con una pena menor que la del autor plenamente responsable, pero que en cambio quien obra solo en forma negligente, es decir, advirtiendo la existencia de un riesgo menor de que su conducta sea ilícita y eventualmente descartándolo, no debería ser castigado, pues le parece que dicho estado mental es insuficiente para fundamentar la imposición de una pena.

Esto implica concederle a buena parte de los errores vencibles de prohibición el carácter de una eximente. Nadie más sostiene eso. Nótese además que al plantear esto HUSAK está pensando en el individuo que *advierte* la existencia de un riesgo relativamente menor de que su conducta pueda ser ilícita, y no en el individuo que ni siquiera llega a darse cuenta de ello, y que conforme a su propuesta tendría que ser absuelto. A mi modo de ver, este aspecto de su doctrina refleja una cierta inconsistencia. Él nos ha dicho que el error fáctico y el jurídico deben tener los mismos efectos, y ha postulado la adopción de un principio de simetría entre ambas clases de error. Sin embargo, él mismo se aparta en no poca medida de ese predicamento. Primero lo hace al sostener –con confesadas dudas– que el error jurídico debe operar como una mera defensa y no como una circunstancia excluyente de la *mens rea*. Y lo vuelve a hacer, solo que de un modo mucho más significativo, cuando descarta la posibilidad de castigar a un individuo que incurre en un error de prohibición por mera negligencia. Esto es relevante porque si en el plano fáctico la ley castiga la negligencia incluso cuando es inconsciente, no se ve por qué no debería ocurrir lo mismo en el ámbito de la conciencia de la ilicitud. Esta disparidad queda huérfana de explicación.

Por supuesto, HUSAK podría responder que él no está haciendo dogmática penal sino filosofía moral, y que en todo caso su tema no es la imprudencia ni el castigo del error fáctico. Pero también es verdad que su posición en esta materia es consecuencia directa de la posición que adopta sobre los fundamentos y límites de la responsabilidad penal. Y si de acuerdo con dicha posición no sería admisible que un individuo tuviera que responder de una infracción de la que por cualquier motivo no ha llegado a ser consciente, probablemente lo que habría que pensar es que su planteamiento general sobre la responsabilidad no es suficiente para dar cuenta de la clase de valoraciones que son relevantes en el ámbito penal. Después de todo, tampoco es claro que desde un punto de moral un individuo no pueda ser responsabilizado de lo que ha dejado de advertir por mera desatención o desinterés.

Finalmente, no cabe ninguna duda de que el aspecto más peliagudo de la tesis de HUSAK es su defensa de la idea de que lo que verdaderamente importa para la adscripción de responsabilidad penal es la conciencia que el individuo pueda tener de la inmoralidad de la conducta y no de su mera prohibición legal. HUSAK mismo explica que el desarrollo completo de esa tesis rebasa los límites de su trabajo, por lo que está fuera de lugar hacer comentario detallado al respecto. Pero de todas formas llama la atención que desestime la significación ética de la adopción de acuerdos a

través de los mecanismos de participación que establecen las democracias representativas, o lo que otros autores de su misma esfera cultural designan con el nombre de “deberes asociativos”.

Este es el aspecto menos asimilable de su propuesta y el más difícil de llevar a la práctica aun si se estuviera de acuerdo con su planteamiento, pues suscita toda clase de dificultades. Extremando un poco las cosas, un individuo que fuere informado erróneamente por las autoridades de su país de que una conducta no se encuentra prohibida, pero que de todos modos fuera consciente de las razones morales que obligarían a abstenerse de ella, no podría, según HUSAK, invocar un error de prohibición, a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina imperantes en los Estados Unidos sí admiten esa posibilidad. Y ello porque, aun cuando en este caso no se habría cumplido la exigencia de *fair notice*, el individuo no sería inocente en el sentido que HUSAK considera relevante. Quizás para este supuesto se podría establecer una excepción, pero si así se hiciera no cabe duda de que la tesis de HUSAK acerca de que lo verdaderamente importante en esta materia es la inocencia moral del imputado se vería debilitada.

Además, HUSAK es poco claro cuando se refiere a la situación inversa, la del desconocimiento de la inmoralidad de una conducta con conocimiento de su ilegalidad. Según él, el individuo podría seguir siendo inocente si tuviese razones para considerar justificado el acto en términos morales. Que esto es problemático –por mucho que HUSAK esté con toda razón tratando de luchar contra el fenómeno de la sobrecriminalización– me parece obvio, y él mismo se ve forzado en cierta forma a admitirlo cuando sostiene como alternativa que en tal situación el sujeto tendría que ser estimado *menos* culpable que si fuere consciente de las razones morales existentes contra el acto.

Termino con un comentario sobre el estilo de la obra. Ya he dicho que para el lector formado en la dogmática europea su lectura puede resultar sumamente enriquecedora, pues se trata de un estudio muy interesante sobre los fundamentos de la responsabilidad penal y sobre las repercusiones que de ella se siguen para el tratamiento del error y en general de los distintos estados mentales en que un individuo pueda encontrarse en relación con la prohibición de una conducta. Pero aparte de esto, cabe destacar también el tono y la manera como el autor desarrolla su pensamiento. HUSAK no presume de tener la última respuesta para todo. Al contrario, tiene el cuidado de situar sus opiniones en un contexto de discusión más amplio y de llamar la atención sobre que la suya es tan solo una entre muchas otras tesis existentes sobre una misma materia. Pero además, cuando toma postura, no oculta tampoco las dudas que le asaltan, como cuando expresa por ejemplo sus titubeos acerca de si conceder o no a la ignorancia de la ley un efecto excluyente de la *mens rea*, o en cuanto a si alojar la carga de la prueba sobre la conciencia de la ilicitud en la fiscalía o la defensa. Incluso propone que la implementación de algunas de sus ideas se haga gradualmente para testear los efectos concretos que puedan tener sobre el sistema de administración de justicia. Ese estilo de reflexión abierta y desprotegida hace especialmente agradable la lectura e invita a pensar desde la mirada del autor. En suma, HUSAK nos presenta aquí una obra importante sobre un tema que es también de la mayor relevancia, y de la que se aprende, entre otras cosas, que en el fondo no es mucho lo que tenemos claro acerca de los fundamentos éticos de nuestra práctica punitiva.

Recensión a Michael PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal* (trad. de Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila), Atelier, Barcelona, 2019 (102 págs.) (= Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, 106 págs.)

Jesús-María Silva Sánchez
Universitat Pompeu Fabra

Han transcurrido solo unos pocos meses desde que apareciera en *InDret* la recensión del libro de Michael PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017 (a cargo de MAÑALICH, *InDret*, (2), 2019, ExLibris, pp. 25 ss.). Ahora damos cuenta de la publicación de su versión española, cuya elaboración ha corrido a cargo de los profesores ROBLES, PASTOR y COCA. Ello no pretende solo celebrar la iniciativa, alabando el esfuerzo invertido en un libro bello y difícil, así como el éxito alcanzado. Tampoco, subrayar la loable empresa de editar el libro simultáneamente en Bogotá y en Barcelona. Además de todo ello, se trata también de mostrar algunas dimensiones de lectura adicionales a las subrayadas en la muy ilustrada recensión de Juan Pablo MAÑALICH al original alemán.

Un eventual lector se planteará, para empezar, qué tienen que ver entre sí las dos partes del título del libro. El sentido de la primera ha adquirido ya una cierta carta de naturaleza en Derecho penal. Sabemos que un importante sector de la doctrina entiende que el sentido del actuar punitivo es precisamente confirmar la norma desestabilizada por el actuar delictivo. Pero poco o nada sabemos –la mayoría (por lo que sé, la primera vez que se alude a ello es PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA*, 2014, pp. 369 ss., 370-371; en general, en ese artículo aparecen ya prefiguradas algunas de las ideas del libro objeto de esta recensión)– del segundo: ¿qué es el “equilibrio en la identidad” (HENRICH)? Como PAWLIK se empeña en exponer a partir de la página 81, este describe el polo opuesto a la disociación, a la ruptura antropológica. En efecto, la ruptura interior constituye el riesgo que la creciente fragmentación de los roles –la diversidad de “tarjetas de visita” (DESCOMBES)– entraña para la integridad personal de cada ser humano. Así que equilibrio en la identidad significa, ni más ni menos, unidad de vida (p. 83). Esta, por su parte, constituye tanto una autoexigencia normativa como una necesidad psíquica. Por eso debe constituir el horizonte de las acciones de cualquier agente, sea cual sea el contexto en el que obre en cada momento. Pero ¿qué tiene esto que ver con la confirmación de la norma? Se reconocerá que la cosa tiene algo de misterio...

Como dice PAWLIK en la introducción a la traducción española de su libro, este versa sobre “el actuar en sus distintas formas de aparición, como actuar cotidiano, actuar criminal, actuar punitivo y actuar argumentativo” (p. 9). ¿Y qué es actuar? Lo propio de la acción como fenómeno humano es que en ella nos distanciamos de nuestros impulsos y ejercemos la libertad de voluntad con base en razones. La libertad de voluntad, por su parte, no es un hecho biológico, sino el producto de una atribución cultural, cuyos presupuestos pueden graduarse en función de los distintos contextos de acción (escuela, sociedad, etc.). Ahora bien, en todo caso, a quien se le atribuye libertad de voluntad se le garantiza asimismo libertad de acción, haciéndole responsable reactivamente (p. 18).

La acción libre es comunicación, toma de posición. Ciertamente, toda acción comunica y, al hacerlo, se convierte en objeto de valoración, tanto ajena como propia, desde la perspectiva de los correspondientes sistemas de normas. La valoración propia de cada acción que realizamos tiene lugar básicamente desde la perspectiva de esa necesidad de coherencia e integración personal a la que hacíamos referencia al comentar la noción de “balance en la identidad”. La valoración ajena, en cambio, pone de relieve la dimensión esencial de la acción como fenómeno social (pp. 15 ss.). En esta medida, las acciones, que por un lado son expresiones de personalidad, son también “textos” abiertos a la atribución social de sentido (p. 16). Su sentido viene dado por la praxis social (pp. 24-25), para la que lo decisivo no es la finalidad subjetiva, sino la “intención objetiva”. Solo podemos describir –atribuirles sentido– a las acciones a partir del concreto esquema de valoración propio de cada específica praxis social. Así, la conclusión es que no existe “el” sentido de la acción: hay tantos sentidos, tantas acciones diversas “como atribuciones de sentido se puedan realizar”.

Se “puedan” realizar... el verbo principal debe resaltarse. Quizá proceda subrayar ya en este momento que PAWLIK sostiene un realismo que califica de “reflexivo” (p. 28). Para esta perspectiva, en primer lugar, la realidad existe, aunque su propiedad no sea el ser determinada sino el ser determinable. En segundo lugar, la realidad no es dependiente de nuestro lenguaje, sino que lo supera (“El mundo es siempre más rico que nuestros discursos sobre él”). En tercer lugar, la realidad se nos resiste. Esa resistencia condiciona nuestras interpretaciones hasta el punto de que “las interpretaciones que producimos son «coproducciones» entre nosotros y el mundo”. PAWLIK, por tanto, rechaza el constructivismo radical (“constructivismo ontológicamente apátrida”) que se pierde en el “laberinto de las atribuciones” y “en la autorreferencialidad”. Pero defiende solo la ontología (y la epistemología) holista de HEGEL –y de sus intérpretes actuales–. En particular, afirma sostener la “ontología de los campos de sentido adecuados a la acción”, que a su juicio es compatible con la tesis fundamental del normativismo: a saber, el carácter genuinamente social de las categorías jurídico-penales de atribución de sentido (p. 31). La ontología de los campos de sentido (indefinidamente numerosos) en cuyo seno existen (o no) los objetos la toma PAWLIK del filósofo Markus GABRIEL. Según esta misma perspectiva, a un objeto le pueden corresponder tantas descripciones verdaderas cuantos sean los campos de sentido en los que aparezca.

Por mi parte creo que, pese al pluralismo epistemológico que se deriva de lo anterior, hay algo que lo limita. En efecto, las consideraciones referidas son válidas tanto para el mundo en tanto que totalidad, como para las acciones humanas y, según luego se verá, también para los textos legales. Las tres son “realidades” con las que interactuamos mediante un número indeterminado de praxis comunitarias. Pero, admitido esto, ni al mundo, ni a un obrar humano (aunque a este PAWLIK le llame “acontecer opaco”: p. 29), ni a un texto se les puede atribuir cualquier sentido, sino solo aquel que puede resultar de la “coproducción” entre la realidad y la praxis social correspondiente. Es decir: no todo es praxis. La praxis tiene lugar sobre algo: aquello de lo que hablamos, de modo que no se puede decir cualquier cosa. Cabe “verdad” y “falsedad” o, por decirlo más moderadamente, más y menos verdad (adecuación a la cosa) en las descripciones/interpretaciones. Todo esto, ciertamente, no lo dice PAWLIK. A mi entender, sí se puede derivar de sus premisas.

Para la praxis del Derecho penal, la acción es una toma de posición con respecto a las obligaciones jurídico-penales del agente (pp. 31-37). Así, el común de nuestras acciones cotidianas puede

interpretarse como una toma de posición a favor de las normas, en la medida en que realmente refleje nuestra disposición a cumplirlas. Esto es especialmente importante. Para que el Derecho penal pueda configurarse como un orden de libertad, y no se dé un sistema de vigilancia total, es imprescindible que la mayoría de los ciudadanos cumpla libremente las leyes (p. 45). Las razones internas para hacerlo pueden ser diversas, puesto que el Estado solo exige el “patriotismo” de cumplirlas. Pero, en todo caso, ese cumplimiento cotidiano se halla al mismo nivel que la propia legislación y la jurisprudencia, reflejando, confirmando y reforzando la vigencia de las leyes (p. 47).

En cambio, el injusto penalmente relevante es una contra-norma, la realización de un programa normativo contrario al ordenamiento jurídico. Aunque no se dé el caso del delincuente político – que niega la norma como norma– el delincuente común como mínimo se arroga una permisón de cosificar a la víctima en el caso concreto. Ello no es la mera desobediencia de un súbdito. Además, es el injusto de un ciudadano, que refleja la infracción de su deber de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades (esta es una tesis central del modelo jurídico-penal de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012; *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016). En efecto, lo que legitima el orden jurídico es que este se halla al servicio de un orden de libertad como autodeterminación, en el que el “dominador” y el “dominado” son idénticos. Ello se da en virtud de acuerdos procedimentales que, en la actualidad, se manifiestan básicamente en la democracia representativa y en su desarrollo participativo (p. 51).

Aquí se abre, sin embargo, un espacio para la respetuosa divergencia. Para PAWLIK la única legitimación del sistema del Derecho penal proviene de la democracia, una democracia que considera minusvalorada en la formulación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (lo más próximos posible a la personalidad) y otros elaborados por los “reyes filósofos de la teoría del Derecho penal” (GÄRDITZ), a partir del complejo de superioridad que estos padecen. En efecto, a juicio de PAWLIK las “aspiraciones políticas” de los ciudadanos pueden protegerse penalmente aunque estas no constituyan bienes jurídicos. Lo importante es tener presente que la legislación ya se halla limitada por la Constitución y que “el espacio de libertad concedido por la Constitución al legislador penal no es un mal inevitable, sino una expresión genuina y valiosa de libertad ciudadana” (p. 52). Ciertamente. Sin embargo, la pregunta más importante reza: la libertad que la Constitución confiere al legislador ¿es también una libertad con respecto a la racionalidad punitiva? ¿Está prohibido en democracia elaborar teorías acerca de la razón (práctica) punitiva, que permitan distinguir entre leyes penales democráticas mejores y peores? Ciertamente, aquí nos salimos del tema de la democracia para tratar el de la razón práctica. Y es verdad que para PAWLIK la misión de la filosofía práctica (y también de una teoría del delito orientada a la filosofía) es “sintetizar las estructuras de convicción preexistentes, no reinventarlas” (PAWLIK, *GA*, 2014, p. 386, lo que sería expresión de una actitud anti-elistista, ya manifestada en Kant). Como ya indicara antes (*GA*, 2014, p. 387), reitera PAWLIK también aquí que los filósofos, si bien disponen de un instrumental metódico más sutil que el de los legos, no pueden reclamar para sí un discernimiento moral más profundo. El tema, por tanto, ya no es solo de democracia política, sino del método de acceso al conocimiento práctico. Aquí aparece, creo, un PAWLIK que pretende mostrarse relativista, a fuer de kantiano. Pero sigamos adelante:

¿Es elitista ejercer la libertad de expresión y la libertad de cátedra para intentar influir sobre el debate público y, en particular, en el debate legislativo en materia de Derecho penal? ¿Es irracional criticar la legislación y proponer criterios para una aplicación de las leyes lo menos lesiva posible de las libertades públicas? Conviene no olvidar el enorme *self-restraint* que practican los tribunales constitucionales de nuestro entorno. Tampoco debe dejarse de lado el hecho de que ilustres iuspublicistas alemanes abonan que este *self-restraint*, en materia de Derecho penal, sea llevado hasta el límite con el fin de posibilitar una legislación penal verdaderamente democrática (léase “democraticista”). La pretensión de los pobres (no reyes) “filósofos” de la teoría del Derecho penal es solo introducir un poco de sensatez frente a la soberanía real de los reyes populistas. En otras palabras, abrir debates públicos y apuntar hacia los puntos sobre los que debería versar el intercambio de argumentos. Volvamos ahora, pues, a la pregunta sobre la racionalidad práctica. A mi juicio, PAWLIK elude dar una respuesta sustantiva a la pregunta esencial: ¿por qué la libertad de la mayoría de prohibir penalmente algo tendría que prevalecer siempre frente a la libertad de todos de hacer ese algo, cuando esta última libertad de obrar no se asocie a un derecho fundamental reconocido por el Tribunal Constitucional? Aparentemente, en un Estado de libertades la libertad de obrar debería ostentar cierta primacía frente a la libertad de prohibir. No parece que pueda afirmarse como lema: toda acción que no constituye el ejercicio de un derecho fundamental puede prohibirse penalmente si la mayoría así lo quiere. Como mínimo, la libertad de prohibir penalmente una acción debería argüir en su favor razones adicionales al puro principio mayoritario con las que la posición minoritaria no contara. Esto es lo que pretende cualquier teoría material de la incriminación. Y lo mismo vale para cualquier teoría racional de cualquier cosa. Negar esto parece, precisamente, “dominación”. Ante una convicción poco o nada racional, por muy extendida que esté, solo queda decir que lo es. Más suavemente: plantear la discusión sobre si lo es con base en argumentos.

El PAWLIK que hace las manifestaciones relativistas reseñadas, “democraticista” pero no liberal, tampoco muestra aquí –en mi opinión– el republicanismo al que alude luego como referencia (pp. 52-54). Ahora bien, lo peor de todo quizá sea que ello tampoco le sirve para ganar puntos como “anti-elitista” y “anti-expertócrata”, que parece ser lo que se lleva últimamente en Alemania. Pero esto lo veremos luego...

En el centro del libro se halla la consideración de la acción punitiva como praxis social, una parte seguramente más conocida por quienes hayan ido siguiendo al PAWLIK de los últimos años. El castigo es un acto comunicativo. Mediante él los tribunales acaban haciendo lo mismo que el ciudadano fiel. Interpreto: si este se niega a sí mismo una posibilidad de acción, lo que hacen los tribunales es negar la realidad representada por el actuar que eligió el delincuente. Expresan, pues, el poder del Derecho del Estado, igual que lo expresa el ciudadano fiel al tomar el Derecho libremente –no coactivamente– como pauta de su conducta (p. 63). En el delincuente, por tanto, el deber primario (infringido) de cumplir el Derecho se transforma coactivamente en un deber secundario de tolerar la pena. Es decir, en que el Derecho se confirme a su costa. Cuál debe ser el significado de “a su costa” (el contenido de la pena) es una cuestión de credibilidad social, lo que, a su vez, depende de la configuración cultural de cada sociedad y del nivel de seguridad que esta haya alcanzado. En todo caso se trata de que mediante la pena se rechace inequívocamente el delito.

Así se alcanza el interesante epígrafe en el que PAWLIK expone su visión –que comparto– acerca de la aplicación judicial de las leyes y de la intervención en esta de la actividad dogmática (pp. 67 ss.). Especialmente interesante resulta su amplia convergencia con las tesis de Friedrich MÜLLER y su escuela, a las que por mi parte he dedicado hace poco un breve comentario (al hilo de escribir el prólogo a una colectánea de artículos de Hans KUDLICH: SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo» al libro de KUDLICH, *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal*, 2018, pp. 15-17, con referencias). PAWLIK reitera aquí, como va haciendo a lo largo de todo el libro, la insostenibilidad práctica del positivismo jurídico, ya anunciada en la página 10. De conformidad con ello, la interpretación jurídica es, para PAWLIK, ineludiblemente creativa (p. 68). Los significados de los textos legales no son un tesoro: no son algo que venga dado y se descubra, sino que son el resultado de una praxis de acción colectiva. Las reglas de interpretación no solo nos vienen previamente dadas, sino que también se ponen en nuestras manos. Esto significa que la repetición y la recreación van también indisolublemente vinculadas. Así, el hecho de que el texto venga dado (existe: recuérdese lo dicho sobre la resistencia de la cosa) no determina plenamente su significado a la hora de su aplicación al caso. El texto es sencillamente un punto de partida y de imputación de la solución. Al final, pues, lo que se confirma mediante el castigo no es el texto legal, sino su desarrollo conforme a ciertos estándares metodológicos. Es decir: una “compleja cultura de fundamentación” (p. 71). También aquí debe hablarse de que los significados se producen a partir de la aplicación de esquemas de valoración. Son muy interesantes las consideraciones que efectúa PAWLIK acerca de la relación entre las aportaciones de cada autor y la evolución de la comunidad dogmática, como expresión de una dialéctica de continuidad y cambio (pp. 71 ss.). Y, asimismo, su posición sobre la articulación de legislación, jurisprudencia y ciencia del Derecho como vía de conseguir la mayor razón jurídica posible (pp. 78-79), una razón colectiva.

Sobre estas bases, el autor del Derecho penal es la “comunidad de expertos profesionales del Derecho penal en su conjunto” (p. 75). Léase bien: los “expertos profesionales”. ¡Y además entre ellos se hallan los reyes filósofos (es decir, los penalistas académicos)! Resulta llamativo que aquí, en la aplicación de las leyes, PAWLIK subraye aquello que rechaza cuando se refiere a la legislación (y luego, en general, en p. 93). Naturalmente, ello puede explicarse señalando que hay que distinguir entre los enunciados que formulan los penalistas. Unos serían expresión de un “elitismo” legítimo (los dogmáticos e interpretativos) y otros, en cambio, no (los que se refieren a lo que debe ser tipificado, las reglas legales de imputación, etcétera). Sin embargo, si lo que confirma el castigo no es el texto, sino su desarrollo mediante una “compleja cultura de fundamentación” cuyo autor es la comunidad de expertos profesionales, entonces...lo confirmado es lo que dicen las élites, es decir, nos hallamos, precisamente aquí, ante una expertocracia. Parece, entonces, que lo coherente para reducir el elitismo sería que PAWLIK abogara por un sistema de jurado puro (por cierto, nada dice sobre el jurado mixto alemán) en el que la cultura compleja de fundamentación de la comunidad de expertos profesionales se “popularizara”. La pretendida democratización del Derecho penal y la autorrestricción de la razón práctica no parece que deban conducir a otra cosa que a eso. ¿Y tal popularización conduciría a ese mayor respeto por la ley que positivistas y analíticos echan en falta en la dogmática tradicional? Permítaseme dudarle y, de paso, pensar que PAWLIK también lo duda.

Los últimos epígrafes del libro se ocupan del equilibrio en la identidad, una parte estrictamente filosófica en la que PAWLIK desarrolla lo que puede considerarse una antropología del jurista dedicado al Derecho penal. El punto de partida es la tensión entre la fragmentación de roles propia de nuestro tiempo y las exigencias de coherencia personal, propias del ser humano de cualquier tiempo, siempre que piense. Es entonces responsabilidad de cada uno el desarrollo de la propia vida con un sentido que trascienda a los diversos roles que le toca desempeñar en sociedad (p. 81). La alternativa es el fracaso personal. En este marco no se trata de tomar una decisión de una vez por todas –algo, a todas luces, imposible– sino de asumir que en cada acción que realizamos “nos” elegimos (p. 85). Es decir, manifestamos quién queremos ser. Ello se da siempre, pero adopta ciertas peculiaridades cuando de uno u otro modo se participa en la administración de justicia penal, lo que también concierne a la ciencia académica del Derecho penal (pp. 81, 88-89). Surge en este caso una especial responsabilidad (ya PAWLIK, GA, 2014, p. 372) que, además, completa el holismo ontológico de PAWLIK con lo que este denomina holismo “existencial” y holismo de los “deberes” (literalmente, de “teoría de los deberes”). Se trata, en definitiva, de ordenar jerárquicamente las propias razones para la acción, colocando en primer lugar aquellas que trascienden el ejercicio de un rol determinado.

A mi juicio, estas páginas empiezan a desentrañar el misterio del título del libro. El actuar punitivo del juez (la confirmación de la norma, en nombre de la sociedad) no deja de ser, a la vez, un actuar moral, político y existencial del propio juez como agente (en el que debe salvaguardar también su personal equilibrio en la identidad). El juez que confirma la norma mediante el castigo no lo hace, no lo debe hacer, no lo puede hacer, prescindiendo de quién es y de quién quiere ser. Y lo mismo vale para el penalista teórico que da al juez instrumentos para la confirmación de la norma. Siguiendo a DWORKIN, PAWLIK introduce aquí (pp. 89 ss.) el concepto clásico de la “vida lograda”, entera (“vida íntegra”, en la traducción), como objetivo (y como “proto-deber”) de todos. Su contenido: La respuesta que dan mis acciones a la pregunta de quién quiero ser solo muestra un verdadero respeto a mí mismo cuando lo que aparece es “bueno y razonable”. En definitiva, cada uno está obligado frente a sí mismo a ser el que debe ser (lo que conlleva actuar cómo considera que es bueno y razonable actuar).

Esta es una tesis tan simple como fuerte, para la vida y para el ejercicio profesional. Por regla general, cualquier profesional decente la aceptará, aunque debe tenerse presente que una de sus manifestaciones límite, ante la imposibilidad de lograr el “equilibrio en la identidad”, es la objeción de conciencia. Pero en la actuación de los profesionales del Derecho penal, en particular en la del juez, muestra aristas. ¿No conduce acaso a la moralización y a la politización del ejercicio del Derecho penal, a la pérdida de imparcialidad del juez? PAWLIK afirma no pretenderlo. De repente, cita las fuentes más conspicuas sobre la “disciplina moral y auto-negación” del juez (Max WEBER, antes; Christoph MÖLLERS, ahora). Señala que comparte la necesidad de inmunizarlo, mediante estructuras de organización y reglas de procedimiento, frente a “cuestionamientos filosóficos planteados en términos excesivamente fundamentales” (p. 90). Indica que cuestiona únicamente el “positivismo ingenuo”. Ya saben, el de la boca que pronuncia las palabras de la ley...

Lo cierto es que hay algo más que eso. La exposición de PAWLIK permite entender, desde luego, por qué los penalistas nos pasamos la vida discutiendo sobre el ser y el deber ser del Derecho penal.

Nos guste o no, nuestra profesión nos interpela en términos existenciales (morales, políticos, emocionales), mucho más que a los colegas mercantilistas o a los tributaristas las suyas respectivas. Asimismo pone de relieve que, aunque quizá no siempre a diario, también el juez de lo penal se ve interpelado. Lo que queda es, pues, la constatación de la existencia de una tensión vital que solo el cínico puede negar, pero a la que ni siquiera él puede escapar.

El libro de PAWLIK, precioso en su alemán original y muy acertadamente traducido, plantea problemas de filosofía y de teoría del Derecho penal. Pero al final rezuma también antropología. Una lectura del libro –pausada, casi meditativa, reflexionando sobre las palabras y las frases– es altísimamente recomendable a todo aquel que tenga una preocupación no solo técnica por el Derecho penal. Resulta especialmente interesante que PAWLIK deje el escenario final de su libro parcialmente abierto, como quedó también abierto el final de su trabajo acerca la relación entre filosofía y dogmática (en las bellísimas pp. 388 y 389 de PAWLIK, GA, 2014). Nuestras acciones –todas ellas– llevan, en términos individuales y comunitarios, la seña de la provisionalidad. Ello es un reflejo de la apertura –y la finitud– de nuestra vida, que pensamos y hacemos día a día. Podemos luchar por hacerlo lo mejor posible, pero no podemos descartar el error. Por eso toca ser, intelectual y personalmente, humilde. También eso se puede aprender de este pequeño gran libro.