

Recensiones:

Recensión a Stuart GREEN, *La criminalización del sexo*, Marcial Pons, Madrid, 2024, 447 páginas, por María Lucila TUÑÓN CORTI

Recensión a Jeff MCMAHAN, *Matar en la guerra*, Editorial UNQ, Buenos Aires, 2024, 274 páginas, por Leandro DIAS

-

Stuart Green, La criminalización del sexo, Marcial Pons, Madrid, 2024, 447 páginas

María Lucila Tuñón Corti
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
marialucila.tunoncorti@gmail.com

-

I.

Hace pocas semanas se publicó en Marcial Pons la obra de Stuart GREEN, *La criminalización del sexo*. Posiblemente, al lector le podrá parecer un poco enigmático el contenido de este libro, pero la idea del autor es clara: ofrecer una teoría liberal sobre los fundamentos y límites de la responsabilidad penal por conductas sexuales indebidas.

Definitivamente se trata de una obra jurídica que, en los tiempos que corren, era necesario escribir. Si nos remontamos unos años atrás, recordemos que en el año 2017 surgió el movimiento *#MeToo*, que causó un enorme revuelo respecto de las relaciones sexuales indebidas, en especial las no consentidas. De hecho, para GREEN ese año fue un punto de quiebre para la forma en la que venía abordándose el análisis de los delitos sexuales, al menos desde lo jurídico (pp. 22 ss.), por lo que el lanzamiento de libro es especialmente importante en este contexto.

II.

El capítulo 1 pretende aclarar qué se entiende tanto por «delito sexual» como por «conducta sexual», para poder definir el terreno de los siguientes capítulos. GREEN no analiza en detalle los tipos penales que se encuentran en la ley de un Estado u otro, ya que advierte que puede ocurrir que aquella termine siendo sobre o infrainclusiva: que criminalice casos que no debería criminalizar o no criminalice casos que sí debería criminalizar, respectivamente (p. 31). Para su teoría lo decisivo es brindar un análisis global de los delitos sexuales, independiente de la ley (p. 45).

Con el fin de llevar a cabo esa tarea, el autor comienza con la definición de “delito sexual”. Según él, habría que distinguir tres subgrupos de delitos sexuales: el primero es la prohibición directa de una o más clases de conducta sexual, como la violación, abuso sexual, incesto, bestialismo, entre otras (p. 40). Un segundo subgrupo consiste en la prohibición de una conducta preparatoria para cometer un futuro delito sexual, como es el caso del *grooming* de menores de edad o el proxenetismo (p. 40). El tercer subgrupo es la prohibición de aquellas conductas que vulneran el derecho a la autonomía sexual de la persona afectada, sin que eso implique un acto sexual, como en la mutilación de genitales femeninos (p. 43). Queda entonces por definir qué es una «conducta sexual», es decir, la acción humana a tipificar como delito sexual. GREEN considera que se trata de una «clase de acto que tiende a satisfacer el deseo de placer sexual de un agente y suele ir acompañado de indicadores fisiológicos de deseo sexual» (pp. 28, 50 ss.).

El capítulo 2, GREEN explica por qué el consentimiento (y su ausencia) es la piedra angular en los delitos sexuales que termina explicando la decisión de criminalizar (pp. 59 ss.). Inmediatamente

advierte que el fundamento del consentimiento es la autonomía sexual. Dicho sencillamente: la autonomía sexual es el derecho a decidir si se realizan actividades sexuales, cómo, cuándo y con quién y esa decisión se lleva a cabo mediante el consentimiento en las relaciones sexuales (p. 61). En la literatura, se han propuesto tres formas de interpretar al consentimiento como manifestación de la autonomía sexual (pp. 65 ss.). Primero, el consentimiento en el sentido «mental o actitudinal» considera preponderante el estado interno de la víctima respecto de la relación sexual en juego. Segundo, el consentimiento «comunicativo o performativo» es el que se comunica a través de palabras o acciones. Por último, el consentimiento «prescriptivo» es el considerado normativamente válido. Green se mantiene neutral respecto de esta discusión y solo habla de tres sentidos diferentes de consentimiento, sin tomar postura respecto de cuál es la correcta o cuál debe tener prioridad sobre las demás (cf. pp. 67 y ss.).

En el capítulo 3, GREEN explica por qué su teoría es liberal y unificada (p. 79). Él explica que, por un lado, lo liberal responde al hecho de que la autonomía y el consentimiento deben tener un efecto de no intervención estatal. No obstante, esa intervención sí debe aparecer, en forma de Derecho penal, cuando se viola la autonomía sexual negativa, en el sentido del derecho a no verse forzado a tener contactos sexuales. La teoría es «unificada», por otro lado, porque su objetivo es analizar todos los delitos sexuales bajo un mismo marco analítico, independientemente de que sean consentidos o no (pp. 86 ss.).

El capítulo 4 es una introducción histórica a la regulación jurídica del delito de violación, que a lo largo del tiempo fue variando en lo que respecta a sus elementos constitutivos del tipo penal (pp. 100 ss.); una variación que ha dependido en gran medida del sistema jurídico respectivo (pp. 106 ss.). En el capítulo 5 GREEN conceptualiza al delito de violación como relaciones sexuales no consentidas con penetración. Según él, hay tres formas en las que se puede plasmar esa ausencia de consentimiento. Una primera posibilidad es el uso de la fuerza física para lograr la penetración (p. 121), aunque concluye que no es una condición necesaria para configurar el tipo penal ya que, en ese caso, el criterio terminaría siendo infrainclusivo: hay casos que llamaríamos violación (y que deben ser considerados violación), pero que son cometidos sin fuerza física, como las violaciones por engaño. En todo caso, el empleo de fuerza física podría funcionar como una agravante. Como segunda posibilidad aparece la negativa con un «no» de la víctima, sea verbal o a través de actos (p. 124). No obstante, el autor llega a la misma conclusión. Finalmente, aparece la regla del consentimiento afirmativo, «solo sí es sí» (p. 128). Esta solución es considerada por el autor como sobreinclusiva, ya que puede haber casos de relaciones sexuales en las que no se obtuvo el «sí», pero fueron verdaderamente consentidas. Sin embargo, él considera que una punición en un caso así podría justificarse, aunque no sin dificultades, como un delito de peligro abstracto: una violación a una regla legal (delito *malum prohibitum*), a pesar de que el comportamiento en sí mismo no es ilícito (cf. pp. 137 y ss.).

Una vez aclarado esto, GREEN pasa a analizar distintas clases de violaciones que pueden darse en la praxis. Así, el capítulo 6 aborda la responsabilidad penal en un caso muy controvertido: la violación mediante engaño. El autor concluye, fundamentalmente, que no todos los engaños realizados para tener relaciones sexuales merecen un reproche penal y que un análisis matizado es necesario para diferenciar las violaciones en sentido estricto de actos sexuales subóptimos, pero que no han de ser considerados como una violación (p. 156). En el capítulo 7, el autor desarrolla la llamada «violación mediante coacción psicológica». Aquí habría que distinguir la coacción que consiste en la amenaza de sufrir un daño no violento (ejemplo: jefe amenaza a una empleada con un despido si ella no mantiene relaciones sexuales con él) de las coacciones que consisten en una oferta, promesa o beneficio (ejemplo: jefe promete un ascenso a cambio de la

relación sexual). Mientras que las primeras podrían en principio ser criminalizadas, el interrogante decisivo para GREEN es cuándo estas últimas implican una violación o abuso sexual (p. 166) y cuándo son todavía aceptables.

En los capítulos 8 a 10 el autor se centra en determinados delitos en los que presumimos, sobre la base de ciertas circunstancias fácticas, que falta el consentimiento de la víctima. El capítulo 8 está dedicado a aquellos casos en los que la víctima es incapaz de consentir la relación sexual, por ejemplo, por estar dormida (p. 189). El capítulo 9 se encarga del abuso de menores de edad que se criminaliza con independencia de si «consintieron» fácticamente. Aquí GREEN profundiza en la cuestión, incoherente desde su punto de vista, de que no puede hablarse de incapacidad si las partes son adolescentes mayores (p. 217). Finalmente, el capítulo 10 analiza la interesante cuestión de las relaciones sexuales entre adultos capaces de consentir, pero que mantienen una relación jerárquica (pp. 224 ss.). GREEN concluye que una criminalización de estas relaciones sexuales serviría para castigar casos de coacción y para proteger deberes institucionales (pp. 228 ss.).

Un capítulo que llama mucho la atención es el capítulo 11, sobre el acoso sexual. Solicitar favores sexuales o hacer referencia inapropiada a actividades sexuales de la víctima serían ejemplos de acoso y el análisis gira en torno a la compatibilidad de la criminalización con los principios liberales usuales (pp. 249-250). En el capítulo 12, se trata el voyerismo. En este supuesto, el autor del delito observa actividades de índole sexual y privadas de la víctima. GREEN analiza la fundamentación del ilícito a partir del principio de daño y violación de la privacidad (pp. 274 ss.). Por su lado, el capítulo 13 trata sobre las exhibiciones obscenas, es decir, someter a la víctima a una escena sexual no deseada. GREEN entiende que el castigo se fundamenta por la ofensa que causa esa exhibición, que además causa conmoción o angustia en su víctima. No obstante, solamente ciertas exhibiciones merecerían castigo, ya que algunas estarían legitimadas por el contexto en el que se realizan (p. 303).

En el capítulo 14, se centra en el incesto, como caso de consentimiento aparente. Aquí es interesante el análisis del consentimiento en los casos en los que las relaciones sexuales inician cuando una de las partes es menor de edad, pero continúan después de la mayoría de edad (p. 344). En cuanto a la agresión sadomasoquista (capítulo 15), GREEN plantea que aquella deja de ser consentida y, por tanto, puede ser criminalizada legítimamente, si no se puede probar que el juego de roles fue parte de un acuerdo (p. 366). El capítulo 16 se dedica exhaustivamente a la definición, bastante problemática, de qué cuenta como prostitución y cuándo podría ser criminalizada. Finalmente, en la cuarta y última parte se analizan las conductas «aconsentidas»: el bestialismo y la necrofilia, en los capítulos 17 y 18 respectivamente. Respecto del bestialismo, GREEN discute si se subsume en un maltrato animal no consentido. En cuanto a la necrofilia, el autor busca el fundamento del castigo en el daño causado a la persona *ante mortem* que encarnaba ese cadáver (p. 441).

III.

La criminalización del sexo es, sin dudas, una enorme contribución a un tema de la Parte Especial del Derecho Penal que no ha recibido suficiente atención. La regulación de los delitos sexuales es uno de los temas jurídicos más controvertidos en el Derecho continental, pero menos debatidos desde una perspectiva de *fundamentos filosóficos profundos*. En países como Alemania, cuya dogmática ha ejercido una influencia decisiva en el pensamiento penal de tradición continental, estos delitos ni siquiera forman parte de la educación básica de los estudiantes y por

eso su tratamiento científico suele ser muy limitado (sobre el desinterés general de los profesores alemanes respecto de estas cuestiones, véase HÖRNLE, «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», *German Law Journal*, [18], 2017, pp. 1309 y ss.). La contribución de GREEN, entonces, resulta fundamental tanto para entender las recientes reformas legales (piénsese en la reforma española), como para justificar racionalmente las propuestas de criminalización.

No obstante, deben señalarse al menos dos críticas a *La criminalización del sexo*. En primer lugar, el libro hace un gran esfuerzo por abarcar la mayor parte de los delitos sexuales, incluso algunos secundarios, como el bestialismo o la necrofilia. Sin embargo, ciertos comportamientos desviados importantes actualmente han quedado fuera de la obra y merecerían una sección. Entre ellos es posible mencionar el acoso callejero [*catcalling*], recientemente debatido en el Derecho penal de tradición continental (HOVEN/RUBITZSCH/WIEDMER, «Catcalling – Eine phänomenologische und strafrechtliche Betrachtung», *KriPoZ*, [3], 2022, pp. 175 ss.). Puede ser que GREEN lo considere solamente como una variante más de acoso sexual. No obstante, parecería haber algo particular en hacerle comentarios de índole sexual a alguien en la vía pública que mereciera un tratamiento autónomo: una ratificación abierta de ciertos valores injustos, como la subordinación de ciertos grupos de personas (usualmente mujeres) ante otros (usualmente varones).

En segundo lugar, y quizá más importante, la solución que ofrece GREEN a la controversia entre los enfoques «solo sí es sí» y «no es no» resulta un tanto insatisfactoria. Él no aborda en detalle el problema de filosofía moral vinculado a qué significa realmente consentir. Es cierto que esa cuestión no es estrictamente jurídica y abordarla requiere adentrarse en territorio desconocido. Pero es muy difícil llegar a una conclusión jurídica sólida sobre la criminalización sin abordar el tema. En este contexto, recuérdese que GREEN, respecto de los sistemas «solo sí es sí», considera justificado el castigo de relaciones sexuales en las que no se obtuvo el consentimiento afirmativo de la víctima (a pesar de que la víctima «internamente» consintió, o al menos no se puede descartar esa posibilidad) solo como un delito de peligro abstracto o, en otros términos, como un delito *malum prohibitum*: el comportamiento sería incorrecto porque así lo determina el Derecho. Sin embargo, parecería que eso es demasiado impersonal. Lo que está en juego en casos así sería la relación intersubjetiva entre autor y víctima, *no* la relación entre el autor y el Estado. Y para saber si se vulneró alguna clase de deber *contra la víctima*, la ya mencionada discusión de filosofía moral sobre el consentimiento resulta ineludible.

Más allá de esas cuestiones, no puede dejarse de destacar la importancia de esta obra y el lenguaje claro, llano y accesible con el que GREEN transmite los argumentos y sus propias ideas. Respecto de esto último, también hay que destacar el trabajo de los tres traductores: José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE (y a las revisoras, Lucía SOLAVAGIONE y Agustina SZENKMAN). La lectura de obra es altamente recomendable para los interesados en la Parte Especial del Derecho Penal y será útil no solo para académicos, sino también para quienes trabajan en el poder judicial y el poder legislativo, sobre todo en Estados que realizaron en los últimos años una reforma legal en materia de delitos sexuales o que planean realizarla próximamente.

**Jeff McMahan, Matar en la guerra, Editorial UNQ,
Buenos Aires, 2024, 274 páginas**

Leandro Dias
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
leandrodiasder@gmail.com

Quince años después de su publicación original en inglés y catorce desde que vio la luz la traducción al alemán ha salido al mercado la versión en español de *Matar en la guerra*. Se trata del *magnum opus* de Jeff McMAHAN que revolucionó la discusión ética sobre la permisibilidad de la fuerza defensiva.

El libro, elegantemente traducido por Patricia SCOTT, comienza con una introducción detallada (pp. 9 y ss.) a cargo de Alejandro CHEHTMAN. Este último señala que McMAHAN puso en tela de juicio una idea que hasta hace poco era indiscutida, como la igualdad moral de los combatientes en la guerra (pp. 11 y ss.); es decir, que quienes participan en una guerra actúan permisiblemente si respetan las reglas *in bello* (recibidas por el Derecho internacional humanitario), con independencia de si pertenecen a un bando justo o injusto. Todos los combatientes tendrían, entonces, un derecho a (o al menos un permiso para) matar a sus contrincantes. Según McMAHAN, debido a que no habría razones para aplicarles a las guerras un régimen moral distinto al de los conflictos intersubjetivos usuales, la justificación usual para matar en la guerra tendría que ser buscada en la legítima defensa individual, aplicada a gran escala (pp. 12 s.). Si esto es así, entonces solo en casos muy excepcionales sería permisible que los combatientes de un lado injusto dañen a los combatientes de un bando injusto que, en definitiva, solo se defienden ante una agresión. La supuesta igualdad moral de los combatientes sería, entonces, una idea equivocada que debería ser reemplazada por una visión más matizada (pp. 14 ss.).

En primer capítulo del libro consiste en la crítica básica de McMAHAN a la ya mencionada idea de la igualdad moral de los combatientes (pp. 31 ss.). Según él, la supuesta igualdad moral de los combatientes, insensible respecto de la justicia de la causa defendida (p. 35), habría al menos impedido que más gente moralmente comprometida se niegue a luchas en guerras injustas o al menos ofrezca resistencia ante la decisión de los gobiernos de llevarlas a cabo (p. 37). No obstante, esta creencia en la igualdad moral de los combatientes sería injustificada. Sus defensores usualmente señalan que los combatientes pueden ser matados por los del bando contrario porque son susceptibles (*liable*) de ser atacados (pp. 38 ss.). Esa susceptibilidad tendría su fundamento profundo en una pérdida del derecho a no ser atacado, que sería la consecuencia de ser una amenaza para terceros (pp. 39 s.). Frente a esto, McMAHAN brinda un argumento contundente: en la moral intersubjetiva, ser una amenaza para terceros no es suficiente para que alguien se convierta en susceptible de ser atacado (pp. 45 ss.). Si, para salvar a algunas personas inocentes que de lo contrario serían asesinadas, un policía está a punto de disparar a un asesino, este policía se convierte en una amenaza. Pero eso no lo hace susceptible de ser atacado por el asesino; más bien, «si el asesino lo mata para defenderse, agrega a su lista de crímenes un homicidio más» (p. 45). Además, el hecho de estar defendiéndose contra una persona inocente no puede volverse permisible por actuar necesaria o proporcionalmente, a pesar de lo que señala

el Derecho internacional humanitario: por un lado, ninguna defensa de un agresor contra quien no perdió sus derechos (como el policía) sería necesaria, debido a que no sería apta para obtener ningún fin legítimo (pp. 47 ss.); por otro, esa defensa difícilmente sería proporcional, debido a que el daño que se le causa a los combatientes justos sería desproporcionado en relación con el supuesto beneficio de los combatientes injustos, ya que estos últimos no podrían ser tenidos legítimamente en cuenta en la ponderación (pp. 52 ss.). Si esto es así en la moral intersubjetiva, entonces solo podría justificarse un régimen de igualdad moral de los combatientes si pudiera brindarse un argumento apto para considerar la guerra como un ámbito regido por principios morales especiales (pp. 66 ss.).

El segundo capítulo consiste en una crítica a los argumentos utilizados para fundamentar ese carácter moral especial de la guerra (pp. 71 ss.). Menciónense aquí solamente dos. Respecto de la idea de que los soldados justos consienten en la igualdad moral de los combatientes al unirse a las fuerzas militares, MCMAHAN señala tanto que es una cuestión empírica contingente (pp. 87 s.), como que el consentimiento de la víctima en su muerte no es suficiente para concederle a un tercero un derecho a matar: también tiene que haber alguna razón positiva para matarla (como el hecho de aliviar un sufrimiento que hace intolerable la vida en la eutanasia) y los combatientes injustos carecen de algo así (pp. 90 s.). En lo referente a los argumentos que hablan de un deber de dejar en manos de la autoridad la decisión sobre la justicia de la guerra, MCMAHAN señala que ni siquiera en los países democráticos hay instituciones estatales confiables que decidan sobre este tema, por lo que una confianza epistémica en las decisiones políticas no estaría justificada (pp. 101 ss.). Esto lo lleva a concluir que debemos dejar de asegurar a los soldados que no hacen nada malo si participan de una guerra injusta respetando las reglas *in bello* y ellos mismos deberían, si está moralmente justificado, participar de una guerra (p. 130). Para posibilitar esto, se debería garantizar el funcionamiento de una objeción de conciencia selectiva, incluso para soldados activos (pp. 132 ss.).

En el tercer capítulo, MCMAHAN brinda dos explicaciones sobre la persistencia de la idea de la igualdad moral de los combatientes. La primera es que se tiende a confundir Moral y Derecho (pp. 139 y ss.). Si bien es cierto que según el Derecho internacional humanitario los combatientes injustos actúan con un permiso *legal* para matar a los combatientes justos, de eso no se sigue que *moralmente* tengan un permiso (p. 142). No obstante, el autor concede que hoy en día no hay instituciones jurídicas fiables para que los combatientes injustos puedan guiar su conducta, lo que sumado al hecho de que el Derecho de la guerra intenta minimizar daños (prohibiendo ciertas conductas, sin importar si se trata de un bando justo o injusto) hace comprensible esta discrepancia entre Derecho y Moral (pp. 143 ss.). La segunda explicación es que se asume que los combatientes injustos padecen circunstancias mitigantes de su responsabilidad y de eso se deriva la igualdad moral de los combatientes: coerción, déficits epistémicos morales y fácticos, y responsabilidad disminuida (pp. 150 ss.). Empero, estas circunstancias son solamente causas de exculpación, no de justificación (o siquiera de permisión) de una conducta (pp. 145 y ss.). Además, salvo en casos extremos, lo más probable es que los combatientes injustos solo estén parcialmente exculpados (por ejemplo, porque el error sobre la justicia de la guerra era evitable) (pp. 157 ss.).

En el cuarto capítulo, MCMAHAN ofrece su propuesta. Señala que los principios de la permisibilidad moral de la legítima defensa interpersonal son los mismos que rigen el actuar en la guerra. La diferencia sería, entonces, solamente de grado (p. 192). En la moral intersubjetiva, el agresor podría ser dañado por la víctima o terceras partes de forma defensiva, porque él habría perdido sus derechos contra el ataque durante la agresión. MCMAHAN llega a la conclusión de que

el criterio decisivo para esa pérdida que da lugar a la susceptibilidad moral de ser atacado es la responsabilidad moral por un daño objetivamente injusto (pp. 193 ss.). Así, si bien las agresiones culpables de daño a terceros serían el prototipo de casos de susceptibilidad moral (p. 195), también habría susceptibilidad en ausencia de culpabilidad, como en el caso de las amenazas exculpadas (pp. 198 ss.). Ejemplo: quien está a punto de ser matado injustamente por quien cree equivocadamente estar defendiéndose contra una agresión (el «error de tipo permisivo» en la dogmática penal) puede defenderse de forma moralmente permisible (pp. 200 ss.). Detrás de esta posición está la idea de que en situaciones de conflicto en las que debe distribuirse necesariamente un daño indivisible, la justicia indica que quien debe recibir el daño es el comparativamente más responsable (p. 197). Esto lleva a la conclusión de que quienes combaten en un bando justo (ejemplo, una guerra defensiva) no son susceptibles de ser atacados, dado que no amenazan con producirle un daño injusto a terceros: los combatientes justos no tienen derecho a no recibir ese daño (pp. 209 ss.). En cambio, los combatientes injustos serían por regla general amenazas parcialmente exculpadas, por lo que podrían ser dañados defensivamente (pp. 211 ss.). En todo caso, su excusa parcial debería incidir en los cálculos de proporcionalidad, de modo tal que los combatientes justos deberían ejercer moderación en la defensa (pp. 229 ss.).

El último capítulo aborda una cuestión contraintuitiva: según el criterio de pérdida de derechos de McMAHAN, también varios civiles serían susceptibles de ser atacados defensivamente, debido a su responsabilidad moral por el daño injusto amenazado (pp. 241 ss.). Muchos serían instigadores o cómplices del daño injusto contra inocentes que amenaza producirse como consecuencia de la guerra injusta, al votar por el partido político que decide ir a la guerra, al trabajar en fábricas de armas o incluso al no protestar contra la guerra injusta (pp. 252 ss.). El autor llega a la conclusión de que el hecho de que los civiles injustos (los justos nunca pierden sus derechos) sean susceptibles de ataque hace más sencillo fundamentar muchas instancias de daños colaterales contra ellos que sean necesarios para ganar una guerra justa (pp. 256 ss.); incluso sería moralmente permisible causarles ciertos daños intencionales, como los derivados de sanciones económicas, o quizá incluso de ataques militares (pp. 259 ss.). No obstante, consideraciones básicas de proporcionalidad, en virtud de la baja responsabilidad por el daño injusto en relación con la magnitud del daño defensivo (entre otros factores de ponderación), convertirían en extraordinariamente excepcional la permisibilidad moral de un ataque intencional contra civiles injustos (p. 269).

Como se señaló al principio, el libro marcó un antes y un después en la discusión filosófica general sobre la permisibilidad de la fuerza defensiva, en especial de la legítima defensa (véase FROWE, *Defensive Killing*, 2014, pp. 72 ss.; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 18 ss.). Y dado que los fundamentos filosóficos son decisivos para resolver adecuadamente los problemas que genera el «instituto jurídico» de la legítima defensa en la dogmática penal (por todos PAWLIK, «La legítima defensa según Kant y Hegel», en PAWLIK *et al.* [eds.], *La antijuridicidad en derecho penal*, 2013, pp. 3 ss.), entonces los penalistas deberíamos al menos estar atentos a los avances en la filosofía de la fuerza defensiva. Por eso, se finalizará esta reseña con dos breves valoraciones críticas de algunas ideas de McMAHAN que pueden ser especialmente fructíferas para la discusión dogmática.

La primera se vincula con la relación entre Derecho y Moral que termina defendiendo McMAHAN. Si bien su punto de vista moral es deontológico y basado en derechos, él concede demasiado al aceptar que el Derecho internacional humanitario debe apartarse de la Moral por consideraciones prudenciales. De hecho, la necesaria (también para él) coincidencia entre el Derecho penal y la Moral sería algo más bien contingente, que no se produce en el ámbito de la guerra (pp. 140 s.).

Esto acerca demasiado su postura a una fundamentación consecuencialista del Derecho, poco compatible con la deontología de su posición básica. Quienes entendemos la estructura del Derecho de un modo deontológico solo podemos observar con resquemor esta idea (para una crítica similar, PAWLIK, *En Letra: Derecho Penal*, [7], 2018, p. 288).

La segunda se refiere a la teoría general de MCMAHAN. Él asume que el fundamento en la legítima defensa es la pérdida de derechos de quien realiza la agresión, una idea por demás intuitiva y sostenida con más o menos matices en la discusión continental (véase ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2007, pp. 67 ss.). No obstante, él considera que los derechos no solo pueden perderse en casos de agresiones culpables, sino también en casos de baja responsabilidad moral por el daño, como las agresiones exculpadas o incluso las amenazas de daños relativamente fortuitos: si estoy manejando mi automóvil cuidadosamente, pero de modo imprevisible se produce un defecto mecánico y estoy por atropellar a un peatón, este último podría incluso matarme para prevenir el daño (pp. 201 ss.). La diferencia con los casos de agresiones culpables sería solamente una de proporcionalidad, ya que contra amenazas no culpables la fuerza defensiva debería ser estrictamente proporcional al daño injusto amenazado. Si bien esto explica bien nuestros justos intuitivos, basar esa conclusión en la idea de pérdida de derechos no es convincente. Perder derechos es algo muy grave: quien los pierde puede ser dañado sin que eso implique un injusto interpersonal, por lo que quedaría vedado un contraataque (deber de tolerar la defensa) ex ante y una compensación ex post (reparación del daño, disculpas). Por tanto, deberían imponerse criterios más exigentes de pérdida de derechos, que le permitan a sus titulares controlar su destino de un modo significativo (en detalle BURRI, «Defensive Liability: A Matter of Rights Enforcement, not Distributive Justice», *Criminal Law and Philosophy*, [16], 2022, pp. 550 ss.).

Pero este defecto de la postura de MCMAHAN es, al mismo tiempo, la mayor ganancia de conocimiento, en especial para penalistas. La fundamentación basada en derechos que ofrece MCMAHAN se lleva bien con la legítima defensa «fuerte» [*schneidig*] clásica, en la que un agresor culpable viola los derechos de la víctima. Si esta última se defiende, incluso de un modo no estrictamente proporcional, la conducta es moral y legalmente permisible, en virtud de la pérdida de derechos del agresor. En los casos de culpabilidad disminuida o incluso de ausencia de culpabilidad, es cierto que resulta intuitivo concederle a la víctima un derecho «moderado» de defensa. Pero eso difícilmente se deba a una cuestión de pérdida de derechos. Más bien, de lo que se trata es de la solución a una difícil situación de necesidad, en la que la justicia (distributiva) brinda una solución, a pesar de que ninguna de las partes ha perdido sus derechos. Es decir, lo que ha encontrado MCMAHAN es una justificación moral de la figura jurídica que los penalistas continentales llamamos «estado de necesidad justificante defensivo».

En definitiva, *Matar en la guerra* es una obra provocadora y llena de ideas novedosas, que seguro no dejará a nadie indiferente. Esto también es aplicable a los penalistas continentales, quienes le han prestado hasta ahora poca atención a la discusión angloamericana sobre la moralidad de la fuerza defensiva. Quizá, entonces, la lectura de este libro sea la ocasión ideal para modificar esta tendencia y comenzar un diálogo productivo con la literatura en habla inglesa.