

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Juan Miguel Abel Souto, *La suspensión de la ejecución de la pena, tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 (170 págs.), por Jerónimo García San Martín.

Recensión a Gustavo Beade, *Suerte moral, castigo y comunidad*, Marcial Pons, Madrid..., 2017 (180 págs.), por Leandro A. Dias.

Recensión a Miguel Ángel Cano Paños, *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso 'Jakob von Metzler' y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Madrid, 2017 (549 págs.), por Javier Wilenmann.

Recensión a Eva María Souto García, *Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (237 págs.), por Pablo Sánchez-Ostiz.

Réplicas

Réplica a la Recensión de Cruz Palmera, Roberto, a *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2016 (*InDret* 4/2017), por Víctor Gómez Martín.

Recensiones

Recensión a Miguel ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena, tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 (170 págs.)

Jerónimo García San Martín

Universidad Pablo de Olavide

Nos ofrece ABEL SOUTO esta obra, intitulada “La suspensión de la ejecución de la pena”, adaptada a la aún reciente, angosta y profusa reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, que ha venido a representar una sustancial afectación del régimen de las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, tratando con ella el legislador de reunificar en un solo instituto las diferentes modalidades de suspensión de la ejecución y sustitución de las penas; el resultado de tal propósito y en lo que respecta a la llamada suspensión ordinaria y a la suspensión excepcional del apartado 3 del artículo 80 del Código Penal, constituye el objeto de esta monografía.

Advierte ABEL SOUTO en los prolegómenos de esta obra, el cuanto menos paradigmático contraste entre las elevadas tasas de población reclusa y los bajos índices de delincuencia en España, en comparación con los Estados de nuestro entorno.

En el Capítulo III, profundiza el autor en los modelos tradicionales sobre los que se asientan los institutos alternativos al cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración, *probation* y *sursis*, denotándose de su lectura el cualificado conocimiento de los sistemas de derecho comparado, esbozando y desmenuzando las características que definen a uno y otro modelo, y denunciando las disfunciones de un instituto de la suspensión de la ejecución de la pena que comienza a gravitar entre ambos modelos, con presupuestos y singularidades en ocasiones incompatibles.

Refiere el autor (p. 30) a la novedosa posibilidad de decidir sobre la suspensión en la sentencia condenatoria, antes de que sea firme; posibilidad que, asimismo se erige en preferente respecto a la posibilidad de decidir sobre la suspensión de la ejecución en Auto aparte y tras la firmeza de la sentencia, que deviene en excepcional. Quien ahora suscribe no esconde sus reservas sobre tal preferente posibilidad, y no solo por cuanto se resuelve sobre la concesión o denegación de un beneficio sobre la base de unos presupuestos cuya concurrencia es provisoria, como lo es la propia Sentencia donde se resuelve el instituto, susceptible de ser recurrida a salvo los supuestos de conformidad, y por ende de ser revocada total o parcialmente, dejando en tal caso inoperante la decisión adoptada a tal respecto, sino también porque tal previsión no va acompañada del correlativo trámite o fase en el seno del juicio oral con independencia del procedimiento que se siga.

ABEL SOUTO, en el Capítulo IV referido a las Alternativas a la prisión, llama la atención sobre la contradicciones advertidas en el legislador de 2015, el cual “presume en el preámbulo de la reforma de unas alternativas inexistentes, pues constantemente alude a las diversas alternativas posibles y hasta pomposamente lleva al texto articulado del Código Penal, en los artículos 83.4 y 86.1.b), los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, algo que antes solo se mencionaba tímidamente por vía reglamentaria, en el RD 840/2011, de 17 de junio, toda una organización para gestionar unas limitadísimas alternativas, máxime teniendo en cuenta que la reforma prescinde, con carácter general, de la localización permanente como sustitutivo de la pena de prisión, pese a su idoneidad para ser alternativa ventajosa al encierro carcelario” (p. 38).

Acompaña la razón al autor al denunciar la inoportunidad de la supresión del instituto de la sustitución de la pena ex art. 88 con la reforma operada por la LO 1/2015; efectivamente, y desde mi más particular consideración, el derogado instituto de la sustitución ex art. 88 del Código Penal, no solo constituía una alternativa al cumplimiento de las penas de prisión de corta duración, sino que se erigía en alternativa a la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas, siendo éstas de prisión, con un régimen autónomo y focalizando las exigencias en el esfuerzo reparador y dispensando del presupuesto de la primariedad delictiva. Hoy, el contenido de la sustitución persiste, diluido, camuflado y absorbido por la suspensión de la ejecución ex art. 80.3, perdiendo de los presupuestos de ésta, aunque manteniendo y añadiendo el contenido obligacional de aquella, claramente penológico, si bien bajo la etiqueta de prestación o medida, abandonando con la derogación del instituto un espacio en el sistema de las alternativas al cumplimiento de las penas, ahora yermo.

Señala ABEL SOUTO en el Capítulo V, intitulado Denominación, penas suspendibles, discrecionalidad y motivación, aspectos que merecen ser resaltados de la regulación del instituto de la suspensión de la ejecución, sustancialmente afectado por la reforma del Código Penal por la LO 1/2015; así, por una parte, la extensión máxima de las penas susceptibles de ser suspendidas, la cual resulta poco ambiciosa o excesivamente restrictivo para un modelo rehabilitador (p. 42) y, por otra, la gran discrecionalidad que comporta actualmente la facultad resolutoria en el ámbito de la suspensión de la ejecución que, aunque reglada o vinculada, en la que solo cabe una solución justa, “con la reforma de 30 de marzo de 2015, al no excluir los delitos irrelevantes para la probabilidad de reiteración delictiva el acceso a la suspensión ni exigir su revocación, se amplían los espacios de decisión discrecional para los jueces y tribunales, aunque también se permiten excesos con lo que la discrecionalidad puede constituir un portillo abierto a la arbitrariedad” (pp. 43 y 44). En los Capítulos VI y VII, y por objeto el pormenorizado estudio de los criterios y elementos que se valorarán en la resolución del beneficio, señala muy acertadamente el autor que la mención a la comisión futura de nuevos delitos del artículo 80.1 del Código Penal, remite a la espinosa cuestión de la predictibilidad del comportamiento humano pero, sin la exigencia de informes criminológicos ni de instrumentos de evaluación del riesgo de reincidencia, la valoración de la peligrosidad criminal deviene una operación intuitiva (p. 51).

Asimismo, añade que tras la enorme ampliación de la discrecionalidad judicial operada por la LO 1/2015 en la concesión y mantenimiento de la suspensión, por la introducción de numerosos

factores y elementos sujetos a valoración, tal discrecionalidad resulta inasumible por el juez sin el auxilio de profesionales que le proporcionen y valoren los indicadores que deben ser tomados en consideración a la hora de decidir sobre la necesidad de ejecutar la pena (p. 61). Ciertamente, convengo con ABEL SOUTO en que la ampliación de los presupuestos sujetos a valoración del Juzgador sobre realidades en ocasiones ajenas a la causa, y no tenidas en consideración por el legislador al prever el marco penal o por el Juzgador al imponer la pena, o no cognoscibles por aquel, muchos de ellos de muy difícil o imposible determinación, sin el auxilio de periciales específicas, resultarán estériles o inexpresivos; realidad que, asimismo, resulta sumamente contradictoria con la agilización procesal en orden a la resolución del beneficio al tiempo pretendida, llamando al órgano judicial encargado de la ejecutoria a valorar múltiples circunstancias de las que probablemente, y para muchas de ellas, no disponga de los elementos necesarios y suficientes para conformar un juicio ponderado, menos aún si la decisión se pretende que preferiblemente se adopte en la sentencia.

Dedica el autor el Capítulo VIII a los plazos de suspensión, realidad que estudia profusamente y con reiteradas e ilustrativas referencias a los sistemas de derecho comparado; advierte en el mismo acertadamente que “nada dice el artículo 81 sobre el plazo de suspensión para los penados con enfermedades muy graves con padecimientos incurables del artículo 80.4 del Texto punitivo, pero debe entenderse que durará en tanto persista la situación que motiva su concesión” (p. 71). Disfunción que no solo se limita a la omisión señalada por el autor, y cuyas consecuencias se extienden inexorablemente, por una parte a la inoportunidad de fijar un plazo de suspensión determinado en el momento de la concesión habida cuenta el carácter, por lo general, incierto e incognoscible de la duración de la enfermedad, inoportunidad de la fijación de plazo que incide inevitablemente sobre la oportunidad de la remisión definitiva, y por otra, y de estipularse un plazo aproximado y teniendo en consideración el tiempo probable e incierto de duración de la enfermedad, que no olvidemos ha de tratarse de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, la disfunción generada ante la oportunidad de fijar unos plazos de suspensión superiores a la duración de la pena cuya ejecución se suspende.

El Capítulo IX aborda en profundidad los requisitos, necesarios aunque no suficientes, que sirven a la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena, reservando el Capítulo X para lo que el autor denomina Suspensión sustitutiva, o también llamada suspensión extraordinaria del artículo 80.3 del Código Penal, siendo ésta uno de los aspectos más destacables en el ámbito de las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad de la reforma operada por la LO 1/2015. Efectivamente, como señala convenientemente ABEL SOUTO, la reforma vacía prácticamente el contenido de la sustitución, difuminándolo en la figura de la suspensión (p. 107). Ciertamente, el instituto autónomo de la sustitución de la pena ha resultado prácticamente derogado, y digo prácticamente porque el legislador ha decidido mantener tanto la sustitución forzosa ex artículo 71.2 como la sustitución de la pena por la medida de expulsión del extranjero, dejando huérfano el régimen previsto para el incumplimiento de la pena sustituta en el supuesto del artículo 71.2 que remite a un artículo 88.2 ahora derogado; derogación del instituto autónomo de la sustitución ordinaria de la pena ex art. 88 que, no obstante su derogación, queda absorbido en la modalidad excepcional de la suspensión sustitutiva, como la llama el autor, trasladando el

contenido eminentemente penológico de la pena sustituta bajo la forma de prestación o medida a la que se condiciona el beneficio de la suspensión de la ejecución en su modalidad extraordinaria o excepcional del apartado 3 del artículo 80, y si se considera como se venía considerando (Consulta de la FGE 1/2012 y un importante sector de la doctrina), en contra de la opinión de quien suscribe, la suspensión de la ejecución como un cumplimiento alternativo, y no como una alternativa al cumplimiento como venía sosteniendo este autor, la afectación del principio *non bis in idem* resulta difícilmente cuestionable.

El Capítulo XI lo centra ABEL SOUTO en el estudio de las singularidades del régimen de la suspensión de la ejecución en el ámbito de la violencia sexista, advirtiendo muy oportunamente disfunciones susceptibles de ser corregidas. En el Capítulo XI y último de esta destacable monografía, señala el autor más que atendibles propuestas de *lege ferenda*, tales como la previsión de más, y no menos, alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad de corta duración, el resurgimiento o recuperación del instituto de la sustitución de la pena como alternativa autónoma, entre otras interesantes y convenientes fórmulas.

Por último, no quisiera dejar de trasladar mi más sincera enhorabuena al autor, pero sobre todo al lector que tenga el acierto de adentrarse en esta brillante monografía sobre este trascendente instituto, resultado de un profundo y pormenorizado análisis, con plausibles aportaciones doctrinales, enriquecido por su conocimiento del derecho comparado y una completísima fuente bibliográfica.

Recensión a Gustavo BEADE, *Suerte moral, castigo y comunidad*, Marcial Pons, Madrid..., 2017 (180 págs.)

Leandro A. Dias

Universidad de Buenos Aires

Con la publicación de este libro, Gustavo BEADE ingresa al selecto grupo de filósofos y penalistas argentinos que desde hace más de treinta años discuten sobre la justificación de un sistema legal de castigos diferenciados para delitos consumados y tentados. En este caso, el análisis es realizado desde una perspectiva que intenta combinar argumentos de ética normativa con un enfoque intrínsecamente jurídico-penal. Esa mixtura de perspectivas es, quizá, el aspecto más interesante del libro, dado que le sirve al autor para evitar los problemas que suelen presentarse al desarrollar el problema desde un enfoque unitario. En particular, permite abordar la cuestión sin caer en argumentos *de lege lata*, como suele suceder cuando se parte de un enfoque penal estándar y, a su vez, brindar argumentos de filosofía moral de manera clara y entendible, muy alejados de una “filosofía de escritorio”.

En cuanto a la posición de BEADE respecto del problema de fondo, en los capítulos II y IV el autor se encarga de criticar los argumentos ofrecidos por quienes proponen una equiparación de la respuesta penal en casos de delitos tentados y consumados, para luego ofrecer una postura que

permitiría justificar una respuesta penal diferenciada –esto es, que permita imponer más castigo si se produce el resultado–, a partir de la adopción de una teoría de la pena retribucionista, centrada en la noción de comunidad (capítulos V y, en especial, VI). Sobre el tema, considero, por un lado, que las críticas a las tesis “subjetivistas” no son concluyentes y, por otro, que su postura resulta, cuando menos, discutible.

En lo que se refiere a las críticas a la tesis de la equiparación entre tentativas y consumaciones, entiendo que BEADE ofrece dos argumentos fuertes. El primero de ellos (pp. 91 ss.) se centra en que la idea subjetivista de que sólo es posible responsabilizar a alguien por aquello que estuvo bajo su control, puntualmente, sus intenciones al momento de ejecutar la acción –y no el resultado de esta última–, sería, según su opinión, implausible. Para fundamentar esta posición, BEADE señala que, por un lado, hay circunstancias que están fuera de nuestro control. En particular, el autor recurre a clásica distinción de Thomas NAGEL entre suerte en los resultados de las conductas que emprendemos y otras clases de suerte, en particular la constitutiva –nuestros rasgos de carácter, como el ser egoísta o impulsivo– y la circunstancial –el tipo de situaciones y problemas que debemos enfrentar en nuestra vida–: “no sólo no podemos decidir dónde nacer ni qué padres tener sino que además tampoco podemos controlar emociones y deseos que se desarrollan en aquel origen azaroso” (p. 168). Por tanto, nuestro control sobre nuestra vida sería relativo no sólo en lo que se refiere al resultado de nuestros actos, sino en general, y no sería convincente, entonces, que la idea de control desempeñe un papel protagónico *solamente* a la hora de reprochar.

Empero, más allá de las dificultades, estimo que es posible rechazar la suerte en los resultados y aceptar otras clases de suerte (sigo, en lo esencial, a RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “How to Reject Resultant Moral Luck Alone”, en *The Journal of Value Inquiry*, [50], 2016, pp. 415 ss.). En particular, los eventos derivados de la suerte circunstancial y situacional son necesarios para responsabilizar a alguien por sus actos. Para que el sicario le dispare en la cabeza al presidente son necesarios determinados rasgos de carácter y circunstancias situacionales que permitan la toma de decisión en favor del ilícito y la ejecución del acto. Sería difícil negar la relevancia de estas clases de suerte y, si lo hiciésemos, probablemente no podríamos ser responsabilizados por nada, en la medida de que todas las condiciones necesarias para actuar estarían fuera de nuestro control. Sin embargo, la existencia de un determinado resultado no es condición necesaria, ni suficiente, para responsabilizar a alguien. Desde que responsabilizamos a alguien por (cierta clase) de intentos, la producción del resultado deja de ser una condición necesaria para emitir un reproche. Por tanto, es posible reconocer sin contradicciones que tenemos menos control del que creemos, aceptar la suerte moral en lo que se refiere a la suerte circunstancial y a la suerte constitutiva al momento de responsabilizar a alguien y, al mismo tiempo, negar la suerte en los resultados, en tanto esta última no es necesaria para emitir un reproche por un hecho ilícito.

Por otro lado, BEADE considera que “en ocasiones, nuestras pasiones, emociones y deseos limitan el control racional de nuestras decisiones” (p. 92), por lo que también el control sobre nuestras decisiones intencionales sería relativo. En otras palabras, así como no tenemos control pleno respecto de los resultados que causamos, tampoco tendríamos control pleno con respecto a nuestras intenciones (que sería lo único controlable y, por tanto, digno de reproche, según los

subjetivistas). Entiendo que este argumento no es concluyente, ya que si partimos de la base de que es posible distinguir entre conceptos tales como intenciones, pasiones, deseos y emociones, que sea difícil la distinción no agrega nada a la discusión *conceptual*. En todo caso, si fuese cierto lo que BEADE afirma, entonces tendríamos una razón prudencial para ser especialmente diligentes a la hora de distinguir entre las intenciones del agente y sus pasiones, emociones, etc., y solamente responsabilizarlo por lo que sí estaba bajo su control. De hecho, las figuras jurídicas que permiten disminuir la magnitud del reproche por una culpabilidad disminuida, o directamente excluirla, toman en cuenta que en ciertos casos estos factores pueden incidir en la decisión intencional en contra de una norma. Por supuesto que tal vez directamente no sea posible distinguir, ya a nivel conceptual, entre intenciones, deseos, pasiones y emociones, y en ese caso sí los defensores de la tesis de la equivalencia se encontrarían ante un problema –así como todo el derecho penal de culpabilidad y nuestras intuiciones básicas sobre la práctica de responsabilizar infractores de normas morales–, pero el tratamiento de esta cuestión requeriría de una investigación autónoma.

El segundo argumento de BEADE en contra de las tesis subjetivistas es que la “distinción entre objetivo y subjetivo es por lo demás artificial”. Para fundamentar esta postura recurre a dos casos en los cuales la tesis subjetivista daría lugar a resultados contra intuitivos. El primero es el de “situaciones en las que el agente, por ejemplo, conduciendo en forma imprudente, provoca un accidente lesionando a varios transeúntes”, en tanto “[s]i siguiéramos el punto de vista de la tesis de la equivalencia tendríamos que decir que no podríamos inculpar y castigar a aquellos agentes que creen que actúan de un modo correcto pero que provoquen consecuencias que se presenten de un modo imprevisto al que planearon” (p. 95). El segundo caso es el que BEADE denomina “tentativas imposibles” y ofrece el ejemplo de quien intenta envenenar a otro con azúcar, creyendo que con eso logrará envenenar a la víctima (p. 96), y de quien intenta matar a otro rezando (p. 97). Según el autor, el subjetivismo no tendría razones para diferenciar esta clase de casos y aquellos en los cuales el autor intenta matar a alguien por medio de una acción apta para producir un cambio en el mundo, como mediante un disparo. Con la elección de estos dos ejemplos como casos que podrían ser problemáticos para una tesis subjetivista creo que queda demostrado que BEADE parte de la base de una concepción particularmente ingenua de subjetivismo, que podríamos denominar “subjetivismo extremo”: aquel que considera que el autor solamente puede ser responsabilizado por sus creencias individuales, aunque fuesen extraordinariamente irreflexivas, al momento de intentar una acción y sin ningún criterio adicional de racionalidad respecto de sus creencias. Es cierto que una tesis subjetivista de esta clase difícilmente puede ser defendida hoy en día, pero esta no es la postura que puede observarse en las visiones subjetivistas más sofisticadas, como las de Diethart ZIELINSKI, Eberhard STRUENSEE y Marcelo SANCINETTI. Puede que incluso este subjetivismo más moderado también esté equivocado, pero al menos ofrece razones adicionales para equilibrar las premisas subjetivistas con nuestras intuiciones bien meditadas. Por ejemplo, en los casos de imprudencia inconsciente se argumenta que el objeto del reproche es la representación efectiva de un determinado síndrome de riesgo –es decir, se reprocha que el autor se haya representado que manejaba superando la velocidad permitida, a pesar de que pensaba que no lastimaría a nadie–, mientras que en los supuestos de tentativas irreales el autor ya no se está representando un riesgo

relevante para la violación de la norma penal objetiva –o, desde otra perspectiva, que el concepto de dolo no es equivalente a cualquier representación del mundo, sino sólo a cierta representación del autor vinculada, por ejemplo, a un peligro objetivo–. No puedo ofrecer mayores detalles sobre esta discusión en el espacio limitado que ofrece una reseña bibliográfica, pero lo cierto es que la construcción que se realiza de subjetivismo es demasiado genérica y no tiene en cuenta los pormenores de la discusión que se produjo sobre el tema, particularmente, en la dogmática penal continental.

En lo que se refiere a la posición del autor sobre la cuestión de fondo, esta última aparece sintetizada en pocas palabras en la parte final del libro: “[e]n las comunidades en las que vivimos, concretar un resultado es moralmente importante”, por lo que “[c]uando castigamos a otro, la suerte influye de un modo particular” (p. 169). La pregunta central aquí, por supuesto, es la de por qué debería ser relevante lo que piense la comunidad. En definitiva, la comunidad en la que vivimos podría estar equivocada y, a menos que se ofrezca un argumento adicional, estamos frente a un argumento de autoridad: el castigo diferenciado de los delitos consumados está justificado porque así lo dice la comunidad. BEADE intenta defender su postura desde la justificación misma del castigo, es decir, desde la teoría de la pena. En particular, el autor asume una postura retributiva (cf. pp. 148 ss.) en la que el castigo tendría, según su opinión, dos finalidades. La primera sería retributiva –al menos en cierto sentido, porque el autor rechaza el retribucionismo clásico–, se dirige al infractor, en tanto se le requiere que acepte su error y que reflexione con el objetivo de lograr su arrepentimiento y, de ser posible, la reparación del daño (cfr. p. 151). Esta finalidad resulta problemática, ya que amenazar con la imposición de la privación de derechos que implica el castigo penal para lograr una actitud altamente personal del autor, como su arrepentimiento, difícilmente pueda ser compatible con un derecho penal liberal en general y con el principio de autonomía –por implicar una interferencia externa al momento de decidir, en este caso, arrepentirse–, en particular. Pero esta cuestión puede ser dejada de lado aquí. La finalidad del castigo *decisiva* para resolver la cuestión de fondo del trabajo es otra y se vincula con el hecho de que la “inculpação no solo es esencialmente retributiva, esto es, no se trata solo de conseguir la imposición de una condena criminal sino también de tomar en cuenta la intervención, en el reproche, del resto de los miembros de la comunidad” (p. 151). De ese modo, en tanto una función del castigo es atender a los sentimientos de las víctimas, es posible, no sólo tomar como objeto de reproche al infractor y su acto pasado, sino también “al resto de la comunidad y que, a través de reproches y condenas, estos actos reprobables no vuelvan a repetirse” (p. 152). Por consiguiente, como el castigo debe ser sensible a los sentimientos resto de la comunidad, en especial a las víctimas, y como en estas comunidades los resultados cuentan a la hora de reprochar, entonces el castigo por el resultado debe ser mayor al que se produce ante los meros intentos.

Creo que a esta tesis se le pueden realizar dos objeciones: una general y una puntual. La general es que la propuesta de BEADE, así como todas las modernas teorías dualistas o de la unión que intentan combinar cierta clase de retribucionismo con ideas consecuencialistas, da lugar a que en ciertos casos habrá razones retribucionistas para imponer una pena, pero no habrá razones consecuencialistas para hacerlo, y viceversa. ¿Qué sucede en estos casos? Es muy difícil encontrar

pautas claras para determinar si ante casos de conflicto deben primar las razones retribucionistas o las consecuencialistas. Esto se vislumbra ya con las dificultades que tiene BEADE para resolver los casos en los cuales no existe un responsable –porque, por ejemplo, le cayó un rayo a la víctima–, o bien no lo podemos identificar, pero que por la gravedad del hecho, la comunidad de todos modos necesita emitir un reproche contra un individuo (cfr. pp. 158 ss.). Estos problemas surgen, no en última instancia, por el hecho de que BEADE pretende renunciar a toda idea de merecimiento (“considerando nuevamente qué es lo que hacemos ante hechos semejantes, el castigo no se vincula en ningún modo con la idea del merecimiento”, p. 160), por lo que durante gran parte de su obra se encuentra presente la sombra de la posibilidad de imponer un castigo –no merecido, al menos en algún sentido de la palabra– al inocente. BEADE deja la cuestión, en gran medida, abierta (“necesitamos de algún tipo de elaboración más amplia, y compleja que contribuya a encontrar esas respuestas que buscamos”, *ibidem*) y sometida a lo que contingentemente pueda decidir la comunidad después de escuchar al sospechado (“[e]scuchar al otro quizá nos pueda dar la posibilidad de aceptar que existen circunstancias por las que, en ciertos casos, nadie puede ser responsabilizado” y, por tanto, “[e]s probable que pudiéramos reconocer que verdaderamente el hecho fue una desgracia”, *ibidem*). Empero, esta respuesta es insatisfactoria, en tanto deja abierta la posibilidad de que la sociedad condene a un inocente y, entonces, se desvanece el principal atractivo de toda tesis retribucionista, que consiste en imponer un límite insoslayable al Estado basado en la culpabilidad del agente, en favor de las necesidades comunitarias. Y si en casos de conflicto, en última instancia, siempre han de prevalecer las consideraciones comunitarias –consecuencialistas–, difícilmente pueda hablarse de una teoría de la retribución, ni siquiera en sentido laxo.

La objeción puntual se vincula al segundo fin del castigo, según esta reconstrucción teórica. En particular, la finalidad tendente a satisfacer los sentimientos de la comunidad, representada en este caso por las víctimas, implicaría *prima facie* una violación a la dignidad humana del infractor: se lo utiliza como objeto para satisfacer los fines de la comunidad. BEADE intenta solucionar esto con la idea consensual de que el infractor no sería un mero medio en tanto pudo participar de la elaboración de las normas relevantes en un procedimiento democrático (pp. 154 ss.). No quiero centrarme aquí en todos los inconvenientes que genera el recurso al consentimiento en este contexto –entre otros, la imposibilidad de fundamentar un límite, como el de la proporcionalidad, que rija por encima de las consideraciones de la comunidad y que apelar a un consentimiento *real* del infractor en su propio castigo es un tanto audaz– sino en que buscar la solución en el procedimiento democrático parecería ser una salida demasiado simplista en este contexto. Supóngase que se interrumpen las instituciones democráticas en una comunidad, por la razón que fuese. Más allá de eso, la comunidad no solo subsiste de modo ordenado y próspero, sino que además el Estado respeta los derechos de los ciudadanos, a excepción del derecho a participar en elecciones libres –es decir, no se está en presencia de un *Unrechtsstaat*, ni de un conflicto armado–. En ese marco, un agente mata a otro de un modo brutal, sin ninguna justificación ni excusa, y se lo quiere penar para que se arrepienta y sean tenidos en cuenta los sentimientos e intereses de una comunidad que, supongamos, desea que se castigue al agente para prevenir delitos (para que “a través de reproches y condenas, estos actos reprobables no vuelvan a repetirse”, p. 152). ¿No estaría justificada la pena en estos casos? Si se responde por la

negativa, nuevamente estamos ante un conflicto entre los intereses de la comunidad y los del individuo, en la que la balanza favorece a este último, lo que debería poder ser fundamentado a partir de un criterio racional. Y si, en cambio, se responde por la afirmativa, no sólo subsistiría la violación a la dignidad humana del infractor, sino que además parecería que, en el marco de la justificación de la pena, el procedimiento democrático no sería esencial para justificar la imposición de castigo si se ha de atender a los deseos de la comunidad. En particular, lo central sería la necesidad de vivir libre y en paz en la comunidad –y no en un estado de naturaleza–, con independencia de si existe un régimen democrático o no, o más o menos democrático (cfr., PAWLIK, Michael, “La pena retributiva y el concepto de delito”, en *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 86, nota al pie 53).

Más allá de la crítica aquí formulada por un acérrimo defensor del subjetivismo penal, que además es sensible a la idea de merecimiento, debe decirse que este libro de Gustavo BEADE representa una de las contribuciones más lúcidas que se han producido en los últimos años en habla hispana sobre la vinculación entre suerte moral y responsabilidad penal. Por consiguiente, sólo queda felicitar al autor por el trabajo realizado y esperar que esta recensión de lugar a nuevas ideas y espacios de diálogo en la comunidad jurídica iberoamericana.

Recensión a Miguel Ángel CANO PAÑOS, *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso ‘Jakob von Metzler’ y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Madrid, 2017 (549 págs.)

Javier Wilenmann

Universidad Adolfo Ibáñez

El primero de Octubre del año 2002, el vicepresidente de la policía de la ciudad de Fráncfort del Meno, Wolfgang Daschner, actuando como presidente subrogante de la entidad, amenazó al secuestrador del hijo de un banquero de la ciudad con aplicarle distintas formas de sufrimiento en caso de que no diera información sobre el paradero del niño. El imputado Magnus Gäffgen se había negado hasta entonces a prestar colaboración. Sin embargo, a causa del impacto de la amenaza, Gäffgen confesó que en realidad había asesinado y enterrado el cadáver de la víctima, Jakob von Metzler.

La revelación de estos hechos tuvo una enorme repercusión en la opinión pública alemana y, a partir de ello, produjo la probablemente más extensa discusión jurídica que se ha presentado en ese país desde el cambio de siglo. Conocido como el “caso Daschner” o el caso de la “tortura salvadora” (*Rettungsfolter*) para quienes se centran en las preguntas relativas a la calificación penal sustantiva del comportamiento de Wolfgang Daschner, como el “caso Gäffgen” para quienes se han centrado en los aspectos de prueba ilícita en el proceso llevado en contra de Magnus Gäffgen, así como en lo relativo a sus repercusiones en el nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, las discusiones desencadenadas por el caso han tenido alcance e impacto directo a nivel europeo. Pero ellas también han tenido repercusión a nivel mundial: la correlación

del contenido de la discusión con aquella ligada a los distintos ejemplos inicialmente hipotéticos de “time-ticking bombs”, los que luego adquirieron relevancia política directa con la política de tortura empleada por la CIA como estrategia de inteligencia y protección después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, contribuyó a darle este alcance al caso.

El libro de Miguel Ángel CANO PAÑOS presenta una reconstrucción exhaustiva del caso y de la discusión desencadenada por éste en Alemania en una extensión de alrededor de 500 páginas. El libro se encuentra estructurado en quince capítulos, incluidos en ellos una introducción y un conjunto de conclusiones.

La estructura del cuerpo del trabajo es ordenada y fácil de seguir: una primera parte, constituida por los capítulos 2 a 4, entrega información de contexto para el planteamiento de las preguntas morales y jurídicas que le interesa tematizar al autor. La segunda parte, constituida por los capítulos 5 y 6, se centra en la calificación de los hechos del caso desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos y desde un punto de vista moral (“ético-jurídica”). La tercera parte, constituida por los capítulos 7 a 10, se concentra en tematizar las preguntas jurídicas que plantea el caso desde el punto de vista del derecho alemán –¿se encuentra justificado conforme al derecho penal alemán la aplicación de tortura o amenaza de aplicación de tortura con el objeto de rescatar a la víctima de un secuestro en riesgo de muerte? ¿Qué repercusiones tiene la actuación policial de esta clase en el desarrollo del proceso penal consiguiente? Finalmente la tercera parte, constituida por los capítulos 11 a 14, tematiza exactamente los mismos problemas desde el punto de vista del derecho español.

La parte introductoria y de entrega de información de contexto del libro (introducción y capítulos 2 a 4) presenta de un modo claro buena parte de los tópicos sobre los que se ha estructurado la discusión desencadenada por el caso en Alemania. Así, la introducción da cuenta del carácter de “ruptura de tabú” que habrían tenido tanto el caso Daschner como las reacciones a los atentados de 2001 y, a partir de ello, de la posibilidad de considerar algo así como un cambio político copérnico por la mera apertura de esas discusiones: el consenso en torno a la intangibilidad del valor de la dignidad humana y lo absoluto de la prohibición de la tortura se demostraría roto por la presión que la política de seguridad habría ejercido sobre el Estado de Derecho. A su vez, el capítulo 2 presenta una descripción del *iter* de la discusión sobre el carácter absoluto de la tortura que reproduce, en lo esencial, las descripciones que en este sentido pueden encontrarse en la literatura alemana. El capítulo 3 se concentra, en cambio, en describir los hechos del caso, mientras que el capítulo 4 da cuenta de las reacciones que el caso desencadenó en los medios y en la literatura jurídica.

Frente a esta primera parte más bien descriptiva, los capítulos 5 y 6 se presentan a sí mismos con pretensiones de análisis. El capítulo 5 (pp. 75 ss.), en particular, analiza la correlación entre las definiciones internacionales del concepto de tortura y la fenomenología del caso von Metzler. Punto central en esta exposición es la reproducción de una clasificación que ha devenido estándar en Alemania para situar el problema de la “tortura salvadora”, a saber, aquella entre (i) tortura

de castigo; (ii) tortura inquisitiva; (iii) tortura intimidatoria; (iv) tortura preventiva y (v) tortura de rescate. De acuerdo al autor, la tortura de rescate presentaría elementos distintivos que explicarían, al menos en parte, el surgimiento de la discusión a su respecto. A partir de estas clarificaciones, el capítulo 6 discute los argumentos que generalmente se entregan para valorar de uno u otro modo a la “tortura de rescate”. Así, las consideraciones de dignidad humana, las posibles consecuencias secundarias negativas de una relativización de la prohibición (“ruptura del dique”), y la posible falta de idoneidad instrumental de la tortura, son contrapuestas con la invocación analógica de autorizaciones al homicidio por parte de funcionarios públicos.

La tercera parte del trabajo versa derechamente sobre el derecho alemán. Cada capítulo da cuenta de los aspectos relevantes del caso en una “rama” específica del derecho: el capítulo 7 (pp. 195 ss.) lo hace desde el derecho policial federal y del Estado de Hessen; el capítulo 8 (pp. 209 ss.) valora los hechos directamente desde el derecho constitucional alemán; el capítulo 9 se pregunta por la tipicidad de la conducta de Daschner y, ante todo, por la posible aplicación de causas de justificación o exculpación, mientras que el capítulo 10 da cuenta de la discusión sobre las repercusiones de la obtención de una declaración inculpativa de Gäffgen bajo amenaza de tortura para el uso y valoración posterior de la prueba en el proceso seguido contra éste.

El capítulo 11 (pp. 303 ss.) abre la última parte del libro, cuyo objeto es contestar las mismas preguntas que se planteaban en el contexto de origen en Alemania desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español. El ejercicio tiene algunos aciertos para el interesado en el derecho comparado, pese a que no sea presentado con una metodología acorde con esa pretensión. La lectura de las dos secciones paralelas permite ver las diferencias en las construcciones jurídicas de ambas culturas legales para hacerse cargo de los mismos problemas, permitiendo al mismo tiempo apreciar la asimetría en los grados de influencia del derecho alemán en uno u otro sector. Esto es obvio, por ejemplo, si se comparan los marcos conceptuales utilizados para evaluar los problemas constitucionales y penales sustantivos con aquellos utilizados en materia policial-administrativa y procesal penal.

El trabajo de CANO PAÑOS resulta indudablemente útil para el lector hispanoparlante con interés en las discusiones sobre causas de justificación y sobre prueba ilícita y que no tenga acceso a la literatura alemana. La presentación clara del caso Daschner, de los procesos vinculados a éste, y de las discusiones que desencadenó, lo convierte en una muy buena fuente de información a este respecto. Si el libro debe ser juzgado con base en esa pretensión, entonces su rendimiento debe ser considerado positivo.

En tanto contribución sustantiva al debate, el libro tiene un rendimiento, en cambio, menor. Ello se debe, en lo esencial, a dos factores. En primer lugar, su orientación principalmente expositiva de la discusión alemana del caso hace que su contenido no sea especialmente novedoso para quien ya la conoce en su contexto de origen. Los argumentos son expuestos de un modo equivalente a las distintas tesis doctorales y otras monografías que pueden encontrarse en Alemania sobre el tema. Por cierto, ello no le quita el mérito al trabajo: la realización de una

reconstrucción de un debate con un flujo desbordante de publicaciones tiene ciertamente valor y utilidad en sí. Pero sí implica que, en otros contextos, su contribución sería mucho menor.

Un ejemplo: el problema seguramente más extensamente tratado a propósito del caso es la aplicabilidad de la legítima defensa de terceros a la “tortura de rescate”. En su tratamiento, el autor repite las asunciones generalmente presentes en la literatura alemana: claramente se verifica la presencia de una agresión antijurídica de Gäffgen y la acción claramente era necesaria, por lo que los problemas son de límites ético-sociales. Este modo de proceder pasa demasiado rápido por alto las dificultades que el caso Daschner devela sobre la estructura de la legítima defensa en caso de agresiones omisivas y permanentes: la fenomenología del asunto es precisamente aquello que crea la tendencia a que la tortura sea (o pueda ser) necesaria, ya que la acción de defensa no requiere solo paralizar una acción del agresor, sino producir colaboración suya (véase a este respecto solo WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017, Nm. 608 ss.).

El libro presenta, asimismo, algunas debilidades argumentativas derivadas de la comprensión de los problemas vinculados al caso Daschner siguiendo no solo los argumentos, sino también el modo de tematizar esos argumentos, que puede encontrarse en Alemania. Incluso la estructura de pensamiento expuesta por el autor reproduce, en buena medida, el espíritu del *mainstream* de la discusión alemana: la consideración de que lo que se juega es una comprensión dignificada del Estado como una especie de comunidad moral cuya base se encuentra en el respeto irrestricto de ciertos principios constitucionales fundantes del Estado de derecho funciona continuamente como figura de argumentación simplificante. Esa estructura lleva así a la incorporación de varios lugares comunes que, en el fondo, cumplen una función retórica limitante.

Algunos ejemplos. Desde la introducción, el autor tiene una cierta tendencia a contraponer una cierta comprensión “científica” de los problemas morales realizada, en lo esencial, por la comunidad dogmática, con un influjo populista que habría degradado la influencia y la identidad de esa comprensión: “Si se echa a continuación un vistazo a la situación reinante en el contexto europeo, puede observarse cómo la Ciencia penal se encuentra cada vez más sometida a una intervención por parte de una política de seguridad que pretende abarcar un amplio y omnipresente control social, lo cual, en determinados casos y con respecto a determinadas fuentes de peligro, ha dado lugar a debilitar la otrora prohibición absoluta de la tortura.” (p. 26). El “Iluminismo” (ejemplo: p. 514) y los arreglos políticos de post-guerra sirven a su vez como fijación de un estándar de racionalidad frente a un pasado que, en el fondo, es presentado como bárbaro, y un presente que aparece así como retorno o decadencia.

Estos excesos retóricos ciertamente no se reproducen en todo el libro. Un acierto en un contexto como el nuestro, todavía más marcado por apelaciones gruesas, consiste precisamente en mostrar el grado de “juridificación” que discusiones de esta clase pueden tener. La exposición pormenorizada de las figuras argumentativas que sucesivamente se recorren en los diversos ámbitos de la literatura alemana para llegar a una respuesta final ofrece así una imagen valiosa de una discusión diferenciada sobre el tema pese a que por momentos la discusión se vea

dominada por apelaciones gruesas a grandes principios constitucionales. El lector que no tenga acceso a la dogmática alemana puede así ver cómo, contra las apariencias que ha producido su recepción entre nosotros como cuestión “teórica”, el grueso de su trabajo se concentra en la pretensión de hacer aplicables reglas y estándares diferenciados de razonamiento a la solución de problemas de aplicación del derecho, incluso cuando la discusión llama a su tematización moral.

Este esfuerzo de mostrar el carácter jurídico de las discusiones se ve solo parcialmente opacado por algunos errores conceptuales en la reconstrucción de esas discusiones que pueden apreciarse en el libro. Así, por ejemplo, la discusión sobre la aplicabilidad de causas de justificación comunes a las actuaciones policiales tiene lugar por contraposición (pp. 238 s.) entre una “solución de derecho público” (solo son aplicables causas de justificación especiales del derecho de policía) y una “solución penal o teoría diferenciadora” (aplicabilidad de causas de justificación genéricas). Esta contraposición es técnicamente incorrecta: en realidad, la teoría diferenciadora es una alternativa a la “solución penal”; mientras de acuerdo a esta última la aplicabilidad de una causa de justificación penal genérica excluye completamente la ilicitud del acto, de acuerdo a la teoría diferenciadora la aplicabilidad de una causa de justificación penal excluye “el injusto penal” pero no así la “ilicitud administrativa.” La teoría *diferencia*, precisamente, entre exclusión del injusto penal y del injusto administrativo. Ese aspecto crucial no es suficientemente tematizado al dar cuenta de la discusión. Un error equivalente se encuentra en la exposición de las reglas de determinación de “efecto lejano” (*Fernwirkung*) en la utilización de la prueba por causa de obtención ilícita de prueba: la equiparación entre la doctrina que reconoce el efecto lejano y la así denominada “*Schutzzweckslehre*” implica una confusión de niveles; la *Schutzzweckslehre* es una postura sobre las condiciones en que se produce una prohibición de uso probatorio o de valoración por efecto lejano.

Pese a lo anterior, la reconstrucción que presenta el autor sobre los modos dominantes de razonar en el derecho alemán es, en general, correcta. Su pretensión de aplicación al derecho español y el esfuerzo por encontrar cánones diferenciados de razonamiento en éste merece ser asimismo destacada. Con ello, más allá de las diferencias de teoría constitucional o de teoría dogmática que se puedan tener con el autor, su utilidad para el lector interesado en estos temas es indudable.

Recensión a Eva María SOUTO GARCÍA, *Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (237 págs.)

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

Esta segunda monografía de la Dra. SOUTO GARCÍA tiene por objeto, claramente delimitado, la regulación de los delitos de hurto y robo tras las últimas modificaciones del código penal, que son amplias y profundas, hasta poder decirse con la autora que «poco ha sido lo que el legislador penal ha decidido dejar inalterado con su reforma de 2015» (p. 19). Como bien se señala, estos

delitos «se caracterizan por su destacada casuística» (pp. 63, 137), algo a lo que está contribuyendo con sus reformas el legislador reciente. No se centra en todos los aspectos de estos delitos, sino sobre todo en los que ha suscitado la mencionada reforma (pp. 67, 125). Dada la gran variedad de cuestiones presentes en estos delitos, resulta difícil limitarse a exponer las variaciones sin referirse también a aspectos más estructurales; con todo, es razonable su decisión de concentrar el esfuerzo en las novedades. Era preciso limitar y ajustar la dimensión del objeto de estudio.

Tras el prólogo del profesor MARTÍNEZ-BUJÁN, y una introducción en la que se detallan rápida y puntualmente las variaciones introducidas en la reforma de 2015 (cap. I), se exponen los elementos comunes a ambas figuras delictivas (cap. II), después se centra en los delitos de hurto (cap. III) y de robo (cap. IV), para concluir con las disposiciones comunes de la exención pena por parentesco y los actos preparatorios punibles (cap. V). Cierra la obra una relación bibliográfica y un elenco de jurisprudencia.

En el cap. II, que tiene validez más general y menos coyuntural o dependiente de la última reforma, se exponen los elementos generales comunes a ambos delitos. Entre estos, los del sujeto pasivo y el bien jurídico protegido, que –como se señala, «en los delitos de hurto y robo comunes»– se sitúa en «la “propiedad”, bien directamente, bien a través del no respeto a la posesión» (pp. 39, 48), o en la posesión, «en primera instancia», «cuando exista disociación de ambos derechos en sujetos diferentes» (p. 39). En cuanto a los elementos *subjetivos*, se refiere tanto al dolo como al ánimo de lucro –o, siguiendo a García Arán, el ánimo de apropiación lucrativa» (p. 46). Y en cuanto a los elementos *objetivos*, al objeto material, acción típica (de apoderamiento, seguido de desposesión, definitivo y sin consentimiento del titular del bien jurídico: pp. 56-58), tentativa y consumación (en la disponibilidad potencial sobre la cosa: p. 58), así como autoría y participación.

El cap. III se centra en los delitos de hurto, y se comienza por el análisis comparativo entre la antigua falta y el actual delito leve, para llegar a la conclusión de que no se trata de una mera traslación al Libro II, sino de un incremento del ámbito de lo punible (pp. 69-78). Continúa con un minucioso análisis de los (nueve) factores de agravación del hurto, que resulta de gran utilidad por descender a detalles interpretativos y aplicativos, con amplias referencias doctrinales. En este punto, la casuística introducida por el legislador obliga a un estudio de coordinación dentro y fuera del código, y la autora lo ha llevado a cabo con éxito más que notable. Cierra el capítulo una breve referencia al hurto de la posesión.

A los delitos de robo se dedica el amplio cap. IV, centrado sobre todo en las variaciones obradas por la reforma legislativa. Se comienza por el análisis de la función que cumple la exigencia de fuerza en las cosas, y sus limitaciones (es *ad rem* y no *in re*), conclusión que se ve avalada además por la nueva modalidad agravada de hurto por supresión de alarmas o medios de seguridad (pp. 81, 127, 128). A continuación se analizan con detalle las modalidades de fuerza en las cosas. Sigue un detallado estudio de las modalidades agravadas (las que podríamos considerar «clásicas» o ya conocidas, y las «nuevas», tanto las de remisión a las agravaciones del hurto, como las nuevas

formas de «hiper-agravaciones»), las cuales plantean no pocos problemas de coordinación de gravedad y pena, que la autora solventa adecuadamente. Cierra este amplio capítulo lo referente a los delitos de robo violento y robo intimidatorio: comienza por el análisis de los elementos de la violencia y la intimidación, del tipo básico, con especial referencia a la cuestión del momento de empleo de la violencia en la dinámica comisiva; sigue después un estudio de los tipos agravados del robo, tanto el de lugar de comisión como el de uso de armas o instrumentos peligrosos; y se concluye con una referencia más breve a la atenuación por menor entidad. A lo largo del capítulo se pone de manifiesto cómo algunas interpretaciones de la jurisprudencia no resultan acordes con la letra o el espíritu de la ley (pp. 141-142, 163-164), lo cual demuestra gran capacidad de análisis por parte de SOUTO GARCÍA. La pretensión de esta obra era estudiar los aspectos que ha supuesto la reforma de 2015; y se logra un considerable equilibrio entre adentrarse en las novedades sin dejar de abordar, cuando resulta preciso, los temas más clásicos o invariados de la regulación. Y así parece que debe ser, pues referirse a los aspectos reformados sin hacerlo a la base que perdura, haría de esta obra un estudio poco útil.

El último capítulo (el V) se refiere a dos preceptos de validez en los delitos de hurto y robo. Respecto a la exención de pena por parentesco, prefiere emplear la expresión «causa personal de exclusión de la pena», y no la de «excusa absolutoria» (pp. 207-215). Se destacan algunos problemas aplicativos, como son los de la referencia actual a víctimas de cuya vulnerabilidad (por su edad o discapacidad) se abusa, y los de algunas situaciones que deberían en buena lógica incluirse y no están expresamente recogidas (como las parejas de hecho: pp. 211-212), y otras que se incluyen pero no deberían (hermanos que no viven juntos, según interpretación jurisprudencial: p. 214). Todo lo cual muestra un precepto cuya existencia y alcance deja mucho que desear. Finalmente, una breve referencia a los actos preparatorios previstos para algunos delitos, entre los que se incluyen los de robo (p. 216).

El elenco de bibliografía (en VI) resulta amplio y centrado en la doctrina española, si bien, hay todavía algunas obras que podrían haberse tenido en cuenta (por ejemplo, algunas contribuciones contenidas en *Los delitos de robo. Comentarios a la jurisprudencia*, 2002). El apéndice jurisprudencial (en VII), que recoge una amplia selección de resoluciones y acuerdos no jurisdiccionales, sobre todo de los últimos veinte años, resulta de utilidad al lector también por estar clasificadas en función de su tema y el lugar del libro en que se tiene en cuenta.

Hasta aquí el contenido de la obra de SOUTO GARCÍA, una obra que resulta no solo oportuna sino además adecuada para adentrarse en las numerosas cuestiones teóricas y prácticas que la nueva regulación suscita. A continuación, efectuaré algunas reflexiones a raíz de su lectura.

Por un lado, alguna objeción en cuanto al *método* de análisis. En este punto, sería aconsejable un recurso mayor y más frecuente a las categorías de la Parte General, que bien pueden ayudar a resolver los problemas planteados por la regulación legislativa. Así, aunque sí se recurre a tales categorías para abordar cuestiones de autoría mediata (en pp. 111-115) o *bis in idem* (en p. 122), posiblemente se podría sacar más rendimiento también en otros lugares a las estructuras de la Parte General y la teoría del delito. En concreto, me permito sugerir un mayor recurso a la

doctrina de la imputación objetiva, en la medida en que podría ser relevante a la hora de analizar el requisito de producción de un efecto de perjuicio (en el art. 235, en concreto): en particular, para la problemática que deja incoada sobre la diferencia entre causar y ocasionar una situación de desabastecimiento (p. 93). En esa misma línea, la exigencia de dolo podría servir para extraer más consecuencias en los casos de exigencia de grave perjuicio (ya lo hace en algunos lugares, como en pp. 89-90). En otros casos, es la interpretación analógica en favor del reo la que puede estar operando (así, por ejemplo, cuando la posición jurisprudencial exime de pena en casos de delitos cometidos entre personas que conviven en pareja de hecho: pp. 211-212).

También como cuestión de método, pienso que en ocasiones, frente a una jurisprudencia ya posicionada pero discutible o todavía por posicionarse en temas relevantes (así, por ejemplo, en pp. 101 o 193), se podría proporcionar una conclusión más clara y terminante. En tales casos, se describe con precisión la posición jurisprudencial hasta el momento, así como las opiniones doctrinales, pero se podría culminar con una toma de postura más clara que aporte criterios a esa jurisprudencia todavía dubitativa, mejor que quedar a la espera de lo que esta diga.

Asimismo, en lugar de resignarse a una casuística inevitable, labor de la dogmática es aportar orden y estructuras más allá de los detalles de un caprichoso legislador (así, en p. 101). En este sentido, pienso que SOUTO GARCÍA ha alcanzado el objetivo que pretendía con esta obra –la descripción de la reforma de 2015 en estos delitos–, pero se podrían también llevar a cabo consideraciones de más alcance. Por ejemplo, que el robo con fuerza en las cosas no se halla tan cerca del robo violento o intimidatorio como parece pensar el legislador, sino que sería un delito cuya estructura es la del hurto (con una común exención de pena, y ahora además con no pocas ni irrelevantes agravaciones comunes); a su vez, llega el momento de deshacer la tradicional vinculación entre robo violento y robo intimidatorio, a pesar de su común regulación, pues poseen dinámicas comisivas diversas y afectan a bienes personalísimos diversos. La reforma de 2015 aporta no pocos datos para avanzar en la tarea de elaborar una teoría común de los delitos de apoderamiento que logre estructurar y aportar orden en una regulación cada vez más abigarrada.

Por otro lado, alguna sugerencia respecto a tres *temas* que podrían tratarse. Aun a riesgo de excederse del planteamiento de esta monografía, pienso que de los siguientes temas podrían tomarse algunos argumentos en favor de su exposición. Uno es el del papel que juega la receptación, un delito que a menudo pasa desapercibido en materia de patrimoniales, y que es la gran ausente, a pesar de ser mencionada en alguna ocasión (pp. 93-94, por ejemplo). En la medida en que la posesión continuada de buena fe sirve de título, interesa al Derecho que el poseedor sea legítimo, e impedir la apariencia de legitimidad de la posesión de la cosa en manos del sustractor o terceros de mala fe. Por eso, me parece que las consideraciones sobre el bien jurídico y sujeto pasivo (pp. 35-44) se enriquecerían con la del delito de receptación en el conjunto del sistema de protección del patrimonio: se busca impedir la significación que puede llegar a tener la posesión aun en manos del ladrón a quien se tome por dueño. Aunque se discute esta posibilidad en algunos lugares (pp. 40, 54), pienso que sería útil tener más en cuenta el delito de receptación.

Otro aspecto que merecería mayor atención es el de la naturaleza de la cuantía exigida en algunos preceptos. En pp. 60-61, a propósito de los casos de sustracción inútil (de cosas que resultan carecer de valor), parece partirse de que es elemento del tipo, lo cual es defendible, aunque también discutible. Aquí precisamente tendría sentido plantear que la cuantía es condición objetiva de punibilidad, esto es, que no afecta a los elementos del tipo; otra cosa, en cambio, es lo que se refiere a cuantías en supuestos agravados, donde sí revestiría la naturaleza de elemento del tipo. Aunque la autora no se centra en todos los aspectos de estos delitos, sino sobre todo en los que ha suscitado la reforma de 2015 (p. 67), el análisis de la antigua falta (pp. 67-78) cuya cuantía era determinante, podría haber servido para afrontar la cuestión de la naturaleza dogmática de las cuantías.

Y un tercer tema: el del ánimo de lucro. Su exigencia en la redacción legal y el tratamiento en su estudio (pp. 45-47) no pueden hacer ignorar el verdadero papel que puede estar cumpliendo en la práctica, como es que sirva para discriminar entre conductas típicas y conductas dudosas. Y si es así, entonces se trataría de un elemento que cobra sentido en sede de imputación objetiva, esto es, de tipicidad. Más aún, quizá no revista un carácter tan subjetivo como a menudo se suele afirmar.

En otro orden de cosas, por último, pienso que el *diseño* editorial (de páginas que resultan densas por la composición y el tamaño de los tipos) no favorece la lectura. Es una cuestión formal que no hace justicia a la calidad de esta monografía.

En fin, estamos ante una obra que aporta claridad y lleva a cabo un considerable esfuerzo de coordinación interpretativa, lo cual es de agradecer, y por el que cabe felicitar a su autora. La obra de SOUTO GARCÍA constituye un valioso esfuerzo interpretativo y doctrinal en tiempos en que el legislador aboga por volver al casuismo en esta materia. De este modo, la superación en 1995 de la antigua regulación del robo en el código puede estar dando paso en 2015 a un modelo de detalle que acabe por oscurecer lo importante. Y obras como esta ayudan a poner el foco en lo relevante.

Réplias

Réplica a la recensión de CRUZ PALMERA, Roberto, a *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2016 (InDret 4/2017)

Víctor Gómez Martín

Universidad de Barcelona

En su elogiosa recensión a mi monografía sobre la prescripción del delito, que mucho agradezco, Roberto CRUZ PALMERA entiende, no obstante “discutible considerar la imprescriptibilidad de los delitos contra la indemnidad sexual (con víctimas menores de edad) como una decisión relativamente irracional”. Cruz conviene que “la medida resultaría, hasta cierto punto, excesiva al confrontarla con la regla general de la prescripción y la excepción a esa regla”. Pese a ello, recuerda que “la última palabra corresponde al legislador”. Partiendo de esta premisa, sostiene que deberían ser declarados imprescriptibles aquellas “acciones que en razón de su gravedad, y el grado de incidencia en las bases fundamentales del sistema democrático puedan obstaculizar la convivencia y dejar en la sociedad una huella indeleble”.

Para CRUZ, “en lo que respecta a los delitos contra la libertad e integridad sexual, podemos decir que se encuentran presentes, por lo menos, dos de los presupuestos. Por una parte, sabemos que en el CP en esta materia se contienen delitos graves, en razón de la pena establecida por el legislador. Por otra parte, son acciones que pueden dejar una huella imborrable en la sociedad. En conclusión, “dejar un hecho en la impunidad a causa de la prescripción supondría trasladar a la sociedad un mensaje claramente criminógeno, como de hecho sucede... Por eso, para garantizar que esto no ocurra, al menos por causa de la prescripción, es posible incrementar las penas para determinados delitos, de modo que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico una imprescriptibilidad de facto”. En los delitos sexuales con víctima menor de edad, “[l]a proporcionalidad «debe ceder» si la medida logra no solo la impunidad, sino que, además, contribuye a garantizar que un sujeto deje de constituirse como una potencial amenaza frente a otros sujetos que ostenten esas condiciones de inferioridad”.

Ciertamente, nada impide al legislador penal, al menos en el caso español, declarar la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Esto no significa, sin embargo, que cualquier delito pueda ser declarado imprescriptible. En correspondencia con el fundamento de la imprescriptibilidad sólo podrán ser declaradas imprescriptibles aquellas infracciones que únicamente con la muerte de sus responsables podrán ser percibidas por la colectividad como ya superadas o pertenecientes a un orden social pretérito.

Por regla general las infracciones a las que los legisladores penales asignan la etiqueta de imprescriptibles son los delitos de lesa humanidad, los delitos de genocidio y los delitos contra

las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. El fundamento de la imprescriptibilidad de estos delitos es doble. Por un lado, se trata de infracciones de extrema gravedad que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad. Desde la perspectiva que la colectividad acostumbra a tener de tales hechos, en estos grupos de delitos el transcurso de un periodo de tiempo –incluso prolongado– desde que los mismos tuvieron lugar no impediría seguir afirmando la existencia de necesidad preventivo-general de pena. Por otra parte, diversas normas de Derecho penal internacional que declaran la imprescriptibilidad de estos delitos, como por ejemplo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 o el Convenio de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, venían demandando su transposición al ordenamiento nacional.

Excepcionalmente, algunos ordenamientos jurídicos optan para ampliar la consecuencia de la imprescriptibilidad no sólo a los mencionados delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, sino a otros, como por ejemplo la excepción establecida por el Código penal español, los homicidios y asesinatos terroristas (arte. 131.4 CP), o los delitos que ahora nos ocupan, los que atentan contra la libertad sexual y tienen como víctimas los sujetos menores de edad. Se trata, por tanto, de excepciones a la excepción. La regla es la prescripción del delito; la excepción reconocida por el Derecho penal internacional, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, los de genocidio y las infracciones penales contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; y la excepción a la excepción, la introducción a las cláusulas legales de no prescripción delitos ajenos a los de los el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 o el Convenio de 26 de noviembre de 1968. Se trata de valorar si estas excepciones a la excepción resultan o no admisibles desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho.

Tal y como ya se expuso *supra*, la excepción representada por la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, consagrada por el legislador español gracias a la reiterada LO 5/2010, no pueden ser considerada una excepción completamente razonable a la regla de la prescripción de la generalidad de delitos. Aquellos delitos no reúnen las características esenciales de los crímenes de lesa humanidad, a los efectos de imprescriptibilidad, en el sentido del Estatuto de Roma de 1998. Lo mismo sucedería, sin duda, con los delitos comunes con víctima menor de edad. Por muy graves que puedan ser considerados, tampoco aquellos delitos, aún más claramente que los casos de terrorismo local, encajan siquiera mínimamente en la definición de delitos de lesa humanidad recogido al art. 7.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. Los delitos con víctima menor de edad que más habitualmente son objeto de reglas excepcionales de prescripción se corresponden con las infracciones previstas en la letra g) de aquel precepto, que hace a alusión “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. No obstante, hay que recordar que para que estos delitos puedan ser considerados de lesa humanidad es preciso que la infracción se haya cometido “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque”.

Obviamente, este elemento brilla completamente por su ausencia en la generalidad de los delitos que ahora nos ocupan.

Además, no hay que olvidar que la pena –particularmente la de prisión– resulta gravemente restrictiva de la libertad individual. Por esta razón, la prescripción, como causa de extinción de la responsabilidad penal, se erige en condición expansiva de la libertad, de tal modo que las reglas de suspensión o eliminación de la prescripción vendrían a restringir nuevamente derechos fundamentales individuales. Debido a ello, como no podría ser de otro modo, el plazo de prescripción de un delito tiene que respetar el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Para ello, el TC exige la concurrencia de tres requisitos. El primero consiste en la idoneidad. Una medida es idónea cuando resulta útil para la consecución del objetivo que persigue. El segundo requisito es la necesidad, concurrente cuando el objetivo de la norma no puede ser conseguido mediante otra medida menos restrictiva por el sujeto. Finalmente, la medida deberá ser proporcionada en sentido estricto. Este requisito obliga a realizar una ponderación entre los intereses en juego, con el objeto de comprobar qué de ellos es de más entidad.

La aplicación de esta doctrina de la jurisprudencia constitucional a los delitos con víctimas menores conduce a una conclusión inequívoca: la consideración de estos delitos como imprescriptibles resultaría claramente desproporcionada. En un sistema como el español, en el que el plazo de prescripción del delito se determina en función de la gravedad de la pena y esta, al mismo tiempo, depende de la gravedad del hecho, ninguno de los delitos recogidos al art. 132.1 CP español es de tal entidad, atenta de tal manera contra las bases mismas del sistema o puede ser considerado de manera permanente como perteneciente al orden social actual, como para ser declarado imprescriptible. Si así fuera no a todos los delitos de este grupo debería ser reconocida idéntica gravedad, por lo que tampoco sería en absoluto razonable que todos prescribieran con el transcurso del mismo período de tiempo.

Tal y como muy honestamente reconoce Roberto CRUZ en su recensión, la posición de la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad sexual con víctima menor de edad, que defiende, presenta diversas “imperfecciones”. Por un lado, la relativa a la presunción de inocencia, como consecuencia de las eventuales dificultades probatorias derivadas del transcurso del tiempo. Por otro, la concerniente a la supuesta “cesión” que en estos casos, siempre en opinión de CRUZ, debería experimentar el principio de proporcionalidad en favor de “la impunidad por prescripción en lo que respecta a la indemnidad sexual de los menores”. Baste formular, a este respecto, dos cuestiones: ¿Qué caracteriza a estos delitos que no concurra en otras infracciones igualmente graves (e, incluso, también contra menores), que pudiera explicar la imprescriptibilidad de unos y no, en cambio, la de otros? ¿Qué quedaría en pie del Derecho penal de un Estado democrático si la proporcionalidad de la reacción del Estado frente a la infracción cediera incondicionalmente ante la sensación subjetiva de impunidad de la colectividad? Desde mi punto de vista, a estas dos preguntas bien podría darse una rotunda respuesta común: nada.