

Recensiones:

Recensión a Juan Luis FUENTES OSORIO, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas, por Manuel GÓMEZ TOMILLO

Recensión a Fernando MIRÓ LLINARES, *El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas, por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Recensión a Cornelius PRITTWITZ, *Derecho penal y riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Rélicas:

Réplica a la Recensión de Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ a *La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 372 páginas (*InDret* 2.2023), por Dyango BONSIGNORE FOUQUET

-

InDret

3.2023

Juan Luis Fuentes Osorio, Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas, J.M. Bosch, Barcelona, 2023, 332 páginas

Manuel Gómez Tomillo
Universidad de Valladolid
mgtomillo@uva.es

Nos ocupamos en estas líneas de la monografía firmada por Juan Luis FUENTES OSORIO, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. Estamos ante un estudio exhaustivo que toca de forma competente la práctica totalidad de los campos relevantes en la materia. Constituye, pues, una referencia imprescindible entre la selva de trabajos publicados, no siempre con fortuna, relativos a los muy diversos aspectos derivados del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Pese a estar nominalmente dedicado al estudio de las penas imponibles a las personas jurídicas, comienza el trabajo con un amplio capítulo, el segundo, dedicado al examen del presupuesto, cual es la existencia de responsabilidad penal de tales entidades supraindividuales. En ese contexto, parte de la única construcción compatible con el principio de personalidad de las sanciones: la idea conforme a la cual la persona jurídica deben responder por su propio injusto y culpabilidad (p. 33).

En cuanto a lo injusto, lo hace girar en torno a la extendida idea del defecto de organización (pp. 34 y ss.), «siendo irrelevante si éste es consecuencia de una conducta negligente o dolosa». Asimismo, sostiene que la existencia de un programa de cumplimiento, adoptado y ejecutado eficazmente, al no haberse generado un riesgo jurídicamente relevante, determinará que «no se pueda imputar el resultado típico producido», por lo que su conducta no será típica, al no haber tal defecto organizativo (p. 37, donde parece, sin embargo, ignorar la posibilidad de un delito de simple actividad imputable a la persona jurídica). No obstante, advierte, el programa no es *per se* un elemento de la estructura de lo injusto, de forma que cabe la irresponsabilidad, aun cuando no se hubiera adoptado (y a la inversa).

En lo que concierne a la culpabilidad (pp. 39 y ss.), «se construye sobre su capacidad de decidir» (p. 40), «diferente de los sujetos que la integran», lo que «le permite elegir autónoma e intencionalmente entre opciones según sus objetivos e intereses, posicionándose, así, frente a la norma» (pp. 40-41). Pese a tan contundente afirmación, posteriormente asume que las personas jurídicas carecen de soporte cognitivo y sensitivo; son los individuos que se integran en ella los que «temen las sanciones», por lo que «las personas jurídicas no pueden ser culpables en sentido estricto» (p. 42). Llega a sostener que las personas jurídicas «realizan conductas autónomas intencionales y son agentes morales» (p. 45), de donde concluye que «el modelo de responsabilidad autónomo de las personas jurídicas se soporta sobre el mismo concepto de culpabilidad de la persona física» (p. 47).

En cuanto al sujeto de la imputación, asume que está presente «cuando el ordenamiento jurídico reconozca al ente esta personalidad, principalmente según la normativa del derecho privado...» (p. 58), lo que, en su opinión, proporciona una elevada certeza jurídica y determinaría la aplicación exclusiva del art. 129 CP a entidades carentes de personalidad jurídica, y su exclusión en el caso de personas jurídicas «inimputables».

Analiza el trabajo, asimismo, los delitos imputables a las organizaciones (pp. 63 y ss.), manifestando su posición favorable a un sistema que permita punir todo delito imputable a las personas físicas (p. 65, posición que compartimos, con independencia de que en la práctica nunca cabrá la exigencia de responsabilidad por determinados delitos, como se desprende del sistema holandés).

El capítulo tercero se dedica al estudio de lo que denomina «sistema específico de consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas». Comienza analizando la naturaleza jurídica de las penas que, en su construcción, resultan ser auténticas penas (especialmente, pp. 81 y ss.), si bien estaríamos ante penas sin culpabilidad (¿qué problema hay en identificar una culpabilidad de la persona jurídica, diferente de la de la persona física?). Critica, en sintonía con el criterio dominante, que las penas de las personas jurídicas sean siempre graves, proponiendo su división en graves y menos graves, según sean interdictivas (las superiores a cinco años deberían ser graves, las inferiores menos graves) o multa (donde también sería posible diferencia entre unas y otras), o, alternativamente, condicionar su gravedad a la clase y duración de la pena del delito de referencia para las personas físicas, de forma paralela a lo que dispone el art. 14 LECr (p. 86).

Tras describir las penas, divididas entre pena de multa e interdictivas, la posibilidad de adoptarlas como medidas cautelares (especialmente interesante la negativa a compensar con la potencial pena, si bien muy matizada por la posibilidad por el autor planteada de utilizar el art. 59 CP, analógicamente respecto de la pena de multa, p. 101), se aborda la prescripción de los delitos. Analiza muy bien las posibilidades en cuanto a la determinación del plazo: tomar como referencia la pena de las personas jurídicas, con diversas opciones, o la de las personas físicas, asegurando, de esa forma, igual plazo de prescripción para ambas, si bien no parece tomar posición (pp. 102-104). Sí que lo hace en relación con la prescripción de las penas, donde opta por sostener que las penas no prescriben en un plazo único, de diez años, sino que depende de su duración, prescribiendo de forma autónoma las penas de multa e interdictivas (p. 105).

En lo que a las circunstancias concierne, se manifiesta favorable a la utilización de las circunstancias agravantes genéricas del art. 22 CP a las personas jurídicas, considerando su carácter genérico, así como la ausencia de precepto que lo impida y la propia regulación del art. 66 bis CP. Rechaza que la mayor parte de las circunstancias agravantes genéricas no sean aplicables a organizaciones, incluida la alevosía, el ensañamiento, el prevalimiento del carácter público o el uso de disfraz (pp. 109-110, donde propugna que esta última circunstancia se emplee en los casos de utilización de sociedades pantalla). De igual forma, parece defender una intelección flexible de la prohibición de aplicar circunstancias atenuantes (p. 116), incluida la posibilidad de apreciar la eximente incompleta.

Por fin, en cuanto a la posible suspensión de la condena, si bien *de lege lata* parece rechazar que sea posible, *de lege ferenda* propugna su introducción, subordinada a la asunción de un programa de cumplimiento, y únicamente de forma parcial, a fin de evitar indeseables efectos de pérdida de eficacia disuasoria de la pena (pp. 120 y ss.).

El capítulo 4 estudia la finalidad de las penas de multa e interdictivas. La primera tendría finalidad disuasoria. Las segundas, además de tal finalidad disuasoria, perseguiría la inoquización de la persona jurídica, al tiempo que buscarían también la prevención general positiva, mediante la búsqueda de una cultura de cumplimiento (pp. 125 y ss., sin diferenciar entre las diversas etapas, de conminación, imposición y ejecución). Es en ese contexto en el que se introduce la cuestión de la proporcionalidad. Por una parte, en relación con la pena de multa, (pp. 130 y ss.), sin duda, una de las partes más interesantes del trabajo, donde aborda las dificultades para articular la pena de multa proporcional y por cuotas. Por otra, en lo que se refiere a las penas interdictivas (pp. 147 y ss.). En cuanto a estas últimas, partiendo de su finalidad inoquizadora, reclama que se adopten de forma no intuitiva, basada en informes administrativos especializados, subrayando la absoluta excepcionalidad de la pena de disolución (y la de prohibición definitiva de desarrollar actividades), para cuya adopción no bastaría la multirreincidencia.

El capítulo 5 se dedica a las reglas de determinación de la pena. Parte de la idea de que la asociación con la pena de la persona física es un criterio de proporcionalidad de la pena de la persona jurídica (p. 167), la cual debe tomar como referencia, no la pena en concreto asignada al individuo natural, sino la señalada en abstracto en la Ley (p. 173), si bien, en ocasiones, la extensión de la pena de multa se hace directamente por el precepto penal habilitante (la problemática específica de las penas interdictivas se trata en pp. 175-180). Se pronuncia en favor de considerar el tipo concreto aplicable, no el tipo básico (pp. 181 y ss.), considerando el límite superior (p. 185); parece aceptar, con razón, la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por delitos meramente intentados, así como a título de partícipes en el delito (p. 189), pese a la ausencia de regulación en lo que a la determinación de la pena respecta; asume la aplicación del error de prohibición y las eximentes y semieximentes a las personas jurídicas. En este último caso, propugna, en cuanto a la multa, tomar como referencia directamente la pena que correspondería a la persona jurídica, no la de la persona física (p. 192, concretado en pp. 194 y ss.); lo que, pone de relieve, es conflictivo en el caso de las penas interdictivas (p. 93 y 208 y ss.). El enorme grado de detalle impide su consideración pormenorizada aquí, pero sí cabe señalar que se trata, sin duda, de uno de los puntos fuertes de la obra.

En las pp. 228 y ss., se aborda la fijación de la cuantía total de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica. Partiendo de que el CP no proporciona pauta alguna (sí lo hace para las personas físicas, art. 50.5 CP), opta por considerar el beneficio neto o resultado neto (p. 230), si bien teniendo en cuenta, con carácter secundario, otros aspectos patrimoniales y gastos no incluidos en los ingresos netos anuales (p. 231 y pp. 241 y ss.) y el hecho de sancionar conjuntamente a una persona física y jurídica, cuando «tengan un patrimonio compartido» (p. 238 y 244 y ss.).

Propugna una investigación de oficio sobre la situación económica de la persona jurídica, la cual no afectaría a la presunción de inocencia, pues, no se trata de encontrar pruebas relativas a la comisión de delitos, sino de determinar la capacidad del penado en el momento de dictar sentencia (p. 234). Tras observar la patente despreocupación que, en cuanto a las personas físicas, hay en la determinación de su capacidad económica, pone de relieve, con razón, lo problemático que resulta trasladar dicha situación a las personas jurídicas, singularmente considerando que la multa es la reacción central frente a delitos a ellas imputables (p. 237). Asimismo, propugna adaptar la multa al estado económico del condenado durante la ejecución, obviamente en los casos de fraccionamiento y nunca para incrementar la punición, asumiendo, incluso, la posibilidad de un indulto (pp. 252 y ss.).

El capítulo 6 se dedica a la acumulación de penas (acepta imponer varias, siempre que su naturaleza lo permita y para satisfacer las necesidades preventivo-especiales concurrentes, p. 260) y al concurso de delitos (de forma muy detallada, pp. 261 y ss.).

Por fin, el capítulo séptimo analiza el art. 129 CP. Parte de su finalidad inocuizadora o asegurativa (p. 280), y asume (acertadamente, desde mi punto de vista) la posibilidad de que entes sin personalidad jurídica, la tengan materialmente. Consecuentemente, asegura que hay diferenciar entre entes sin personalidad jurídica, pero con una estructura compleja y entes sin tal personalidad, ni complejidad. A los primeros se les sancionaría empleando el art. 31 bis y tendrían naturaleza de penas. A los segundos, con el único requisito de su peligrosidad, se les aplicaría el art. 129 CP como medidas de seguridad (p. 285).

Expuesto el contenido material de la obra, entendemos procedente efectuar algunas consideraciones críticas que no empecen una positiva valoración de la obra, de obligada consulta a quien pretenda introducirse con un mínimo de profundidad en el tema. La masa de información es enorme, por lo que nos limitaremos a exponer algunas de las principales discrepancias surgidas de la lectura.

Éstas se centran, en primer lugar, en el capítulo dedicado al análisis del presupuesto de la pena, esto es, lo injusto y la culpabilidad de las personas jurídicas. En cuanto a lo primero, no podemos compartir la muy extendida idea del defecto de organización que se asume en la obra recensionada. Como vengo insistiendo, si un programa de cumplimiento idóneo excluye la posibilidad de imputar el delito a la persona jurídica, la carga de la prueba de su inidoneidad concierne a la acusación, lo cual habría de ser acreditado en todos los casos (posición del Tribunal Supremo, la cual, desde luego, resulta muy ventajosa para la defensa). Ello, por una parte, aboca a enormes dificultades para condenar (¿qué tendría que hacer el Ministerio Fiscal? ¿pedir una entrada y registro para hacerse con el programa de cumplimiento utilizado en el momento de comisión de los hechos, seguramente diferente del vigente en el momento de la instrucción, en ocasiones, muchos años después?). Por otra, es un auténtico misil a la línea de flotación del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, cuyo fundamento procesal radica en la necesidad de facilitar la investigación de delitos cometidos en el seno de estructuras societarias complejas.

De igual forma, la conformación de la culpabilidad suscita problemas. Estimo que es indiscutible la necesidad de buscar una idea de «culpabilidad de empresa», pero entiendo que no es posible identificarla con características humanas, como la «capacidad de decidir» (que sugiere libre capacidad de opción de una organización no humana...), la actuación intencional (¿qué ocurre con las conductas imprudentes?) y, mucho menos, llegar a defender la condición de agente moral de la persona jurídica. Adicionalmente, en el cuerpo del libro, se defiende tanto la naturaleza de penas de las consecuencias jurídicas «punitivas» asociadas a las personas jurídicas, si bien sin culpabilidad, como el carácter retributivo de la pena de multa (p. 89). Todo ello, creo, supone un cuadro difícil de armonizar.

Hemos visto, asimismo, cómo FUENTES OSORIO vincula el concepto de persona jurídica del Derecho penal, a lo dispuesto por el Derecho privado, por lo que el art. 129 CP sólo se aplicaría a quien no reúna tal condición (con el matiz de las entidades sin personalidad y estructura compleja). Se trata de una solución que, entiendo, deja lagunas, en el caso de delitos cometidos en el seno de entidades carentes de personalidad jurídica, conforme a parámetros civilistas. Sancionarlas penalmente no vulneraría el principio de legalidad, si se construye un concepto de

persona jurídica autónoma del Derecho penal, atento a los fines preventivos del derecho sancionatorio que no coinciden con los del Derecho privado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que quienes actúan en su seno tienen capacidad para determinar la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, son reguladas por el ordenamiento jurídico, y pueden hacer frente al pago de una multa.

Por fin, conforme a lo ya reseñado, el autor aborda la fijación de la cuantía total de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica, para lo que opta por el criterio, matizado, del beneficio neto o resultado neto. Sin embargo, creemos que se trata de un criterio cuestionable. En la doctrina administrativista se ha puesto de relieve las dificultades de tal punto de vista: algunas empresas pueden en ejercicios concretos, o incluso durante años consecutivos, presentar pérdidas millonarias sobre la base de diversas operaciones a su alcance, sin que ello suponga su expulsión del mercado. Ello abre la puerta, incluso, a una inadmisibles modulación de la extensión de la sanción por parte del propio sujeto infractor. De ahí que se haya propuesto el criterio del volumen de negocios o cifra de negocio del ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la sanción (M. IZQUIERDO CARRASCO, «¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica? Un estudio del principio de proporcionalidad en materia sancionadora», *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2021*, pp. 164 y ss.). No obstante, es muy de agradecer tanto el planteamiento del problema, como en general, la preocupación de la obra en considerar el Derecho administrativo sancionador; no tiene sentido ignorarlo, cuando las reacciones punitivas de éste son milimétricamente idénticas a las del Derecho penal, muy anteriores en el tiempo, amén de ser ontológicamente idénticas, conforme al criterio absolutamente dominante.

Las anteriores observaciones no empecen una muy positiva valoración del trabajo, que resulta de enorme utilidad práctica, sin renunciar a la construcción científica. Merece la pena considerarla entre las obras de consulta obligada para los especialistas en la materia.

Fernando Miró Llinares, El progreso de la Dogmática Penal (y sus problemas), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 214 páginas

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
 Universidad Complutense
 iourbina@ucm.es

-

Cuando se me propuso recensionar este libro de Fernando Miró tuve sentimientos encontrados: por un lado, este toma la filosofía de la ciencia como base de su propuesta, y la materia me interesa desde hace años; por otro, este interés convive con la creencia de que es muy poco lo que esta disciplina puede hacer por el Derecho penal.

MIRÓ LLINARES no comparte mi opinión y, hacia la mitad de la obra afirma que la mirada de la filosofía de la ciencia «tan difícil de ser adoptada por nosotros mismos, nos puede enseñar mucho» (p. 98). Mi razón para disentir de su juicio es muy básica: la filosofía de la ciencia es una disciplina esencialmente concernida con las ciencias naturales, sólo de forma secundaria con otras disciplinas empíricas, y sin apenas espacio para el resto. Los intentos de hacer fructíferas las enseñanzas de la filosofía de la ciencia para una disciplina normativo-prescriptiva y no empírico-descriptiva pasan de forma obligada por una hercúlea labor de adaptación, necesitada de tantos pasos intermedios que, para cuando las teorías de filosofía de la ciencia llegan al Derecho penal, sucede como con la teoría de la relatividad en el relato de E. SÁBATO: ya no son las teorías de filosofía de la ciencia («Divulgación», en *Uno y el Universo*, 1968, p. 19). En lo que sigue, por razones de espacio, me ocuparé sólo de los fundamentos filosófico-científicos del libro, por una doble razón: en mi opinión son al tiempo su parte más novedosa y la menos convincente. Precisamente porque sólo ahí se va a poner el foco, resulta oportuno subrayar que la obra de MIRÓ tiene otras muchas virtudes y supone un indiscutible aporte a la siempre necesaria reflexión acerca de la evolución de nuestra disciplina. Es con esta importante cautela que se ofrecen estas reflexiones parciales sobre el libro.

MIRÓ afirma que «el enfoque inicial» de su trabajo es «el estudio del progreso de la dogmática penal desde la propia consideración de la dogmática» (p. 59). Previamente se ha definido la dogmática penal como el «saber que se ocupa de sistematizar y orientar la aplicación y creación del Derecho penal» (p. 25) y se ha concretado que con el añadido de «sistemática» se designa «aquella parte de la disciplina centrada en el desarrollo del sistema del delito» (p. 25, n. 2). El estudio de este progreso, sin embargo, se vería complicado por el hecho de que «a la dogmática penal apenas le ha interesado la metadogmática» (p. 27). Esta afirmación resulta sorprendente cuando se considera que, por razones institucionales (la estructura de la oposición a cátedra de la época), entre los años setenta y noventa del anterior siglo se publicaron en España muchos ensayos sobre el método del Derecho penal. En tanto reflexión sobre la disciplina, incluyendo la teoría jurídica del delito, estas obras suponen un discurso de segundo orden y han por tanto de ser consideradas «metadogmática» en cualquier sentido razonable de la expresión. Cuestión distinta es que MIRÓ considere que «ninguno de estos trabajos contiene en realidad una teorización explícita, sobre la base de modelo filosófico alguno, de la estructura evolutiva de la

dogmática» (p. 26, n. 4). Este sería el vacío que su obra vendría a rellenar, con el auxilio de la filosofía de la ciencia.

MIRÓ ofrece tres razones para acudir a la filosofía de la ciencia: a) en ella se ha discutido mucho «sobre la idea de progreso, en general, y sobre las comunidades científicas y de pensamiento, en particular» (p. 30); b) la dogmática penal es una actividad desarrollada por una comunidad científica y «nadie ha prestado más atención que la filosofía de la ciencia, especialmente a partir de KUHN y el desarrollo de la denominada escuela sociológica, a las comunidades científicas» (p. 31) y c) «ya ha habido quien ha acudido, quizás no del modo más acertado, a la filosofía de la ciencia, en realidad más bien al pensamiento de KUHN, para tratar de describir como revoluciones científicas algunos cambios en el sistema del Derecho penal» (p. 32). Comencemos por este último extremo.

MIRÓ localiza dos intentos previos de aplicar la teoría de las revoluciones científicas de KUHN al ámbito penal y, tras mostrar con rigor sus importantes deficiencias (pp. 44-53), concluye con acierto que en ellos a la expresión «revolución científica» se le da un uso retórico desapegado de la propuesta de KUHN: lo que realmente se quiere expresar es que algunos desarrollos de la teoría jurídica del delito han sido especialmente importantes, por sus propios méritos o por lo que suponían de ruptura con el pasado (p. 53). A pesar de su gran distancia con estas otras contribuciones, creo que MIRÓ tampoco describe y/o usa adecuadamente la teoría de KUHN.

La descripción de la teoría de KUHN se realiza en las pp. 37-42 («El modelo de cambio científico de Kuhn»), y llama la atención que se base por completo en la primera edición de *The Structure of Scientific Revolutions* (las citas aquí son todas al texto original –pp. 28, 29, 33, 34, 38 y 93 y ss.– y, según se recoge en la bibliografía, el texto del *Postscript* en la edición manejada por MIRÓ está en las pp. 268-319). Como es sabido, la obra de KUHN tiene hasta cuatro ediciones en inglés (1962, 1970, 1996 y 2012), y desde la segunda incluye un *Postscript* en el que se revisa profundamente el texto original en puntos cruciales. MIRÓ, sin embargo, no da cuenta de los cambios, y en tal medida ofrece al lector una versión de KUHN que el propio autor no defendería. Aquí me ocuparé de solo uno de los desarrollos del *Postscript*, especialmente relevante para las finalidades pretendidas por MIRÓ.

Haciéndose cargo del riguroso análisis de M. MASTERMAN («The Nature of a Paradigm», en LAKATOS/MUSGRAVE [eds.], *Criticism and the Growth of Knowledge*, 1970, pp. 59-89, 61-65), que mostró hasta 21 significados distintos del término «paradigma» en la primera edición de la obra, en el *Postscript* KUHN propone una reducción a dos sentidos: el paradigma como matriz disciplinar («toda la constelación de creencias, valores, técnicas y demás elementos compartidos por los miembros de una comunidad») y el paradigma como ejemplo de buen hacer científico en el pasado (*The Structure of Scientific Revolutions –Postscript–*, 3.^a ed., 1996, pp. 174-175 y 181-191, las citas recogidas en el texto están en la p. 175; la expresión «matriz disciplinar», en pp. 182 y ss.). MIRÓ prescinde de esta distinción y utiliza exclusivamente la primera noción. Se muestra así uno de los principales problemas del libro: el poco atrevimiento a la hora de analizar ejemplos concretos de posible buen hacer en el Derecho penal del último siglo y medio. Se ofrece una descripción de los criterios de las dinámicas del cambio teórico en la sistemática del delito (pp. 104-119), pero esta procede en un muy elevado nivel de abstracción, claramente buscado por el autor. Así, el libro incluye una matriz de ejes de la evolución sin referencias concretas que se acompaña de esta indicación: «sería un sano ejercicio de auto reflexión que fueran los seguidores (o simples conocedores) de cada posicionamiento quienes desarrollaran y discutieran el ejercicio de situar cada “escuela”» (p. 112, n. 118). El poder de convicción de la obra se habría beneficiado

mucho de una discusión de lo que pueden *prima facie* considerarse «paradigmas» en el segundo sentido (desarrollos previos ejemplares) en nuestra disciplina: eventos tales como la sustitución de la teoría psicológica por la teoría normativa de la culpabilidad por no dar cuenta la primera de ellas (entre otras cosas) de la imprudencia sin representación, o la ubicación del dolo y la imprudencia como elementos del tipo por parte del finalismo. Sin una exploración de la evolución de la dogmática buscando paradigmas (ejemplares) de progreso, el enfoque no puede considerarse leal a la propuesta de KUHN.

Después de argüir convincentemente que en el desarrollo de la dogmática sólo ha habido un paradigma, y que por lo tanto se ha tratado de «Una evolución sin revoluciones científicas» (pp. 82-89), MIRÓ afirma defensivamente: «Que no haya revoluciones científicas no significa que la denominada “ciencia penal” no evolucione. De hecho, también es posible que KUHN no tuviera razón y que el desarrollo científico se produzca por medio de otro tipo de dinámicas o que, al menos, existan otras formas de cambio distintas al cambio total revolucionario» (p. 88). Esta afirmación, y otras (p. 92), imputan a KUHN algo que nunca sostuvo: que la ciencia sólo avanza mediante revoluciones. Sea como sea, ante esta situación MIRÓ propone explorar otro modelo de cambio científico, el de Larry LAUDAN.

La teoría de LAUDAN se explica por fragmentos en tres lugares distintos. Primero se introduce la noción clave de «tradición de investigación» (pp. 97-98); luego, en un apartado titulado «El progreso científico como resolución de problemas de investigación en Larry Laudan» (pp. 137-139), se recuerda cómo para este la valoración de una tradición de investigación depende de su aptitud para resolver problemas y el progreso científico consistiría en «maximizar el rango de problemas resueltos, minimizando el de los problemas anómalos y conceptuales generados» (p. 138). En la tercera ocasión (pp. 143-144) se recupera la clasificación de problemas de LAUDAN distinguiendo entre problemas conceptuales (internos y externos) y empíricos (resueltos, no resueltos y anómalos). A fin de cuentas, sin embargo, y tras afirmar de forma que a mí me resulta algo contradictoria que lo más útil es «separarnos de esta clasificación e irnos al fondo de la misma» (p. 144), MIRÓ prescinde del aparato conceptual de LAUDAN para quedarse con la idea de que la ciencia y las teorías que la integran son «intentos de resolver problemas específicos acerca del mundo»: este debe ser el punto de partida para pensar cuáles son los problemas a cuya resolución se dedica la dogmática penal (p. 144).

No es difícil entender el interés de la teoría de LAUDAN para una disciplina como el Derecho. A diferencia de la de KUHN, está pensada para incluir disciplinas no empíricas y también no científicas, y nadie puede dudar de la existencia, desde hace siglos, de una tradición de investigación jurídica. Pero que la teoría de LAUDAN tenga esta pretensión ecuménica no significa que la pueda cumplir cabalmente sin adaptaciones, y estas son de mayor calado de lo que permite ver la descripción de MIRÓ, en la que a mí entender faltan elementos importantes.

En primer lugar, falta la idea fundamental de que la evaluación de la ciencia ha de hacerse en el nivel de la tradición de investigación (LAUDAN, *Progress and its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth*, 1977, p. 5). Aunque LAUDAN no incluye la dogmática penal entre las tradiciones de investigación que cita, dado lo amplio de su caracterización extensiva de la noción (tantas y tan diversas que resulta cuestionable la utilidad de la noción: v., por ejemplo, la p. 78 de la obra, en la que se alude al darwinismo, la teoría cuántica, la teoría electromagnética de la luz, el empirismo y el nominalismo en filosofía, el psicoanálisis freudiano y el conductismo en psicología, el voluntarismo y el necesitarismo en teología, el utilitarismo y el intuicionismo en ética y el marxismo y el capitalismo en economía, «por nombrar sólo unas cuantas»), la

dogmática penal podría considerarse una tal tradición (y en tal caso enfoques como el/los causalista/s, el finalista y el/los funcionalista/s serían teorías dentro de ella); sin embargo, también podría considerarse que cada uno de estos planteamientos conforma una tradición de investigación, ocupando entonces el puesto de las anteriores teorías entidades de ámbito general pero menos extenso (la teoría del consentimiento en materia de dolo, o la de la imputación objetiva del resultado, por ejemplo). Elegir una u otra visión de las tradiciones de investigación como unidad de análisis puede modificar el juicio sobre si la tradición de investigación progresa o no, de forma que es un aspecto sobre el que no se puede guardar silencio. Adicionalmente, la evaluación del éxito se ve complicada por el hecho de que, siendo la teoría jurídica del delito eminentemente prescriptiva, los criterios para determinar el éxito en la resolución de problemas dependen de premisas axiológicas: ¿cómo determinar, por ejemplo, si el actual tratamiento mayoritario del error de tipo permisivo es el adecuado? ¿o hay que cambiar el foco y preguntarse si este solventa mejor el problema que la teoría estricta de la culpabilidad propugnada por la tradición de investigación finalista? En resumen, tanto la diferente caracterización de la tradición de investigación como la presencia de diferentes premisas axiológicas pueden hacer cambiar la respuesta a la existencia o no de progreso. Si se quiere operativizar la teoría de LAUDAN para el Derecho, se ha de hacer frente a ambas cuestiones.

En segundo lugar, en la exposición se omite concretar el objeto de la teoría de LAUDAN. Este es el progreso, sí, pero no de cualquier tipo. En sus propias palabras: «Me preocuparé exclusivamente de lo que llamaré “*progreso cognitivo*”, que es nada más y nada menos que *progreso con respecto a las aspiraciones intelectuales de la ciencia*. El progreso cognitivo no implica, ni resulta implicado, por el progreso material, social o espiritual» (LAUDAN, *Progress*, 1997, p. 7, cursivas en el original). Esta caracterización se opone sin embargo a la idea de MIRÓ de la oportunidad, en el caso de la dogmática, de virar hacia una idea de progreso atenta a la consecución de finalidades sociales. Sin atender a estas cuestiones, las citas de LAUDAN se quedan en una referencia a la idea de resolución de problemas, en sí misma insuficiente para guiar cualquier estudio de la actividad intelectual y su progreso. Así lo ve el propio LAUDAN, que se refiere a la frase «La ciencia es esencialmente una actividad de solución de problemas» tildándola de «anodina trivialidad, más un cliché que una filosofía de la ciencia» (*Progress*, 1977, p. 11).

En conclusión, entiendo que ni la teoría de KUHN ni la de LAUDAN son objeto de una descripción o uso adecuados en el libro de MIRÓ. Ello debería resultar problemático para quienes, como este autor, consideran que la filosofía de la ciencia tiene algo o mucho que ofrecer al estudio de la evolución y el progreso del Derecho. Es posible, sin embargo, que el problema esté en esta posición de partida, en pensar que el análisis debe o puede apoyarse en esta disciplina. En realidad, creo que ni KUHN ni LAUDAN cumplen una función sustantiva relevante en el planteamiento de MIRÓ, que podría haber sostenido sus planteamientos en la materia apelando sin más al carácter técnico antes que científico de la dogmática que defiende (en mi opinión con mucho acierto), en varios pasajes del libro. Hasta que los proponentes de la aplicación de la filosofía de la ciencia (o de parte de esta) al Derecho no afilen sus propuestas, los agnósticos sobre su utilidad estaremos justificados en nuestro escepticismo.

InDret

3.2023

Cornelius Prittwitz, Derecho penal y riesgo, Marcial Pons, Madrid, 2021, 373 páginas

José Manuel Paredes Castañón
 Universidad de Oviedo
 paredesmanuel@uniovi.es

-

1. La edición original alemana del libro de Cornelius PRITTWITZ que hoy comento data del año 1993. La traducción castellana de aquella edición (un muy meritorio esfuerzo, obra de Eugenio C. SARRABAYROUSE, quien firma también la presentación preliminar que aparece al inicio del libro) se ha publicado hace poco más de un año. Ciertamente, es esta una situación anómala, pues los treinta años que han transcurrido desde la fecha de publicación de la obra, que en su momento tuvo una repercusión limitada en la doctrina penal de habla hispana, hacen que resulte obligatorio aproximarse a ella con una mirada crítica muy idiosincrática. Parece, en efecto, que carecería de sentido ponernos a discutir a estas alturas –como si se tratase de una investigación actual– todas y cada una de sus tesis. Y, por otra parte, resultaría también demasiado fácil limitarse a señalar en qué puntos la historia de las últimas tres décadas le ha dado o quitado la razón a sus análisis. Por ello, creo que el único comentario útil sobre el libro, aquí y ahora, ha de tener una naturaleza necesariamente retrospectiva, orientado principalmente al balance histórico: la pregunta, entonces, debe ser qué es lo que ha quedado de la discusión acerca del papel del Derecho penal en la «*sociedad del riesgo*» (la discusión que PRITTWITZ pretendió destacar, y dinamizar, con su libro); qué es lo que de ella sigue teniendo hoy interés y relevancia.

A este respecto, pienso que para hacer dicho balance es fundamental distinguir al menos cuatro tipos de tesis que los discursos acerca del Derecho penal del riesgo (o de la sociedad del riesgo) han venido incorporando, a veces entremezcladas, pese a su diferente naturaleza:

- tesis teórico-sociales, que pretendían describir e interpretar la evolución de las sociedades occidentales desarrolladas contemporáneas;
- tesis criminológicas, que intentaban describir los cambios acaecidos en los sistemas penales;
- tesis político-criminales, de carácter normativo, que proponían cómo debería configurarse el sistema penal para hacer frente a los nuevos desafíos; y, por fin,
- tesis dogmáticas, también de naturaleza normativa, que pretendían indicar cómo debería aplicarse la ley penal a algunos nuevos fenómenos sociales; o bien a fenómenos ya conocidos, pero percibidos ahora, desde el punto de vista político-criminal, de manera diferente, con una nueva sensibilidad.

El libro de PRITTWITZ aborda, desde luego, todos y cada uno de estos aspectos. Y lo hace, además, desde una doble perspectiva. Primero, compendiando y sintetizando un amplísimo conjunto de ideas, propuestas y tomas de posición, de sociólogos, criminólogos y penalistas; agrupándolas y ordenándolas, presentando así un cuadro que se pretende global del debate y enfatizando la novedad y la trascendencia social y política del mismo (un énfasis probablemente hoy innecesario, pero que entonces podía parecerlo). Y, luego, apuntando, al hilo de esta presentación global, sus propias inquietudes críticas acerca del panorama así descrito e interpretado; su desasosiego (este es probablemente el término que más fielmente expresa lo que el libro transmite acerca de la actitud de su autor) ante una evolución social y jurídica que se concibe como inexorable, pero en absoluto halagüeña. Desasosiego que PRITTWITZ compartía,

como es sabido, con sus colegas del Institut für Kriminalwissenschaften de la Universidad de Frankfurt (que, dos años después, en 1995, hablaban ya de «*la insostenible situación del Derecho Penal*»)...

2. Observado todo ello con ojos de hoy, algunas conclusiones saltan inmediatamente a la vista. La primera tiene que ver con la teoría social de la que se partía: si volvemos ahora a revisar la discusión acerca del rol del riesgo en las sociedades desarrolladas contemporáneas, que ocupó a muchos teóricos sociales de habla alemana a partir de la segunda mitad de la década de los años 80 del pasado siglo (el libro de Ulrich BECK sobre la sociedad del riesgo es de 1986, el de Tilman EVERS y Helga NOWOTNY, de 1987, el de Niklas LUHMANN, de 1991,...), lo que contemplamos es un denodado esfuerzo por teorizar lo que se percibía entonces –y con razón– como un cambio verdaderamente epocal en el estado de ánimo colectivo de dichas sociedades. O, para ser más precisos, de sus élites, las que dictaban el pensamiento social hegemónico. Cambio que podría resumirse en el paso del optimismo económico, político, social y cultural que había sido predominante durante los «Treinta Gloriosos» (entre el fin de la guerra mundial y mediados de la década de los setenta) a una actitud mucho más ensimismada, timorata y recelosa ante el futuro, que se consolida al hilo de las múltiples crisis no resueltas en esta década (crisis económica, ascenso del neoliberalismo, crisis de inseguridad ciudadana, crisis de gobernanza de las democracias, crisis de las grandes narrativas,...). En este sentido, la idea de «*sociedad del riesgo*» no era más que un intento de representación explícita de este diagnóstico histórico: habríamos cambiado de fase histórica y, por lo tanto, muchas cosas tendrían necesariamente que cambiar en la sociedad en esta nueva etapa (entre otras, el Derecho).

Personalmente, he sido siempre escéptico respecto de las interpretaciones históricas y sociológicas omnicomprendivas, pues creo que generalmente estas indican más acerca de quien las enuncia (de su filosofía de la historia y de su teoría acerca de la sociedad) que sobre las realidades que pretenden describir: de hecho, tanto la sociedad en un momento dado, como la historia de la misma a lo largo del tiempo, son siempre realidades tan complejas y diversas que hacen imposible que ninguna teoría omnicomprendiva pueda describirlas adecuadamente. Por ello, creo que también en el caso de la teoría de la sociedad del riesgo lo que verdaderamente se estaba representando no era tanto un cambio social global cuanto un cambio en la actitud y mentalidad de sus élites (económicas, políticas y culturales): crecientemente preocupadas por la “crisis de gobernanza” de los regímenes políticos democráticos, esto es, por la creciente conflictividad social; y, por ello, cada vez más atentas a la necesidad de proteger la seguridad de ciertos estados de cosas frente a la desviación social. Seguridad: tal era la nueva divisa (de las élites, insisto). Y la gestión del riesgo se convertirá en la estrategia para intentar alcanzar tan mítico objetivo. Y el discurso de la inseguridad se irá progresivamente difundiendo, a través de los medios de comunicación y de los productos de la industria cultural, al conjunto de la sociedad. (Haciéndose especial hincapié, en la estrategia de comunicación del miedo, en la parte socialmente más integrada de la ciudadanía como destinatarios. Mientras que el resto de individuos y grupos sociales siguen cumpliendo el rol de sujetos peligrosos, que hay que temer y neutralizar.)

3. Es este el contexto social en el que empezaron a desarrollarse tendencias político-criminales que, tomadas en conjunto, han sido posteriormente etiquetadas como «*expansión del Derecho penal*» (SILVA SÁNCHEZ), «*modernización del Derecho penal*» (GRACIA MARTÍN) o «*Derecho penal del riesgo*» (MENDOZA BUERGO). Unas etiquetas que o son demasiado vagas e impropias (puesto que la expansión ha sido en todo caso desigual, y qué signifique realmente «modernizar» el Derecho penal contemporáneo resulta hartamente controvertido) o, cuando no lo son, agrupan bajo una sola denominación (como la de «*Derecho penal del riesgo*») fenómenos que merecen un análisis diferenciado y bien matizado. Veámoslo:

3.1. Sobre el contexto sociopolítico de la transformación: el término «*Derecho penal del riesgo*» evoca principalmente la idea de aumento del intervencionismo estatal, a través de prohibiciones

y sanciones penales, en la vida social. En términos absolutos y estrictamente cuantitativos, los datos son contundentes: tras la oleada de despenalización que recorre los Derechos penales occidentales tras la guerra mundial, a partir de los años ochenta los códigos penales comienzan a crecer en tamaño, a incorporar cada vez más delitos. Ahora bien, si pasamos de lo puramente cuantitativo a un análisis más cualitativo, entonces es necesario señalar que el crecimiento estuvo revestido de ambivalencia desde un punto de vista político: aumentan los delitos que tienen que ver con el riesgo procedentes de extraños a la comunidad (terroristas, migrantes, «pervertidos» sexuales...), pero también de ciudadanos bien integrados (delitos contra la seguridad vial) y de grupos sociales poderosos (delitos socioeconómicos, corrupción, crímenes internacionales). (Cuestión distinta, por supuesto, es que, en virtud del efecto de la selectividad secundaria del sistema penal, no todos estos nuevos delitos se hayan estado aplicando por igual...)

3.2. Sobre el efecto social material del «*Derecho penal moderno*»: PRITTWITZ señala que, en pura teoría, el Derecho penal de la sociedad del riesgo es un Derecho dirigido de manera prioritaria a la prevención de todos los riesgos (tanto los de origen tecnológico como los de origen social); dejando, pues, en un segundo plano el tradicional objetivo retributivo, de hacer justicia –y reafirmarla– frente al sujeto socialmente desviado, reprochándole su conducta. Sin embargo, la plasmación efectiva de esta prioridad teóricamente atribuida al objetivo de la prevención de riesgos se enfrenta a importantes obstáculos, tanto de naturaleza moral como de orden práctico. Por una parte, en efecto, resulta dudoso que sea posible, sin desnaturalizar por completo la institución, convertir el Derecho penal sustantivo en un instrumento verdaderamente eficaz y eficiente de prevención de riesgos: mientras se respeten los principios de lesividad, responsabilidad por el hecho, responsabilidad subjetiva y culpabilidad (por lo que hace a la infracción), y de proporcionalidad (en relación con las sanciones), la prevención de riesgos macro-sociales a través de prohibiciones y sanciones resultará en todo caso de una eficacia relativa (porque es preciso identificar, en el seno de organizaciones sociales complejas, concretas acciones negligentes –o intencionadas– de determinados individuos, puestos de acuerdo entre sí, que ocasionen por sí mismas, de manera previsible, un daño perceptible a estados de cosas valiosos también concretamente definidos); y, además, con un coste elevado, más elevado que el de otros instrumentos de políticas públicas disponibles (pongamos: incentivos económicos, *nudges*, etc.). Ello, desde luego, no es argumento suficiente –como se ha pretendido– para sostener que el Derecho penal debe abstenerse de intervenir en el ámbito de los «nuevos riesgos» sociales y tecnológicos, o que deba hacerlo de manera más liviana o moderada que en el del Derecho penal «clásico». Sí lo es, empero, en mi opinión, para apostar porque dicha intervención persiga principalmente los objetivos (de justicia y prevención general intimidatoria) que son más propios del Derecho penal sustantivo. Reconociendo, pues, que el control global de riesgos sociales es un objetivo que excede con mucho aquello que el Derecho penal (y, en general, el Derecho de la responsabilidad) puede razonablemente conseguir (a un coste también razonable), aunque pueda contribuir a ello, indirectamente, en alguna medida.

Por otra parte, si las dificultades de eficacia y eficiencia al emplear la legislación penal sustantiva para el control de riesgos macro-sociales parecen insoslayables, la racionalización del resto del sistema penal (actuación policial, proceso, régimen de ejecución de penas) atendiendo a fines de prevención de la peligrosidad sin duda alguna resulta mucho más viable desde el punto de vista práctico: justamente, tal ha sido el objetivo declarado de muchas de las prácticas que el gerencialismo penal ha intentado introducir –con mayor o menor éxito, según los casos– en las estrategias de actuación policial, en las medidas cautelares del proceso penal (en ambos casos, otorgando preponderancia a la intervención pre-delictual frente a situaciones o personas identificadas como fuente de potenciales riesgos para la seguridad) y en las prácticas de clasificación de penados y de regulación de los beneficios penitenciarios a disfrutar por parte de estos (dando prioridad también aquí al control de la peligrosidad del penado). Todo ello, no obstante, con un coste enorme para los derechos de, respectivamente, sospechosos, acusados y

penados, lo que lo vuelve cuestionable (al menos, en sus mayores extremos) desde un punto de vista moral.

En resumidas cuentas: aun sin compartir la negativa de principio de PRITTWITZ y de sus compañeros de Frankfurt a aceptar la intervención del Derecho penal actual sobre los nuevos riesgos sociales y tecnológicos (y su ahistórica mitificación de un «Derecho penal clásico» garantista), es preciso darles la razón en su crítica a la fantasía tecnocrática, propia de la idea de «*Derecho penal del riesgo*» del control penal del riesgo total y eficaz. En cambio, soy de los que piensan que, entre una indeseable política penal no intervencionista (que sería injusta desde el punto de vista de la justicia distributiva y, además, socialmente poco sostenible, a la vista de la creciente gravedad de los riesgos que crean determinadas dinámicas sociales y económicas) y la fantasía del control penal total, cabe una estrategia intermedia, orientada primariamente a intimidar a potenciales infractores graves contra bienes jurídicos supraindividuales (bien definidos, eso sí, de manera concreta y materialista); y, cuando ello no sea posible, a hacer con ellos justicia, mediante su identificación, enjuiciamiento y condena.

3.3. Sobre el efecto psicosocial del «*Derecho penal moderno*»: Esto nos lleva al otro rasgo de la política criminal propia del Derecho penal del riesgo que PRITTWITZ destaca: su objetivo de generar sensación de seguridad, mediante la comunicación masiva, dirigida al conjunto de la sociedad, de la (pretendida) eficacia preventiva de riesgos que caracterizaría al sistema penal. Desde este punto de vista, el ideal político-criminal de Derecho penal del riesgo sería el de un conjunto de normas penales capaces (al mismo tiempo, y sin contradicciones ni desfase alguno) de cumplir el objetivo material de mantener los riesgos macro-sociales bajo control y el objetivo psicosocial de mantener a la población tranquila (a pesar del creciente número de riesgos que son percibidos), en virtud de la eficacia de aquella prevención. El problema, por supuesto, es que ni, como vimos, parece plausible ese ensueño de eficacia total preventiva de las normas penales, ni tampoco puede darse por supuesta la coherencia entre los efectos preventivos materiales y la percepción social de dichos efectos.

De hecho, podría afirmarse que la situación es más bien la contraria, la de una situación de (creciente) opacidad del sistema penal para el observador externo. Pues sí, como indican todos los estudios criminológicos, la experiencia social acerca de la desviación social, la delincuencia y el control penal son, en nuestras sociedades, experiencias fundamentalmente mediadas (no directas, sino transmitidas a través de los medios de comunicación, los productos culturales, etc.), pero también cada vez más relevantes (cada vez son temas que poseen mayor repercusión social y política), entonces parece evidente que la probabilidad de que se produzcan discrepancias –incluso discrepancias radicales– entre la realidad social de la criminalidad y del control penal y la percepción colectiva acerca de dichas realidades aumenta constantemente. En estas condiciones, el objetivo político-criminal de tranquilización colectiva (o prevención general positiva) se vuelve necesariamente problemático: pues o bien se desatiende (por entender que los miedos sociales son infundados), y entonces surge el riesgo de una crisis de confianza ciudadana en el sistema; o bien se atiende, incluso si nada justifica el miedo ciudadano al delito, en cuyo caso la actuación del sistema penal (y, sobre todo, la creación, imposición y ejecución de penas y otras medidas restrictivas de derechos) deviene fundamentalmente comunicativa y quienes soportan dichas actuaciones son instrumentalizados (de manera moralmente cuestionable) en pro de dicho fin.

Otra vez, pues, el pecado original de desmesura, tan propio de la ideología del Derecho penal del riesgo, viene a provocar una fricción notable entre pretensiones y posibilidades. Algo que podemos ver encarnado, un día sí y otro también, en la demencial huida hacia delante de muchos de nuestros legisladores, cuando se empeñan en explotar las capacidades tranquilizadoras de las reformas legislativas y de la creación de penas cada vez más duras (y la exigencia a los órganos judiciales para que las apliquen efectivamente en los casos ejemplares). El problema de fondo, por supuesto, estriba en esperar del sistema penal y del Derecho penal lo que este no puede de

ningún modo proporcionar: seguridad total y, además, sensación completa de tranquilidad; en una sociedad adicta al riesgo y atravesada por importantes tensiones y miedos.

4. En este contexto político-criminal, el papel del concepto de riesgo crece en importancia también en el plano de las categorías dogmáticas. En efecto, como PRITTWITZ pone bien de relieve, se produce, por un lado, una ampliación notable del número de casos en los que el concepto de riesgo es empleado para justificar la atribución de responsabilidad: ello ha ocurrido especialmente en el plano de la valoración objetiva de la conducta penalmente típica, ámbito en el que las ideas de riesgo y de riesgo permitido han alcanzado una importancia extraordinaria, desconocida en la teoría del delito anterior (en categorías como las de imprudencia, autoría y participación, imputación del resultado, atipicidad, omisión, etc.). Por otra parte, en ciertos casos particulares parecería que la idea de Derecho penal del riesgo impulsa una reducción del nivel de exigencia en cuanto a las condiciones necesarias para la imputación: así, cuando, al tratar la imputación objetiva del resultado en los delitos de resultado, se opera con el criterio del incremento del riesgo (en algunos casos, incluso para la determinación de la relación causal); o cuando, para calificar una conducta como dolosa, se opta por una definición puramente cognoscitiva del aspecto psíquico del dolo y se exige, además, tan solo el conocimiento del riesgo.

A la hora de valorar críticamente estas tendencias dogmáticas, creo que es preciso distinguir entre las ocasiones en las que la introducción del concepto de riesgo ayuda a ganar finura conceptual a las categorías dogmáticas (como ocurre, me parece, en el caso del desarrollo contemporáneo de la teoría del desvalor objetivo de la acción y del resultado) y aquellas otras en las que se propone es una disminución del nivel de exigencia para afirmar la imputación. Pues mientras en el primer caso creo que existe una relevante ganancia teórica (que permite un proceso de atribución de responsabilidad más matizado y ajustado), en el segundo nos encontramos ante una manifestación nueva y diferente (derivada de los reclamos securitarios del nuevo contexto político-criminal), pero no mejor, de la vieja idea de que hay que ganar eficacia reduciendo garantías (y, en este caso, contenido material en los criterios de imputación empleados). En este sentido, creo que el análisis crítico de PRITTWITZ, que coincide con el mío en este último aspecto, no acaba de diferenciar con claridad las dos situaciones, por lo que tiende a valorar (mal) todos los desarrollos dogmáticos en torno al concepto de riesgo del mismo modo, sin que exista en todos los casos una justificación suficiente para tal actitud, en mi opinión.

5. Acabo ya. Como se podrá comprobar, aun sin compartir el punto de partida de PRITTWITZ acerca de qué debería ser el Derecho penal (como he señalado, el concepto suyo –y de sus colegas de Frankfurt– de un «Derecho penal clásico» garantista me parece históricamente equivocado y, en todo caso, insostenible como propuesta político-criminal de futuro), estoy muy de acuerdo con bastantes de sus críticas a las tendencias que, ya en 1993, lúcidamente percibía que amenazaban con convertir el Derecho penal en un ente deforme. (Más deforme, diría yo: puesto que, en la práctica, el grueso del Derecho penal que se practica en los tribunales de justicia sigue siendo, ahora y siempre, el de la represión de la desviación social de los grupos sociales más pobres y marginados –ningún diagnóstico de las nuevas tendencias debería hacernos olvidar esto.) Decepcionante, sin embargo, me parece su propuesta de solución, basada en la resistencia: si el ánimo colectivo ha cambiado, la sociedad ha cambiado y la política penal ha cambiado, ello obedece en todo caso a transformaciones sociales, culturales y políticas que no tienen vuelta atrás; y ante ello, seguir añorando el «viejo y bueno Derecho penal» parece una mala estrategia. Por el contrario, es imprescindible enfrentarse decididamente a los nuevos humores sociales, a los nuevos problemas, con propuestas político-criminales también nuevas, que combinen realismo y respeto a principios y valores morales y políticos básicos. Nadie dice que esto sea fácil. No obstante, lo que sí que me parece claro es que, como PRITTWITZ supo ver ya muy bien allá por 1993, la tentación tecnocrática (encarnada en el ámbito de la política criminal por el concepto de «Derecho penal del riesgo») no va a ser la vía de salida de la presente –y preocupante– situación.

Réplica a la Recensión de Leopoldo Puente Rodríguez a La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal, Marcial Pons, Madrid, 2022, 372 páginas (InDret 2.2023)

Dyango Bonsignore Fouquet
 Universidad de Alicante
 d.bonsignore@ua.es

Resulta sumamente extraña la posición del autor encargado de redactar una réplica a las observaciones efectuadas a alguno de sus trabajos. Extraña porque obliga a superar, de alguna manera, el efecto paralizante de la gratitud sincera: gratitud dirigida al colega que ha dedicado su tiempo y esfuerzo en preparar un comentario (en mi caso, el profesor Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ), pero también gratitud hacia la revista, que ha tenido a bien tanto publicar la recensión que aquí nos ocupa como ofrecerme la oportunidad de «réplica». Poner esto de manifiesto no es, entonces, una cuestión protocolaria ni ritual, sino una clave de lectura para entender que las observaciones de las líneas que siguen son una forma de aclarar algunos puntos, introducir algún matiz y, ante todo, contribuir al debate con la esperanza de que pueda resultar enriquecedor.

La propia naturaleza de la investigación que aquí discutimos requiere, como punto de partida, insistir en una cautela que el profesor PUENTE RODRÍGUEZ naturalmente señala pero que no está de más recordar. El enfoque histórico-conceptual seguido en la obra dificulta emitir cualquier pronunciamiento fuerte sobre el presente que respete los rigores del análisis científico. Esto no implica que no se pueda decir nada sobre aquello que hubiere ocurrido con el «criminal peligroso» con posterioridad al periodo cronológico examinado, sino simplemente reconocer que las sociedades no son estáticas y que no está claro cuánto de lo que somos resulta moderno o hasta qué punto «nunca fuimos modernos».

Hechas las anteriores precisiones, creo que el lector goza de suficiente contexto como para poder ocuparme, finalmente, de responder a las observaciones que se me dirigen.

I

Procediendo en orden, el primero de los «desacuerdos» que plantea el profesor PUENTE RODRÍGUEZ estriba en la posibilidad de extender hasta nuestros días el alcance de uno de los vectores analíticos del trabajo, a saber, el de la relación entre la pobreza y la atribución de peligrosidad. No se cuestiona en este punto (salvo error por mi parte) la legitimidad de estudiar, desde un punto de vista histórico, el engarce entre la criminalización de la pobreza y el gobierno de la llamada «cuestión social». Al contrario, lo que queda en tela de juicio es que este marco siga siendo útil a efectos de identificar sujetos «peligrosos» en la actualidad: «No creo que nadie hoy definiera al “carterista profesional” como un “delincuente peligroso”. Aunque este sector de la delincuencia reciba un tratamiento particularizado, no parece que esta categoría amerite

considerar a sus autores “peligrosos” y no, simplemente, “molestos”. Quisiera disentir pero coincido, aunque también *viceversa*.

Por una parte, una de las conclusiones a las que me ha conducido el estudio ha sido la observación de que el *gobierno* de la pobreza mediante instituciones crecientemente especializadas ha permitido que el ámbito penal adquiera un espacio cada vez más autónomo. Y conforme se incrementa la importancia otorgada a la perspectiva penal y penitenciaria se produce cierto desplazamiento temático. Simplificando un poco, aunque la represión de la delincuencia bagatelaria y la vagancia era una forma específica de controlar la «pobreza peligrosa», esta tarea resultó esencial en el descubrimiento (por así llamarlo) del «reincidente», una categoría de peligrosidad medida estrictamente desde indicadores penales (la reiteración delictiva). Este descubrimiento hizo posible la desvinculación analítica entre el reincidente, que no es más que quien comete nuevos delitos de manera repetida, y la cuestión social que actúa como fondo causal en muchos de estos casos (todavía hoy). Desde esta perspectiva, quedaban sentadas las bases para que la reincidencia se volviese completamente autónoma e, incluso, pudiera emanciparse conceptualmente del estigma de la peligrosidad.

Si tal ha sido el caso, tal vez haya que considerar que, en efecto, el reincidente contemporáneo no es otra cosa que un problema recurrente pero relativamente inofensivo (en términos de peligrosidad, se entiende). Ahora bien, me inquieta considerablemente que este no sea el «fin de la historia». Por un lado, me parece que la distancia entre el reincidente «molesto» y el «peligroso» no es tanta en cuanto abandonamos el espacio del delito de bagatela del carterista (como parecen corroborar incursiones en materia de «seguridad ciudadana» como durante el ciclo de reformas penales del año 2003). Por otro lado, el enfoque instrumental que he adoptado sobre la etiqueta de peligrosidad (como «técnica de gobierno», siguiendo a FOUCAULT) me sugiere que, tal vez, simplemente ya no sea necesario recurrir a mecanismos de penalidad «expresiva» para conjurar el peligro identificado en todo o parte de los colectivos depauperados y/o víctimas de la cuestión social contemporánea. Esto no hace desaparecer el problema, pero lo oculta un tanto. Con todo, otras pistas refuerzan mi escepticismo: hasta donde me llega, parece consensual la observación de que la prisión se ceba con los colectivos más desfavorecidos aún a día de hoy. Las estrategias de prevención del delito también les dedican, en ocasiones, una atención destacada, siendo particularmente interesante la conexión trazada en la actualidad entre vulnerabilidad social y riesgo de radicalización violenta. La intensa hostilidad con la que se aborda frecuentemente la cuestión migratoria, o la violencia con que se ha desarrollado también la «guerra contra las drogas» (punta de lanza de la criminalización de la pobreza) son también indicadores que sugieren un panorama poco halagüeño. Ante todo esto, coincido en que amplios sectores delincuenciales no «ameritan» los galones de la peligrosidad, pero esto solo hace más criticable su sobreexposición a los rigores penales. Al menos, los decimonónicos creyeron que se estaban protegiendo de un peligro tangible. No sé qué hacemos nosotros.

II

El segundo punto concierne, en cambio, al valor explicativo que quepa conceder al gobierno de la cuestión social en una categoría mucho más célebre de peligrosidad criminal que tiene que ver con «el psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo». Esto, nuevamente, no se objeta desde el punto de vista histórico, sino que el profesor PUENTE RODRÍGUEZ manifiesta más bien su «temor» a que la vinculación entre la cuestión social, la patologización (que serviría para ocultar sus efectos) y el delito no siga vigente: «No se me ocurre cuáles son los supuestos en que hoy se encubra la cuestión social mediante la patologización».

En este punto, quisiera hacer abstracción, por un instante, del concepto de peligrosidad criminal. En primer lugar, creo que la tentación de realizar el «truco de magia» por el cual el plomo de la desigualdad y la miseria se transforma en el oro de la salud física y mental, borrando cualquier rastro de la primera, sigue estando fuertemente presente. Permítaseme conjeturar que, posiblemente, cada vez más. A tal efecto, cabe recordar que conviven en nuestra época la conciencia de los efectos que la pobreza tiene sobre la salud física y mental (me parece que esto es consensual entre los estudios de salud pública), la alarma en torno a la actual crisis de salud mental y una rampante desigualdad que arrincona a cifras crecientes de la población a la falsa alternativa entre el trabajo precario, el desempleo, el estancamiento vital y tal vez, quién sabe, esas otras cosas que interesan al penalista y al criminólogo, como la economía informal y las actividades ilícitas. Siguiendo, por un momento, con la conjetura, no parece tan aventurado señalar que seguramente los tres fenómenos de largo alcance mencionados se retroalimenten entre sí, agravando sus respectivas consecuencias. También creo que, fuera del campo científico al menos, ponerle al propio malestar un «*nomen pathos*» tiene a menudo el efecto de transformar lo que *nos sucede* en lo que *me sucede*, reconduciendo problemas que, muchas veces, son colectivos, absolutamente concretos y pragmáticos, a un catálogo de carencias personales que uno ha de cambiar para *adaptarse, renovarse*. A diferencia del s. XIX, nuestra «anomalía» en tiempos de excedente de mano de obra y neoliberalismo parece ser, no ya la «degeneración», sino el «estancamiento», la incapacidad de amoldar la propia existencia a las necesidades cambiantes del sistema productivo.

Pero, ¿en qué puede resultar esto relevante para el sistema penal? Resultaría excesivo por mi parte responder tajantemente a esta pregunta, pero sí señalaré algunas pistas exploratorias. Lejos de mí la intención de plantear una relación simplista entre patología mental y delito, creo que ya no estamos en ese punto. No obstante, parece que existe una contradicción (sólo aparente) en el modo en que las instituciones penales afrontan la salud mental: por una parte, sólo una pequeña cantidad de trastornos mentales llamativamente graves tienen capital jurídico alguno en términos de responsabilidad, mientras que la inmensa mayoría de pequeñas y grandes «anomalías» carecen de la más mínima relevancia. Paralelamente, la salud mental penitenciaria es un espacio en expansión que ha trascendido desde hace tiempo el insuficiente modelo del psiquiátrico penitenciario, virando progresivamente hacia un abordaje estructural, como parece deducirse de programas como el PAIEM. La contradicción es solo aparente, por supuesto, pues la salud mental jurídico-penalmente relevante y la que interesa, en cambio, en el día a día de las prisiones, son bien distintas entre sí, pero nos da la pista de que, en ocasiones, el Código penal o la jurisprudencia no nos cuentan toda la historia. Volviendo al medio penitenciario, en el que parecen converger la vulnerabilidad socioeconómica y la vulnerabilidad psicopatológica, no parece del todo extravagante pensar que existe una relación entre ambas. Como decía, con esto no pretendo reavivar el eterno estereotipo que relaciona la enfermedad mental y el delito, sino rescatar la relación entre psicopatología (o patologización, según se quiera ver) y cuestión social. ¿Mantienen estas reflexiones una relación directa con la peligrosidad criminal, de manera que se pueda trazar una línea de continuidad directa? ¿O acaso debemos pensar que el Derecho penal sólo se ocupa de peligrosidades con causas auténticamente endógenas? De nuevo, la cosa varía si pensamos en el «imputable peligroso» legalmente proclamado, o descendemos a la marea de «imputables peligrosos» que, con otro nombre, son materia cotidiana de los esfuerzos (mayoritariamente exitosos, según parece) de control de la reincidencia.

Tras toda esta diatriba, puedo coincidir parcialmente con el profesor PUENTE RODRÍGUEZ porque, me parece, sus observaciones son consistentes con la evidencia histórica: el linaje del «psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo» es, hasta donde me alcanza, distinto de esas otras

formas, menos escandalosas, de peligrosidad. En mi trabajo, la patologización de la cuestión social y su asociación con el peligro es una de las ramas detectadas, pero no coincide más que parcial y transitoriamente con la otra, la del crimen sin razón, la del «monstruo moral». El punto donde mi querido colega y yo hemos podido disentir es, en realidad, otro distinto que aquí solo aparece de soslayo: si aceptamos la tesis de que, hoy por hoy, hemos conseguido restringir nuestro empleo del estigma de la peligrosidad a los casos más palmarios de individuos «anormales», cuya inclinación a la violencia y el delito es tan extravagante que es posible reconducirla con cierta seguridad a características endógenas, no alcanzo a comprender que seamos tan escrupulosos en considerar aplicables los mecanismos usuales de exención y atenuación de la responsabilidad. Diría más: a esta luz, es la obsesión contemporánea por punir *de más* a quienes consideramos suficientemente distintos como para no ser «como nosotros», pero no lo bastante como para entrar con «los otros» (los inimputables, los enfermos, etc.) lo que me resulta particularmente extraordinario.

III

Finalmente, el tercer punto de controversia tiene que ver con el abordaje que se hace del nacimiento del fenómeno terrorista (o de una forma reconociblemente moderna de terrorismo) y, concretamente, con la consideración de que el terrorismo anarquista decimonónico estuvo rodeado de un aura de peligro «exagerada». A la vista de los escarceos de los teóricos del anarquismo con la retórica encendida y la legitimación de la violencia política, pero también de las muertes efectivamente producidas entre civiles y autoridades, la visión del terrorismo anarquista como peligroso por parte de sus contemporáneos no habría tenido nada de exagerada (exagerado, en este caso, lo habría sido yo, por así decir).

A este respecto, creo que el juicio podría variar en función del tiempo y lugar estudiados, y es cierto que algunos procesos políticos violentos no examinados por la obra podrían merecer otro tipo de calificativos. Ahora bien, lo que quisiera trasladar es, más bien, que la rapidez e intensidad con la que el anarquismo fue transformado en el paradigma de amenaza internacional que se cernía sobre Occidente no se explica adecuadamente por lo que los contemporáneos sabían o podían constatar, sino por lo que temían. Pero el temor tiene una relación «abierta» con la realidad, alimentándose de estereotipias, proyectando ansiedades y coloreando con ello lo que quede de fáctico. Ahondando un poco más, no creo que uno pueda inferir demasiado de la retórica encendida de los ideólogos en un periodo histórico caracterizado, precisamente, por ciclos repetidos e intensos de violencia política en los que la prosa enardecida quedaba como una concesión a la moderación. La historia del terrorismo se narra junto con la historia de las revoluciones políticas, precisamente, para entenderlas de manera entretejida. Por lo que hace a los «éxitos» prácticos del terrorismo, no sé si fueron suficientes como para justificar el peligro apocalíptico que llegaron a representar. No sé, más en general, si superada la histeria del atentado, el terrorismo tiene gran cosa que hacer para combatir a un Estado moderno que no se encuentre ya haciendo aguas. Las burocracias no se crearon para depender de quienes las encarnan, sino para *sobrevivirles*. En todo caso, y regresando al asunto del anarquismo del periodo, temo que su escalada violenta no pueda considerarse un indicio más que parcial en apoyo de la certeza diagnóstica de los observadores del momento, especialmente si consideramos que esta escalada se produjo, sobre todo, al calor de estallidos violentos de más amplio espectro. En tercer lugar, lo que resulta llamativo al examen histórico es que la inefable amenaza del anarquismo coexistiera sin fisuras con la memoria reciente de masacres institucionales, o con los aún recurrentes excesos de un sistema penal inmaduro y poco profesional. Si hemos de evaluar el grado de acierto de los temores de la época al trasluz de lo que el futuro traería (cosa

que no creo), parece que es el discurso de los revolucionarios y anarquistas el que ha sido más certero en sus temores.

Sea como fuere, no se trata de exonerar al terrorismo, pretérito o contemporáneo, de nada de lo que su actividad implica, sino de señalar que es un espacio especialmente propicio para la proliferación de miedos que, rápidamente, se componen los unos sobre los otros con el riesgo de abandonar todo referente real. Por acabar con este punto con dos palabras sobre la posible caducidad de la relación entre terrorismo y cuestión social a la hora de abordar el fenómeno yihadista contemporáneo, me limitaré a señalar cómo, lejos de difuminarse, este parece ser un pilar importante de las actuales estrategias de prevención de la radicalización en los caladeros de vulnerabilidad social. Desconozco el sentir académico sobre el asunto, pero el sentir político parece claro.

Llegados a este punto es preciso poner fin a esta suerte de conversación compartida reiterando nuevamente mi profundo agradecimiento. Discutir con los colegas es siempre una ocasión grata y una de las mayores recompensas de la actividad académica. Hacerlo con un interlocutor de la talla del profesor Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ y en un foro tan cualificado como el de la Revista *InDret* es un auténtico privilegio. Porque esta conversación hubiera podido discurrir perfectamente en otros ámbitos más confidenciales o espontáneos, qué duda cabe, pero no hubiera podido servir a ningún otro propósito que no fuera el de la amistosa controversia. Es mi sincera esperanza que por medio de estas ideas, esbozadas y entrelazadas con las del profesor PUENTE RODRÍGUEZ, hayamos podido ofrecer una discusión sugerente, provechosa y, quién sabe, incluso vicariamente gozosa.