

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones:

Recensión a María Soledad ARROYO ALFONSO, *La protección reforzada de la víctima como fundamento de agravación de los delitos de homicidio y asesinato*, Dykinson, Madrid, 2025, 221 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Luís GRECO, *La singularidad de la pena. Una reorientación*, Atelier, Barcelona, 2026, 146 páginas, por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

Recensión a Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, *Accesoriedad, regulación y derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del insider trading y de la corrupción privada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, 356 páginas, por Mateo G. BERMEJO

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Tomás FIKS a *Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites*, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas (*InDret* 2.2026), por Leandro DIAS

-

3.2026

María Soledad Arroyo Alfonso, La protección reforzada de la víctima como fundamento de agravación de los delitos de homicidio y asesinato, Dykinson, Madrid, 2025, 221 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Esta primera monografía de ARROYO ALFONSO constituye una versión reducida de su tesis doctoral (2024), defendida en la Universidad de Huelva, bajo la dirección del Profesor ANARTE BORRALLO. A la vez, se presenta como un avance y desarrollo a partir de las críticas y sugerencias recibidas en su momento (p. 15).

La obra se estructura en cinco capítulos. Tras una introducción, expone los antecedentes históricos (I) y aspectos criminológicos (II). Siguen las cuestiones de política criminal (III) y la crítica a los criterios tradicionales de fundamentación (IV). Y el desarrollo de su tesis (V). Por último, la amplia relación de bibliografía, centrada sobre todo en la de lenguas española y alemana. A lo largo de la exposición se encuentran diseminados algunos datos de Derecho comparado, conforme la autora ve oportuno ilustrar los argumentos (en IV, sobre todo). A pesar de que la publicación ha supuesto sacrificar mucha información que se halla disponible en la tesis original (por ejemplo, la relación de jurisprudencia), no falta lo esencial: su propuesta de centrar la gravedad del asesinato en la *especial vulnerabilidad de la víctima*, como se refleja en el título de la obra publicada: «se propone un criterio de orientación victimológica, no solo como fundamento del asesinato –protección reforzada del sujeto pasivo– sino también como criterio interpretativo, limitando su aplicación en algunos supuestos de contribución de la víctima al delito» (p. 15).

El cap. I aporta una documentada información sobre la previsión histórica del asesinato y su distinción con otras formas delictivas (pp. 21-42). Incluye la referencia en detalle a los códigos españoles, hasta llegar al de 1995, con la subsiguiente y relevante reforma de 2015 que afectó a esta materia (pp. 41-42). Dicha reforma es la que introdujo un panorama legislativo de difícil coordinación e interpretación, que es el objeto principal de esta investigación. A lo largo de la historia aquí descrita, cabe destacar algunos elementos transversales: la menor punición de los casos por motivos de honor que, sin embargo, acaba por diluirse; y la progresiva pérdida de la función simbólica de los elementos definidores del asesinato, los cuales vuelven a aparecer con la reforma citada.

El cap. II describe los aspectos criminológicos asociados a los móviles, y a los perfiles del autor y de la víctima (pp. 43-60). Cierra este capítulo –predominantemente descriptivo (p. 51)– una breve referencia a la transmisión de sentimientos en esta materia a través de los medios de comunicación (p. 60), dato no menos importante para comprender parte del problema: una relevante demanda social de mayor intervención como es la explicación de la reforma de 2015.

En el cap. III se exponen los aspectos de política criminal implicados (pp. 61-90). Se comienza destacando la relevancia mediática de casos especialmente graves y crueles (pp. 63-66), así como la acción de «agentes de control social informal» (p. 68), a efectos de introducir y aceptar la pena más grave de nuestro sistema punitivo, la de prisión permanente revisable, a la que deben corresponder hechos delictivos que la merezcan: «Todo apunta a que la reforma de los delitos ha sido un efecto secundario a la decisión prioritaria de incorporar la prisión permanente revisable al acervo punitivo español» (pp. 74-75). De este modo, el capítulo presenta así una reconstrucción de estos delitos a partir de aquella pena. El panorama legislativo no es claro. Se parte de la gradualidad («multinivel»: p. 79) de los supuestos de homicidio y asesinato, y sus correspondientes agravaciones. La opinión de la autora es crítica con dicha pena: es «imprescindible eliminar su previsión como pena única, especialmente en el asesinato» (p. 77). Mientras tanto propone una interpretación de los tipos alejada de una visión subjetivista y «peligrosista» sobre el autor. Con todo, el «sistema resultante es tremendamente complejo, adolece de una visión de conjunto» (p. 89), debido probablemente a que se ha obviado la tarea de búsqueda de criterios materiales, a merced de lo mediático. Por lo tanto, se impone la tarea de indagar y proponerlos.

Sin embargo, antes, se adentra la autora en un análisis crítico de los criterios tradicionales empleados para fundamentar la distinción, objeto del cap. IV (pp. 91-124). En su opinión, no es de recibo establecer distinciones desde los motivos del agente, como tampoco desde los tipos de autor, criterios empleados, en cambio, en la regulación del StGB, que parece haber inspirado la reforma española de 2015 (pp. 93-94, 164). En efecto, se rechaza acudir a la mayor reprochabilidad (pp. 97-111), idea en consonancia con la de los tipos de autor, porque conduciría a una «etización» inaceptable, «un incontrolable moralismo judicial» (pp. 98-99), «un riesgo cierto de introducción de criterios moralistas» (p. 107). Su aspiración es, en cambio, reconducir los criterios de gravedad a la responsabilidad por el hecho, para lo cual es preciso dotar a los elementos definitorios «de unos contornos más objetivos, relacionados con la mayor gravedad del hecho fundamentada en un injusto mayor» (p. 108). Igualmente rechaza recurrir a la peligrosidad del autor, concepto «demasiado poroso» que puede favorecer «un mayor decisionismo judicial» (p. 116), como también a la peligrosidad del hecho con base en los móviles e intenciones, que acaba por conducir a datos que no pertenecen propiamente a la acción (p. 123). Al final, ni la peligrosidad ni la reprochabilidad son válidos, a su juicio, para discriminar y justificar la mayor sanción, por lo que se impone la búsqueda de criterios objetivos de fundamentación, tema que desarrolla en la parte propositiva de la investigación.

En efecto, en el cap. V (pp. 125-194) ARROYO ALFONSO realiza su principal aportación. Plantea tomar en cuenta «la necesidad de protección reforzada de la víctima en situaciones de vulnerabilidad» (p. 126). Para ello, recurre a una orientación victimológica (sobre la relevancia de esta, pp. 126-138) como criterio de fundamentación de los elementos del asesinato y sus agravantes específicas. En su opinión, las características personales del agredido, el modo de llevarse a cabo la conducta del autor, y el contexto en que se despliega la acción de matar, evidencian un específico peligro para el bien jurídico. Todo lo cual aconseja la necesidad de una protección reforzada de la víctima, lo cual permite orientar la interpretación al injusto (p. 171). Así, «la necesidad de protección reforzada de la víctima sigue siendo un fundamento válido de estas agravaciones, si bien necesita ser complementado con otros criterios respecto de cada factor de vulnerabilidad» (p. 137), tarea que lleva a cabo con detalle (pp. 138-171): en la *alevosía* es plausible que se trate de reforzar la protección de la víctima (p. 148); como también en el *precio*, en la medida en que incrementa las posibilidades de asegurar la acción y de ese modo el

peligro para el bien jurídico (p. 152); o en el cometido para *ocultar* o *favorecer* otro delito (p. 158); o en el caso de *vulnerabilidad* de la víctima, por su indefensión (p. 159); en el de *subsecuencia*, por la lesión adicional a la integridad moral (p. 168); y en el de *organización* delictiva, por la mayor peligrosidad de la acción (p. 170). En cambio, el fundamento de la agravación del *ensañamiento* residiría en la reprochabilidad añadida por la provocación de un padecimiento y lesión adicionales (pp. 154, 191). Con todo, esta misma orientación victimológica lleva a que la «contribución dolosa de la víctima a su propia situación de peligro» impediría la apreciación del asesinato (pp. 126, 148, 171-191). De este modo, no se trataría de asesinato el caso en el que la conducta de la víctima haya desempeñado un papel determinante en la ejecución de la propia muerte (pp. 189-191), concretamente cuando se comete «para proteger bienes jurídicos del autor que, con carácter previo, la víctima ha puesto *dolosamente* en peligro» (pp. 190, c.o., 193).

La lectura de esta monografía resulta de utilidad. En ella, sin exceso de datos o referencias, se va a lo esencial de unos delitos que constituyen el banco de pruebas de muchas instituciones de la teoría del delito. Aporta datos e informaciones que permiten extraer consecuencias o plantearse nuevos enfoques. Ya solo por esto, su lectura vale la pena. Además, suscita la reflexión en temas o cuestiones que pueden resultar menos claros; y lo hace aportando propuestas. Con todo, pienso que es posible alguna observación.

En primer lugar, en mi opinión, hay algunos aspectos en los que cabría mayor profundización o detalle. Así, en cuanto a los aspectos criminológicos, percibo poca conexión entre su exposición y los argumentos que luego aporta para fundamentar sus propuestas; ciertamente, es difícil en la medida en que las fuentes de las que se extraen los datos son heterogéneas y se refieren a periodos temporales diversos, lo cual impide extraer muchas conclusiones. Considero también que en la parte histórica se podría haber abundado más en los elementos transversales que recorren la evolución de estos delitos. Otro aspecto histórico relevante es lo referente a la reflexión sobre la pena ordinaria –algo que ya indicó TOMÁS Y VALIENTE hace años– en el Derecho de la modernidad: con el fin de eludir la aplicación de la pena de muerte (ordinaria), antiguamente se propusieron algunas estructuras y distinciones para lograr una sanción menos grave (pena extraordinaria); pienso que es un tema en el que cabría profundizar y del que extraer argumentos. Por lo demás, en el marco de la perspectiva victimológica, posiblemente sea preciso matizar la existencia de los «Zugriffsdelikte» (p. 130) y no «Zurechnungsdelikte», pues es a aquellos, y no a estos, a los que se refiere la doctrina citada.

En segundo lugar, comparto la duda de que la traslación del modelo alemán en esta materia sea idónea. No dudo de que nuestra regulación se haya inspirado en el StGB. Pero me parece que hay alguna diferencia de partida que alejan ambas regulaciones y que nuestro legislador habría pasado por alto. De entrada, las circunstancias históricas diversas que han podido motivar las concretas regulaciones nacionales: esos datos podrían servir para resaltar cómo la regulación surgida de la reforma de 2015 presenta cierta cesura con el pasado. Al haberse vertido sin la conveniente adaptación –y no mera traducción–, la nuestra puede haber pasado razones históricas relevantes. A esto se añade que el procedimiento de definición de grupos de casos no es el empleado en general en nuestro código penal. De manera que el legislador podría haber estado comparando factores que en la práctica judicial operan de manera algo diversa.

En tercer lugar, una observación sobre el uso del concepto de «incumbencia». No es escasa la referencia a lo largo de la investigación (pp. 131-133, 176-178, 192-193), y parece tener alguna capacidad de rendimiento, sobre todo si el planteamiento de la autora se centra en la víctima. Sin

embargo, ARROYO parece finalmente desecharla (p. 193). Y es lógico que sea así, pues se trata de un concepto que indica diversos contenidos y al que a menudo se le hace decir demasiadas cosas, en función del sector doctrinal que la emplee. Pienso que, por los autores que cita, el término no significa siempre lo mismo. Va desde la idea de competencia o «Zuständigkeit» (p. 172), hasta otros relativamente amplios (pp. 176-178), o amplísimos (p. 190). Si alude a un deber de autoprotección (p. 192), no sería preciso un nuevo concepto; y menos todavía cuando se niega que exista esa incumbencia de autoprotección (p. 193). Pero coincido en que hay algo en la conducta de la víctima que puede influir, e influye según expone, en la minoración de la responsabilidad del agente. Esto me parece digno de mención e interés. Que sea una incumbencia o no es otra cuestión.

En cuarto lugar, considero, y coincido con la autora, en que la aspiración a objetivar los elementos de agravación o cualificación es la adecuada. Otra cosa es que el concreto fundamento de todos y cada uno de los elementos sea reconducible siempre a la misma idea de debilidad que exige una protección reforzada. Parece claro en los de vulnerabilidad o indefensión. Pero no tanto en otros, como el de ocultar o favorecer otro delito, o en los de subsecuencia y organización delictiva. Pienso que para estos se requiere una mayor argumentación. Sin embargo, es posible que no todos los supuestos respondan a esa idea, pues la experiencia muestra cómo el legislador no siempre procede de manera coherente. De entrada, ARROYO ha detectado cómo el ensañamiento escapa en buena medida a esa idea. Y es posible también que la idea rectora de su planteamiento debería llevar a incluir además otros supuestos que evidencian debilidad de la víctima por obra del autor (así, los que consistan en engaño basado en la confianza racional en el autor), y argumentar la amplitud de la alevosía para dar cabida a esos supuestos, como parece razonable. Pero son cuestiones sobre las que cabe continuar discutiendo y sobre las cuales proseguirán la jurisprudencia y la doctrina. En todo caso, entiendo que la agravación lo es del injusto, y no de la culpabilidad, que no aumenta, sino que solo disminuye o desaparece.

A fin de cuentas, por último, frente a «interpretaciones extensivas» mediante las cuales «la jurisprudencia ha validado una regulación insostenible» (p. 90), lo que propone en su investigación es «una restricción teleológica de la alevosía» al menos expresamente para el grupo de casos del tirano doméstico (p. 193). De ese modo, operaría en el ámbito de la interpretación del tipo, a efectos de valorar el riesgo objetivo de la conducta en cuestión a la luz de la voluntad del legislador plasmada en la letra de los delitos de asesinato y homicidio. A mi modo de ver, se sitúa y opera así en sede de la imputación objetiva. Se trata de una apreciación que ARROYO indica (p. 192) para los casos del tirano doméstico, pero que podría ir más allá, con carácter más general y aplicarse a las propuestas que realiza. No se trataría de una conclusión poco relevante, pues habría conseguido de ese modo la objetivización a la que aspiraba desde el inicio.

Aun siendo el homicidio un tema sobre el que se ha construido, al menos inicialmente, buena parte de las categorías de la teoría del delito, y una materia en la que predominan las aproximaciones de la manualística y los comentarios legislativos, es de agradecer una monografía como esta: documentada, interesante, con tesis. La autora propone no solo una revisión de la dualidad de los delitos de asesinato y homicidio, sino su reconstrucción desde el punto de vista de la víctima y su protección reforzada.

Luís Greco, La singularidad de la pena. Una reorientación, Atelier, Barcelona, 2026, 146 páginas

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid
leopoldo.puente@uam.es

-

El Profesor LUÍS GRECO acaba de publicar una breve, pero muy interesante, monografía que lleva por título «La singularidad de la pena. Una reorientación». En puridad, constituye la afortunada traducción al castellano y publicación independiente de su artículo «Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung», publicado en 2023 en el volumen 135 de la ZStW. En este trabajo, el Profesor GRECO profundiza en uno de los temas que, como es sabido, le ocupa desde hace tiempo: el concepto de pena. Sobre ello ya se pronunció, más allá de hacerlo en otros trabajos más «sectoriales», tanto en su tesis doctoral (en versión castellana: *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, Madrid, 2015), como en casi un centenar de páginas de su extenso escrito de habilitación (*Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Duncker und Humblot, Berlín, 2015), en el que sostiene algunas interesantes tesis menos difundidas en la dogmática hispanohablante por no haber sido aún traducidas a nuestro idioma. En el texto aquí recensionado el autor compendia algunas de las tesis que ya estaban sembradas en aquellos trabajos y las desarrolla muy sugerentemente, incluyendo, además, varias reflexiones novedosas.

La estructura del libro, que paso ahora a describir, es sencilla. El trabajo comienza con un sintético «Prólogo a la edición española» en el que se explica la génesis de este. Allí se apunta ya la inicial impresión que impulsó la investigación: «observando principalmente la situación contemporánea, me llamó la atención que buena parte de lo que yo consideraba problemático en el Derecho penal actual tenía que ver con una actitud que equiparaba la pena con las demás actividades estatales, ignorando aquello que la pena tiene de especial; a esta actitud la llamo fungibilismo» (p. 11). Allí se señala ya la dicotomía que estructurará el libro y se explicará luego: fungibilismo-singularismo.

Inmediatamente después da comienzo el primer capítulo («Introducción»), que expresa el objetivo del trabajo: contar «nuestra historia» [la del Derecho penal alemán] (p. 13) recurriendo como hilo conductor a una dicotomía (singularidad-fungibilidad de la pena), de la que se ofrece una primera aproximación: «¿La pena se entiende como algo cualitativamente distinto a otras posibilidades de actuación que tiene el Estado a su disposición? Quien responde afirmativamente, interpreta la pena como algo singular; quien lo niega, como algo fungible» (p. 15). Y justifica la selección precisamente de esta dicotomía entre las otras muchas otras posibles en que considera que puede resultar útil en tres planos diferenciados: la teoría de la criminalización, la teoría de la pena y la configuración concreta de la pena. Con otras palabras: en los planos de *qué* castigar, *por qué* castigar y *cómo* castigar. Todo ello se hará, señala expresamente, partiendo de que el propósito del relato histórico que se ofrecerá (y que cubrirá unos 150 años) «no es un fin en sí mismo» (p. 16), sino que debe servir para orientarnos.

Sentadas las anteriores bases da comienzo el segundo (y con diferencia más extenso) capítulo de la obra: «Revisión histórica: ¿singularismo o fungibilismo de la pena?». El él se pasa revista a cuatro fases diferenciadas: la lucha de escuelas que enfrentó a finales del s. XIX y principios del XX a la Escuela Clásica con la Escuela Moderna (pp. 19-30), la reforma del Derecho penal inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial (pp. 30-40), un período posterior de «modernización» o «expansión» del Derecho penal, de cronología mucho más dudosa (pp. 40-63), y una fase final que comprende aproximadamente de 1990 en adelante y que se encontraría marcada por una «creciente constitucionalización de la discusión» y por una progresiva «presión en favor de una visión fungibilista» procedente del Derecho europeo (pp. 64-83). En todos estos períodos identifica Luís Greco una cierta pugna entre las visiones «fungibilistas» y las «singularistas». Así, por poner un par de ejemplos, mientras considera «inexacto» entender la lucha de escuelas, tal y como habitualmente se hace, como una disputa entre defensores de la prevención y de la retribución (pp. 19-20), entiende que «podría ser mucho más apropiado caracterizar a los clásicos como singularistas y a los modernos como fungibilistas» (p. 21). Ya en la aproximación a este primer episodio histórico muestra el Profesor GRECO una de las tesis claras del libro: son evidentes «las caras buenas y malas de ambas posturas». Así, aunque la concepción fungibilista propicia «la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad», lo cierto es que para dicha lógica «el Derecho penal es solo otro nombre para el Derecho policial» (pp. 24 y 29). Todo ello tiene perfecto sentido y se reproducirá con distintos énfasis y formulaciones en los períodos posteriores. Si la pena es solo una herramienta más, es lógico que el penalista pueda contentarse con otras figuras que le ofrezcan un rendimiento parecido, pero también que no sea especialmente cauteloso con ella.

Los dos períodos intermedios analizados muestran asimismo interesantes razonamientos, pero por razones de espacio me detendré ya solo en el último de ellos, al que se ha prestado menos atención en la doctrina hispanohablante, pese a lo sugerente que resulta. Para empezar, Luís GRECO apunta que, aunque se trata de un período complejo que «desafía cualquier intento de realizar una dicotomía que simplifique la realidad» (p. 64), el esquema propuesto demuestra también potencial aquí. Uno de los fenómenos que aprecia el autor del texto recensionado es que la jurisprudencia constitucional parece haber valorado la pena como una intervención pública más, sometida al genérico principio de proporcionalidad, desechando que límites tradicionales de la doctrina penal deban merecer especial atención por su parte. El desarrollo de tales tesis lleva a que «lo coherente [sea] rechazar los criterios específicos de legitimación del Derecho penal (...) siendo suficientes la democracia y la proporcionalidad, como en todas partes» (p. 69). GRECO se revuelve contra la supuesta «tecnocracia» que estaría detrás de quienes, como él, entienden que hacen falta más requisitos (p. 71). Una lectura superficial podría mostrar a un GRECO reacio a *incluir* consideraciones constitucionales en el juicio de legitimidad del Derecho penal. Pero, en realidad, no se muestra contrario a que estas se *añadan*, sino solo a que *reemplacen* a las propiamente penales. Tengo dudas, sin embargo, de que a la «jurisdicción constitucional» se le deba pedir que atienda a valoraciones penales no constitucionalizadas expresamente. La dogmática penal puede, en el mejor de los casos, establecer las condiciones de *legitimidad* de las normas, pero no sus condiciones de *validez*, que es a lo que, creo, deberían limitarse los tribunales constitucionales. Sobre ello volveré colateralmente en la parte «crítica» de esta recensión.

En cualquier caso, explica GRECO, no es el Tribunal Constitucional (alemán) el único vector que empuja hacia el «fungibilismo». También determinadas políticas de criminalización comunitarias (pp. 71-75) y desarrollos legislativos y doctrinales «internos» (pp. 75-83) han

apuntado en esa dirección. En esas últimas páginas se encuentra un pasaje que no me resisto a reproducir (y tampoco, quizás con mayores razones en el caso español, a suscribir): «creo detectar un cierto *cansancio en la teorización y sobre todo en la crítica*. La teoría y la crítica apenas reciben atención —ni siquiera contra-crítica—, sino silencio; y si se teoriza, se hace de la forma menos crítica posible. La desconfianza liberal hacia el legislador se descarta como prejuicio preconstitucional y predemocrático. Las discusiones que mueven a toda la academia, después del Derecho penal del enemigo, no son teorías, sino reseñas críticas a disertaciones de doctorado» (pp. 78-79). En España no tenemos ni eso último. Hemos perdido, por razones varias en las que ahora no puedo entrar, las «discusiones que mueven a toda la academia» y ni siquiera parece que algunas recientes e interesantes propuestas de renovación metodológica hayan logrado, al menos por el momento, movilizar a una parte representativa de la academia ya sea para adherirse a sus «rupturistas» bases o para tratar de refutarlas. El silencio es expresivo de muchas cosas, quizás demasiadas.

Tras todo ello, figura un brevísimo tercer capítulo («Conclusiones provisionales. Transición a una reflexión posterior»), que sirve de catalizador de todo lo anterior. Rotundamente afirma: «ni el punto de vista puramente singularista, ni el puramente fungibilista son convincentes» (p. 85). Los dos extremos nos sitúan o bien ante un Derecho penal «duro e inflexible» o «moralizante» (el primero), o ante un Derecho «policial», «arbitrario», etc. (el segundo). De este modo, aunque el autor cree que la panorámica histórica ofrecida constituye «el argumento más obvio y en sí mismo el más convincente» (p. 86), dedicará las siguientes páginas a una reconstrucción teórica del complejo problema.

Dicha tarea la acomete en el cuarto capítulo («Propuesta de una síntesis. Lo específico de la pena»), que constituye, a mi juicio, el núcleo doctrinal de la monografía. En él propone «la necesidad de una síntesis» que queda «demostrada por los errores unilaterales históricamente considerados» (p. 87). Para ello se propone partir de «algunos hechos evidentes», entre los que se encuentra el que la pena es un mal que requiere justificación frente a la persona a la que le será impuesta y frente a la sociedad toda (p. 88). Sobre la necesidad de justificar la pena frente a quien la sufre tiene poco sentido explayarse ahora. Sí es conveniente detenerse en la argumentación por la que Luís GRECO entiende que debe justificarse ante la sociedad. Y es que la pena es un mal para la sociedad para empezar porque le cuesta dinero (el requerido para mantener el sistema penal en funcionamiento), pero, ante todo, porque la mera existencia de conminaciones penales ya implica importantes costes sociales en términos de libertad. Ahora bien, a juicio de GRECO, para la sociedad la pena «no es una coacción, sino una decisión voluntaria» (p. 89), algo a lo que concederá gran importancia. Así, las justificaciones frente a la sociedad tienen una estructura consecuencialista (p. 89). Es más, «estas justificaciones son fungibilistas: solo tiene sentido utilizar un mal costoso en la medida en que no se disponga de un medio comparable que implique menos costes» (p. 90). Esto resultaría admisible porque, por un lado, no se distribuyen males y bienes, ambos los soporta la sociedad: el mal que la pena supone y el bien que aspira a conseguir con ella. Por otro lado, porque la sociedad se decide «libremente» por la pena (p. 90). De este modo, en una justificación de esta clase no hay ni instrumentalización, ni paternalismo.

Con la justificación frente al individuo la cosa es bien distinta. Y es que «mientras que la sociedad puede decidirse libremente a favor de la pena, la pena para el individuo es ante todo coacción», de manera que «las justificaciones utilitaristas están aquí fuera de lugar» (p. 90). La premisa del autor aquí es sencilla: «una justificación de la pena que se tome en serio al individuo, es decir, que

no instrumentalice ni sea paternalista, debe partir de la constatación de que la pena es algo especial» (p. 91).

Llega así GRECO a una de sus ideas esenciales: «fungibilismo frente a la sociedad, singularismo frente al individuo». Sin embargo, «quienquiera que formule este programa para la justificación del Derecho penal todavía tiene que abordar la cuestión de qué se supone que es lo especial de la pena, su singularidad» (p. 92). Tras rechazar, con buenas razones, que ello se encuentre en la noción de «reproche» o «censura» (pp. 92-97), se centra en la idea de la pena como imposición de un mal (pp. 97-110). De esta forma, quienes ven la pena prioritariamente como un «mal sensorial», como «dolor», «no solo siguen la mejor tradición de nuestra ciencia, sino que evitan los dos errores del enfoque comunicativo o expresivista, es decir, su moralismo y su descorporeización». Pero, en cualquier caso, hace falta algo más porque «muchas cosas que no son pena duelen» (p. 98). Descarta que ese «algo más» pueda provenir de la idea de «*overkill*» de SCHÜNEMANN (pp. 98-100), aunque generosamente, tras muchos matices, le concede algún peso.

Se llega así a un punto neurálgico: «lo característico de la pena (...) reside no tanto en lo que dice, sino en lo que hace; y lo que hace se llega a comprender a través de *las posiciones o bienes afectados por la pena*, y al mismo tiempo recordando que se trata de *una sanción, es decir de una reacción*» (p. 100). Esos «bienes afectados» serían precisamente los «derechos innatos» (pp. 100-103); hoy, en nuestros ordenamientos, fundamentalmente la libertad ambulatoria. Para distinguir la pena de otros daños a derechos innatos (como la prisión provisional o la custodia de seguridad) propone GRECO recordar que «la pena es siempre una reacción o una sanción a un comportamiento defectuoso» (p. 102).

Así se encuentra ya el autor en disposición de ofrecer una definición de la pena: «la privación por parte del Estado (o de una entidad similar al Estado) de un derecho innato —en la actualidad, principalmente, la libertad ambulatoria— como reacción a un comportamiento defectuoso» (p. 103). Se pone así en primer plano la idea de que «cada decisión de un legislador, juez o científico es, por tanto, una decisión fundamental contra un ser humano en su humanidad» (p. 104).

De todo lo anterior extrae Luís GRECO algunas consecuencias en las que ya no puedo detenerme tanto para la teoría de la pena (pp. 106-108), como para la teoría de la criminalización (pp. 108-109), como con respecto a la posición que debe ocupar la pena en el conjunto de las consecuencias del delito (pp. 109-110), antes de cerrar la obra con un quinto capítulo («Conclusiones»), en el que, muy sintéticamente, se enumeran las tesis defendidas en páginas anteriores.

A la vista de lo expuesto parece quedar claro que, pese a la brevedad del texto, la obra se encuentra plagada de ricas sugerencias y planteamientos interesantes que merecen ser leídos con atención. Como es obvio, en cualquier caso, el algo más de centenar de páginas que compone la monografía no puede ofrecer una detallada exposición de cada aspecto, ni una explicación completamente cerrada de cada cuestión tratada. Sin embargo, muchos de esos puntos que quedan abiertos han sido más detalladamente desarrollados por el autor en las dos obras a las que me refería al comienzo de estas páginas, por tanto, no me detendré en ellos. Por otro lado, conviene indicarlo, no me parece particularmente objetable el que no se ofrezca en ningún momento una definición demasiado detallada de los términos de la dicotomía, pues estos, en cualquier caso, sirven perfectamente al fin expositivo hasta que se ofrece la particular concepción «singularista» del autor. Y ello pese a que, puntualmente, se pueda generar alguna duda (por

ejemplo, cuando en la p. 38 se sugiere que el respeto al principio de culpabilidad distingue a unas y otras; de ser así el «bando fungibilista» sería, en realidad, muy pequeño).

Me centraré ahora en esbozar dos (genuinas) dudas que me suscita el texto en un par de aspectos de cierto peso dentro de él. Antes, me limito a apuntar lo valiosos que son algunos pasajes e ideas de la obra para «desdramatizar» el debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (si no se les puede, y no se puede, imponer un mal sensorial, no es «penal», y lejos de ser esto un debate «nominal», implica que sus dificultades de legitimación se reducen y, con ellas, las garantías que imperiosamente deberían acompañarlas). No me resultan, en cambio, particularmente convincentes los esfuerzos dedicados a descartar que la «custodia de seguridad» alemana sea, en realidad, una pena. En el libro plantea el autor que, aunque efectivamente compartiría con el concepto de pena la nota de la afectación de los derechos innatos, esta no sería una reacción a un comportamiento defectuoso. Tengo para mí, y así lo he defendido por escrito, que esto último no es exacto y que, en realidad, cuando dejamos de hablar de la pena y pasamos a discutir cómo legitimar las medidas de seguridad imponibles a imputables peligrosos, termina por aflorar algo muy parecido a esa idea de «responsabilidad por un comportamiento defectuoso», por mucho que este último no se refiera propiamente al delito, sino a «otra cosa».

En cualquier caso, como decía, no voy a centrarme en esos aspectos, sino en otros dos que pueden tener, creo, mayor alcance en relación con las tesis sostenidas en el libro. Me refiero, por un lado, a la idea de que la sociedad es «libre» de recurrir a la pena y que, además, no se produce con ella un «problema distributivo», pues es ella misma la que sufre los males del castigo, pero también la que se beneficia de sus ventajas y, por otro lado, a la complicada relación entre doctrina penal, Constitución y democracia.

En cuanto a lo primero, como explicaba antes, GRECO considera (y lo comparto) que la pena debe ser justificada no solo ante el sujeto al que se impone (aunque sea lo que más nos importe), sino también ante la propia sociedad, pues esta soporta costes derivados de la pena (en términos económicos y en términos de libertad). Hay dos ideas que hacen que el autor entienda que caben aquí argumentos consecuencialistas y concepciones fungibilistas y, aunque ciertamente no impugno la consecuencia que se alcanza, ambas me parecen, en algún sentido, discutibles. Por un lado, se afirma que como tanto los bienes como los males de la pena caen sobre la sociedad, las dificultades de legitimación se suavizan. Considero, sin embargo, que esto solo es cierto si, como hace el autor, anclamos nuestras reflexiones en la concepción de sociedad más abstracta posible. Difícilmente se discrepará de que estos bienes y males no se distribuyen equitativamente ya dentro de la sociedad, sino que unos colectivos dentro de ella disfrutan sus ventajas o soportan sus costes en mayor medida que otros. Creo, en definitiva, que, pese a que el concepto «sociedad» es bien provechoso para nuestras consideraciones teóricas, a veces comporta aglutinar en un mismo ente a diversos colectivos que presentan particularidades, oscureciendo sus diferencias. Por qué fijar las necesidades de legitimación en la sociedad y no en una unidad más pequeña, es algo que queda abierto. Por otro lado, sostiene LUÍS GRECO que la sociedad es «libre» de penar o no y esto es algo con lo que, de nuevo, estoy de acuerdo en abstracto, pero que me suscita dudas en sus concreciones. Dejando de lado posibles obligaciones supranacionales de protección (que ya pondrían en tela de juicio la «libertad» en sentido jurídico de hacerlo), no se precisa de qué clase de libertad hablamos. Los penalistas sabemos bien que, *en cierto sentido*, quien entrega su cartera a quien le apunta con un arma o quien salta por una ventana para evitar ser devorado por las llamas es tan libre como quien decide cenar ensalada en lugar de pescado (todos *pueden* no hacerlo). Pero sabemos también que *en otro sentido*, más importante, no son igualmente libres y

que ello puede tener consecuencias. Lo que no tengo claro es a qué se parece más la sociedad cuando castiga, si al que entrega la cartera, al que huye de las llamas o a quien cena ensalada (y tampoco tengo claro el peso que ello tendría en el argumento de GRECO). Sospecho que unas veces se parece más a unos y otras a otros.

El segundo aspecto en el que quería centrarme era en el de las críticas que la monografía expresa frente a las recientes concepciones fungibilistas que ven en la pena una herramienta más sometida fundamentalmente solo al principio de democracia y al de proporcionalidad constitucional. Creo que en la concepción del Profesor GRECO en este punto se hace patente cierta «tensión interna» propia del planteamiento liberal. Por un lado, el autor reivindica el valor de los límites penales (lo «singular») de la pena más allá de la Constitución y el principio democrático. Por otro lado, en más de una ocasión rechaza que se pueda castigar la mera inmoralidad porque ello nos impondría un concepto de «buena vida» que no tendríamos por qué compartir (p. ej.: pp. 108-109); sería, en definitiva, paternalista. Pero los límites extra-democráticos y extra-constitucionales, ¿no lo harían también? O mucho me equivoco o en el (por fortuna, imposible) escenario en el que en una comunidad reinara el consenso (no mayorías muy amplias, unanimidad) sobre lo apropiado de punir algunas conductas sencillamente inmorales, GRECO lo consideraría aún así inaceptable. ¿No estaría entonces el Profesor GRECO imponiendo su propia concepción de «lo bueno» al resto? ¿Con qué sustento en la teoría liberal? No se me escapa que en las teorías liberales sofisticadas se distingue, en ocasiones, entre un núcleo formal o procedimental democrático y un mínimo material, sustraído al debate (p. ej.: el sufragio universal, en una u otra cristalización), indispensable para mantener el propio sistema liberal. Pero, en primer lugar, las razones que sustentan ese «mínimo material» quedarían más allá de lo directamente justificable por el liberalismo, requiriendo de algún «apoyo exterior», y, en segundo lugar (y con independencia de lo primero), dudo mucho que ese «mínimo material» incluyera la prohibición de criminalizar consensuadamente determinadas prácticas sin hipertrofiar su contenido. Quizás lo «singular» de la pena pueda encontrar reflejo en esos otros muchos preceptos constitucionales que directa o indirectamente se refieren a ella y que condicionan así los posibles juicios de proporcionalidad (al menos, en el escenario español). En todo caso, que la pena *constitucional* sea la pena *legítima* presupone reducir los criterios de legitimidad al yugo de la constitucionalidad, lo que supondría ya una importante toma de posición de la que cabe, claro, discrepar.

Al comienzo de la obra, el Profesor LuíS GRECO deja en manos del lector la decisión sobre si la dicotomía que estructura el texto «ilumina u oscurece» (p. 11). A juicio de este lector, ambas cosas. Iluminar, por concepto, implica arrojar sombras sobre otros puntos. Cabría dudar si el análisis histórico de la dicotomía ofrecida (singularismo-fungibilismo) no resulta demasiado «cerrado», en la medida en que supone dejar de lado otras dicotomías que, al emplear un foco más amplio, ofrecen luz sobre otros aspectos. Por ejemplo, la dicotomía normativismo-ontologicismo nos conecta con el desarrollo de la filosofía y de la ciencia, o la dicotomía liberalismo-comunitarismo nos vincula a la teoría (¡e historia!) política. A mi modesto entender, sería errado tratar de sustituir esas dicotomías por la propuesta por el Profesor GRECO. Lo cierto, sin embargo, es que él no propone tal cosa, sino solo *añadir* un enfoque adicional que aporta, sin duda, más información. Difícilmente podrá negarse que esto arrojará resultados valiosos, por mucho que, ciertamente, resulte difícil cohesionar los nuevos hallazgos en un todo orgánico con los anteriores. Por esto y mucho más, no puedo sino recomendar vivamente la magnífica monografía recensada, que, a buen seguro, resultará provechosa al lector.

Debo dedicar unas últimas palabras a felicitar a Jordi MIRÓ ESTRADÉ, traductor de la obra, por el magnífico trabajo realizado. No se trataba de una traducción sencilla, ni cómoda (el inmenso apartado de notas habrá requerido, seguro, un extraordinario esfuerzo), pero el resultado ha sido espléndido. La lectura resulta amena y agradable también por el empeño minucioso de un traductor que ha cumplido muy bien su tarea.

Raquel Montaner Fernández, Accesoriedad, regulación y derecho penal económico. Una propuesta de teorización desde la regulación del insider trading y de la corrupción privada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, 356 páginas

Mateo G. Bermejo
Universidad Nacional de San Juan (República Argentina)
mateobermejo@gmail.com

-

La obra que MONTANER presenta a la comunidad jurídica de habla hispana aborda cuestiones de gran actualidad y urgencia tanto teórica como práctica en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial contemporáneo. Para ello, combina de un modo riguroso, por un lado, un aspecto de diagnóstico para describir una realidad jurídica compleja y desafiante (que alcanza los Capítulos 1 y 2) y, por otro, un plano normativo que, por ende, resulta propositivo de soluciones interpretativas y de política jurídica acordes a sus premisas conceptuales (en los Capítulos 3, 4 y 5).

En palabras propias de la autora, se afirma que el objeto principal de la obra consiste en «llevar a cabo un análisis de las implicaciones de la denominada accesoriedad en el Derecho penal económico en relación con el Derecho regulatorio en sentido amplio» y ello conlleva «no solamente prestar atención a las normas jurídico-públicas que, de un modo u otro, se relacionan con el Derecho penal (...) resulta imprescindible ampliar el ámbito de análisis a regulaciones que, cuando menos originariamente, no son de naturaleza jurídica»: se pretende, así, argumentar en favor de una «accesoriedad intersistemática y regulatoria» del Derecho penal económico (v. p. 58).

Para ello, la autora exhibe un uso rico y diverso de conceptos que le permiten poner en relación fenómenos que son connaturales a la evolución del Derecho penal económico contemporáneo y que lo distinguen del Derecho penal económico de primera generación: así, partiendo de la distinción entre «accesoriedad *del* Derecho penal económico» (referido al proceso creativo de la legislación penal económica) y «accesoriedad *en el* Derecho penal económico» (referida a la interpretación y concreción del injusto penal), se establecen las condiciones para el análisis del Derecho penal económico-empresarial en el contexto regulatorio actual (pp. 57, 155-174). A su vez, la obra tiene la pretensión de ser un trabajo de dogmática aplicada (p. 144), por lo que se enriquece al utilizar dos tipologías delictivas características de este ámbito del Derecho penal como banco de pruebas de su desarrollo teórico.

MONTANER logra, así, una doble finalidad: por un lado, enriquece la parte general del Derecho penal económico al encontrar características generalizables de la regulación de esta clase de delitos y aportar reglas sistemáticas para la interpretación de diversos tipos penales y, por otro, logra brindar a su abstracto marco teórico un ámbito de aplicación concreto en la parte especial que lo fortalece, al aportarle anclaje y capilaridad.

Para cumplir con su cometido, la obra se estructura en cinco capítulos y reflexiones finales, analizando, a lo largo de ella, temas como el concepto de Derecho penal económico-empresarial, las formas en que se materializa el Derecho regulatorio y su incidencia en la legislación penal, y el propio concepto de accesoriedad y sus diferentes dimensiones, para concluir con el examen de manifestaciones de la accesoriedad en delitos específicos, como son el *insider trading* y la corrupción en los negocios.

El *Capítulo 1* tiene como objeto, tal como lo expresa su título, el análisis de «el entorno del derecho penal económico». El eje de éste es la relación del Derecho penal con un orden normativo primario, integrado por otras regulaciones no penales, en el marco de un proceso de desregulación y descentralización normativa. El diagnóstico de partida consiste en que, debido a que buena parte de los delitos del Derecho penal económico contemporáneo (cuyas peculiaridades distintivas analiza en el apdo. II, pp. 43-57) presentan la particular complejidad de que se encuentran o bien configurados como tipos penales en blanco o bien como tipos penales cargados de elementos normativos (o, incluso, por una combinación de ambas fórmulas de técnica legislativa) (p. 16), la accesoriedad se presenta un elemento connatural a este fenómeno (p. 31). Concluye el capítulo bajo análisis con una aproximación más precisa al objeto del trabajo en su faz interpretativa, expresando MONTANER que el trabajo «se centra en el análisis de la problemática de la accesoriedad desde la óptica de la antijuricidad y, en específico, en lo que se refiere a la subcategoría de la tipicidad objetiva», siendo que lo que se pretende es «comprender cuál es el significado jurídico-penal de muchos de los términos que utiliza el legislador penal económico y que, desde luego, son el punto de partida para la concreción del que sea el contenido material del delito», para lo que resulta necesario atender al contexto regulatorio en que se insertan los tipos penales (pp. 62, 63).

En el *Capítulo 2*, titulado «el derecho regulatorio y su incidencia en la legislación penal económica», se profundiza en el diagnóstico de las particularidades actuales del Derecho penal económico. En este contexto, se sostiene en la obra, el Derecho penal clásico sufre una doble tensión en su estructura de legitimación tradicional ya que, por un lado, progresivamente deja de ser *ultima ratio* y, por otro, aquello a lo que el Derecho penal solía ser accesorio (Derecho administrativo sancionador, así como civil y mercantil) se reduce para dar paso a la intervención de regulaciones que provienen del *soft law* (pp. 67 y 73). Sin duda, uno de los campos de controversia y aplicación de esta cuestión más interesante para los penalistas, tanto teóricos como prácticos, es el apartado sobre las fórmulas de autorregulación empresarial en el marco del *compliance*, donde el libro aborda las variantes de autorregulación regulada, metarregulación y la autorregulación en sentido estricto y adelanta la provocadora tesis de que «lo dispuesto en la medida regulatoria de compliance, sí puede incidir en la dimensión interpretativa de la accesoriedad del Derecho penal económico» (nota al pie 184, p. 103).

En el *Capítulo 3*, titulado «la accesoriedad en el derecho penal económico», desarrolla la autora la accesoriedad como una cualidad que se manifiesta de forma transversal en todo el sistema del Derecho penal, pero con particular atención a la especificidad del Derecho penal económico: en este ámbito es donde puede advertirse con más claridad este fenómeno por la confluencia de diferentes niveles de intervención jurídica, de diferentes técnicas regulatorias y de diversos organismos y agentes reguladores, lo que conlleva que la accesoriedad no es residual ni se limita a algunas figuras delictivas, sino que afecta de manera global a todo el Derecho penal económico (pp. 131, 132, 144).

Con todo, la obra presenta una concepción de la accesoriedad que no implica una suerte de subordinación conceptual y funcional del Derecho penal económico a otras ramas del ordenamiento jurídico al que resulta accesorio, sino que, por el contrario, en la obra se propone que el meta principio que implica la unidad del ordenamiento jurídico no se realiza, si interpreto correctamente, a costa de sacrificar las funciones de cada subsistema jurídico: por el contrario, en palabras de la autora, ello se debe a que «los distintos subsistemas (...) responden a principios, intereses y lógicas de atribución distintas y (...) desempeñan funciones diferenciadas (...)», por lo que la verdadera virtualidad de la unidad del ordenamiento jurídico podrían conseguirse por medio de una diferenciación sensata de esas funciones por vía de la coordinación entre los diversos elementos que componen el sistema (pp. 134, 135, 147). Por otra parte, la interpretación de los tipos penales en este contexto, no puede desatender el significado de los términos que provienen de fuera del Derecho penal, tal como ocurre en los delitos de corrupción privada y contra el mercado de valores, que la autora define como «tipos penales porosos» (pp.197, 198, 201).

Para explorar la referida porosidad de los tipos penales y su relación con la accesoriedad, la autora explora en los *Capítulos 4 y 5* la accesoriedad *del y en el* Derecho penal en relación con los tipos penales del delito de abuso de información privilegiada (o *insider trading*) del art. 285 y de corrupción privada del 286 bis del Código Penal español.

En relación con el art. 285 del CP, debido al complejo contexto normativo del mercado de valores, de *hard law* (normas legales) y *soft law* (normas regulatorias no jurídicas), este delito constituye un claro ejemplo de cómo en el ámbito del Derecho penal económico las normas penales actúan sobre un orden jurídico primario que configura previamente las relaciones sociales o económicas, que se han generado de manera previa a la intervención del Derecho penal (v. pp. 233-234). Así, concluye la autora que, si atendemos al tipo objetivo del art. 285 CP, el único criterio al que legislador penal ha prestado atención para establecer algún tipo de distinción entre el delito y el ilícito administrativo es de naturaleza cuantitativa, siendo insoslayable que los intérpretes de la norma penal tomen en consideración términos normativos propios de los mercados financieros y de la economía (pp. 249, 268). Así, desde el punto de vista de la accesoriedad interpretativa, concluye que resulta difícil identificar fuentes normativas distintas a las del orden jurídico primario para poder concretar de forma diferenciada el contenido de injusto (penal) y, con ello, los estándares de conducta penalmente exigibles.

En el ámbito del delito de corrupción en los negocios también existen, además de una legislación penal en la que se tipifican conductas (art. 286 bis CP), otras formas de regulación extrapenal de naturaleza jurídica (como el Derecho de la competencia): así el *soft law* (nacional e internacional) y un importante desarrollo de fórmulas de autorregulación empresarial. Pero la relevante diferencia con la regulación del *insider trading* consiste en que no existe una concreción *ex ante* por parte del Derecho público administrativo o por parte del Derecho privado de lo que se considera prohibido, por lo que la concreción de la norma de conducta exige una tarea interpretativa más compleja (pp. 277, 278). El aspecto más interesante (y provocador) de este capítulo se articula en relación con la posible interpretación del tipo penal conforme a formas de regulación privada, donde la vigencia de normas técnicas internacionales (ISO, OCDE) tiene incidencia en la autorregulación sectorial y en la propia autorregulación de cada empresa por medio de los programas de cumplimiento normativo. En esta cuestión, la tesis de la obra consiste en la integración de las normas de *compliance* como presupuesto necesario de la interpretación que lleva a cabo el juez al momento de la interpretación *ex post*: así, la interpretación del alcance

del injusto penal en el delito de corrupción privada se hace depender, en cierto modo, de lo que se establece en normas del sector privado. Comparto el planteo de MONTANER respecto de que no se trata de un tema radicalmente nuevo, ya que la consideración de la *lex artis* como parámetro para determinar la conducta debida en ámbitos como la imprudencia médica tiene tradición suficiente en el Derecho penal. Asimismo, considero que esta búsqueda, por parte de la autora, de anclajes en la dogmática penal resulta de gran relevancia para asegurar la unidad del Derecho penal por medio de un *continuum* conceptual sobre mismas reglas y principios, vinculando el Derecho penal económico con el Derecho penal nuclear.

Ahora bien, frente al riesgo de postular un Derecho penal asincrónico que se desvincule del contexto regulatorio (v. p. 333), la autora propone una integración por medio de una accesoriedad que, en su aspecto interpretativo, se realice sobre una reformulación de la accesoriedad dogmática del Derecho penal económico. Mientras que los tipos penales en este ámbito se crean como mero refuerzo sancionatorio de la regulación extrapenal, sin que se distinga la norma de conducta de uno u otro sector, el juez deberá tomar el contexto (hetero- y auto-) regulatorio como un indicio relevante para la interpretación de la norma penal, pero sin depender exclusivamente de él (p. 335). El hecho de que la obra se vea obligada a dedicar un gran esfuerzo a la descripción del fenómeno de trasfondo y a intentar mantener la vinculación con la dogmática penal tradicional conlleva el riesgo de algunas soluciones de compromiso: en suma, resurge el tradicional interrogante acerca de si nos hallamos aún frente a una desarrollo actual del Derecho penal o, en cambio, frente a un fenómeno de segunda velocidad que debería, entonces, ser legislado de otro modo y regido por otros principios interpretativos (junto con un gran universo de delitos *mala quia prohibita*).

Asimismo, el esfuerzo teórico pretende integrar conceptos sumamente diversos para describir un fenómeno crecientemente complejo, que no resulta propio del Derecho penal sino de su entorno: la privatización de la regulación social. En mi opinión, los riesgos son evidentes en la medida en que la «captura del regulador», fenómeno ya destacado por los estudios sobre la Administración pública, encuentra aquí mejores oportunidades al existir (*prima facie*) controles menguados *ex ante* y *ex post* acerca de la idoneidad de esa normativa para alcanzar los fines de interés público a los que deberían servir. Aquí la tensión se desplaza a la *quaestio facti* acerca de las fuentes fiables para determinar en el proceso judicial cuáles son las normas técnicas vigentes, más allá de los intereses de las partes en el proceso, donde la fiabilidad de la información que puedan aportar los peritos deberá cumplir una función esencial (v. pp. 322-325).

Estas líneas críticas no obstan la apreciación de que nos encontramos frente a una obra muy bien escrita, con una rica bibliografía en español, inglés, alemán e italiano, que permite avizorar que los problemas advertidos y soluciones propuestas son parte de las cuestiones comunes y transnacionales que debe afrontar la comunidad jurídica en su conjunto y que tensa los marcos teóricos del tradicional Derecho penal de alcance nacional.

Así, la obra destaca como una contribución importante a la Ciencia del Derecho, alentando un diálogo interdisciplinario y la reformulación conceptual necesaria para abordar la complejidad del Derecho penal en sociedades reguladas crecientemente por múltiples sistemas normativos. MONTANER no solo ofrece respuestas, sino que abre caminos para la reflexión futura, lo que es indicativo del valor duradero de su trabajo.

InDret

3.2026

Réplica a la Recensión de Tomás Fernández Fiks a Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas (InDret 2.2026)

Leandro Dias
Universidad de Wurzburg
leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

-

1. En los siguientes apartados replicaré algunos aspectos puntuales de la impecable recensión de FERNÁNDEZ FIKS sobre mi libro *Exceso en la legítima defensa*, con el fin de continuar el diálogo sobre las reglas de exceso en la legítima defensa. Primero describiré muy brevemente el contenido esencial del libro. Luego sintetizaré las dos críticas principales de FERNÁNDEZ FIKS, esto es, las filosóficas o de fondo, no las vinculadas al ordenamiento argentino. Estas últimas, si bien provechosas, difícilmente le interesen al público de una revista general como *InDret*. Finalmente, explicaré por qué esas dos críticas, aun siendo razonables, no son decisivas. Si tengo razón, entonces mi postura sobrevive a las objeciones.

2. El núcleo de mi posición es que las reglas benévolas que tienen algunos ordenamientos jurídicos (punicción solo por imprudencia en el art. 35 CP argentino; impunidad en el § 33 CP alemán) para el exceso en la legítima defensa encuentran su fundamento en la idea de derechos y deberes positivos de humanidad.

Según la idea que defiendo en el libro, la legítima defensa encuentra su fundamento en la pérdida de derechos del agresor: durante su agresión, el agresor injusto (y, agréguese, culpable) pierde sus derechos subjetivos de no interferencia. Por esa razón, el deber correlativo de la víctima, o de eventuales auxiliadores, de no realizar interferencias contra el agresor deja de regir temporalmente. Si eso es así, entonces quien se defiende violentamente de una agresión, o ayuda a defender a otro, no viola los derechos del agresor.

A diferencia de la opinión usual en la discusión filosófica, y siguiendo las investigaciones de Joanna FIRTH y Jonathan QUONG («Necessity, Moral Liability, and Defensive Harm», *Law and Philosophy*, 31, 2012, pp. 673-701), entiendo que la pérdida de derechos negativos del agresor no está condicionada al cumplimiento de las dos clásicas restricciones a la legítima defensa: la necesidad y la proporcionalidad. Tal condicionamiento resulta muy extraño: ¿Por qué quien decide voluntaria y culpablemente no respetar los derechos de no interferencia de la víctima podría exigir que, durante esa agresión, ella o sus auxiliadores respeten los suyos? Habría algo *cínico* en ese reclamo, cuando el agresor podría evitar todo daño innecesario o desproporcionado absteniéndose de agredir. Por consiguiente, no es posible fundamentar el requisito de necesidad ni el de proporcionalidad desde la lógica interna de la pérdida de derechos.

Sin embargo, sí creo posible justificar esos dos requisitos desde una lógica externa a la pérdida de derechos. En el libro sostengo que el agredido tiene un deber positivo de humanidad de salvar (por acción u omisión) a cualquier persona en peligro existencial, si los costos del salvamento son

razonablemente bajos. Ese deber es *independiente* de los derechos y deberes negativos y rige respecto de cualquier persona, incluso de los agresores, quienes conservan un derecho correlativo a ser salvados en todo momento (también durante la agresión). Su fuente es una norma moral universal de solidaridad intersubjetiva: así como en el ejemplo de Peter SINGER («Famine, Affluence, and Morality», *Philosophy & Public Affairs*, 1, 1972, pp. 229-243, 231) estamos obligados a salvar al niño que se ahoga en un estanque al solo costo de arruinar nuestra ropa, también lo estamos a no matar al ladrón de libros o cerezas, por más que agreda nuestra propiedad (proporcionalidad). Y también estamos obligados a no dispararle en la cabeza a quien nos da una golpiza si pudiéramos dejarlo fuera de combate con un disparo en una zona no vital, sin asumir un riesgo irrazonable (necesidad).

3. La crítica que le hace FERNÁNDEZ FIKS a esta idea es por demás razonable y, de hecho, está basada en la concepción estándar en la materia. Como ya señalé, mi conceptualización de los límites de necesidad y proporcionalidad como límites externos a la pérdida de derechos del agresor es minoritaria. Esto último se debe, en gran medida, a los dos aspectos que señala FERNÁNDEZ FIKS: concebir tanto al requisito de proporcionalidad (primer aspecto), como al requisito de necesidad (segundo aspecto) de la legítima defensa como «externos» a la pérdida de derechos genera resultados *prima facie* contraintuitivos. A continuación, mostraré por qué esos resultados son, justamente, solo *prima facie* contraintuitivos.

Respecto del requisito de proporcionalidad en la legítima defensa, FERNÁNDEZ FIKS señala que quien mata al ladrón de cerezas o al ladrón de libros no viola solamente un deber positivo de salvamento. La descripción normativamente adecuada sería decir que lo *está matando*: quien se defiende de ese modo viola el derecho a la vida del ladrón. Por tanto, mi propuesta de atenuar el reproche por homicidio según las reglas de exceso en la legítima defensa sería injusta.

Esta crítica no puede prosperar por tres razones. Primero, esa descripción usual de la relación entre derechos y deberes toma muy poco en serio la autonomía del agresor. Asumiendo que este último actúa culpablemente, no se entiende por qué debería preservar su derecho a no ser dañado. Él mismo ha decidido apartarse de la relación de reconocimiento y respeto mutuo con la víctima, por lo que carece de *moral standing* para hacer valer sus derechos de no interferencia. Además, si alguien decide realizar una agresión, entonces debe convivir con las consecuencias de su decisión. Por esa razón, los casos de legítima defensa son algo similar a un suicidio en autoría mediata. Y así como al suicida se le debe respetar su decisión de suicidarse, lo mismo sucede en la legítima defensa (cf., entre otros, JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn, 2008, p. 16). Lo señalado alcanza, sin embargo, únicamente a los derechos negativos: el agresor conserva su derecho humanitario (y no renunciante) a ser salvado cuando el salvamento no impone un costo irrazonable a quien se defiende.

Segundo, la descripción de FERNÁNDEZ FIKS no toma en serio de modo suficiente los derechos subjetivos de no interferencia de la víctima, que quedan a merced del agresor. Piénsese en esta variante del caso del ladrón de libros:

Contraataque del ladrón de libros: Ladrón toma de una librería un libro de precio normal y corre hacia la salida. Como es muy rápido y no hay policía cerca, la única forma que tiene Dueño de evitar el hurto es dispararle en el pecho, y está a punto de hacerlo. En ese instante, soltar el libro ya no evitaría el disparo, de modo que el único medio de Ladrón para salvar su vida es sacar un arma y dispararle en la cabeza. Lo hace.

Si FERNÁNDEZ FIKS tuviese razón y Ladrón no perdiera su derecho a no ser dañado salvo que la reacción de la víctima fuese proporcional, entonces Dueño violaría ese derecho al disparar. Sería, pues, un agresor injusto al defenderse del hurto, y Ladrón podría matarlo en legítima defensa (aquí *sí* necesaria y proporcional, pues no puede salvar su vida de otro modo). La consecuencia es, cuando menos, contraintuitiva. FERNÁNDEZ FIKS podría replicar distinguiendo entre la pérdida del derecho y el derecho a defenderse: aun si el disparo violase el derecho de Ladrón, este no podría matar a Dueño, por ser responsable de la confrontación (la figura del «provocador» es una versión de esta idea). Pero esa salida tiene un costo: escinde la pérdida del derecho de la permisión de defenderse, algo un tanto revisionista. Mi postura llega al mismo resultado de un modo más limpio: como Ladrón perdió sus derechos negativos durante la agresión, el disparo desproporcionado de Dueño no los vulnera, sino que solo infringe un deber positivo de salvamento, de modo que Dueño conserva sus derechos negativos y matarlo es impermisible. No busco refutar a FERNÁNDEZ FIKS, sino mostrar que su «internalismo» tampoco está libre de compromisos incómodos sobre los derechos defensivos del agresor original. Por tanto, su crítica basada en la proporcionalidad dista de ser decisiva.

Tercero, creo que se le podría conceder a FERNÁNDEZ FIKS que matar al ladrón de cerezas o libros merece un reproche alto, mayor que el reproche por homicidio imprudente del art. 35 CP argentino (ni hablar de la posible impunidad del modelo alemán). No obstante, eso creo que es un problema contingente de cómo fueron redactadas las reglas de exceso y que parecería partir de la base de que los derechos y deberes positivos de humanidad valen *mucho menos* que los derechos y deberes negativos de no interferencia. Considero que esa asunción es errónea: en ciertos casos la violación de deberes positivos puede ser tan grave como la violación de deberes negativos, como cuando un padre (garante a partir de un deber positivo «institucional») deja morir de hambre a su hijo.

Además, la gravedad de una violación de deber positivo es graduable. En el caso del ladrón de libros, el costo de cumplir el deber (soportar la pérdida de un libro) es ínfimo y el daño infligido (la muerte) es máximo: por eso la violación del deber positivo es grave, y reclama pena alta. El problema no es el fundamento (que sigue siendo la violación de un deber positivo), sino que el art. 35 aplica una escala fija (la escala penal de la variante imprudente del delito respectivo) con independencia de la gravedad concreta de esa violación. Eso es una limitación de técnica legislativa utilizada por el legislador argentino (o alemán, etc.), no del fundamento material propuesto en el libro. Por lo pronto, no tendría problemas en que una futura reforma otorgue más margen de maniobra en la aplicación del derecho, de modo tal que la pena en el caso concreto de exceso pueda acercarse más a la de un homicidio doloso simple.

La segunda crítica de FERNÁNDEZ FIKS se centra en la concepción externalista del requisito de necesidad. Esta última, como es sabido, tiene dos facetas: la idoneidad de la acción defensiva para repeler la agresión y la necesidad en sentido estricto, es decir, que el medio defensivo elegido sea el menos lesivo entre todos los aptos para repeler la agresión. FERNÁNDEZ FIKS solo se concentra en la primera faceta, pero deja de lado que resulta muy implausible el internalismo en materia de necesidad en sentido estricto. Piénsese en el siguiente caso, inspirado en un ejemplo similar brindado por Helen FROWE y Jonathan PARRY en la entrada sobre legítima defensa de la Enciclopedia de Filosofía de Stanford:

Acantilado: Sicario persigue con un cuchillo a Víctima hasta el borde de un acantilado. Por suerte, Víctima tiene una pistola. Debido a su entrenamiento en tiro, Víctima puede dispararle en la cabeza a Sicario sin correr ningún riesgo, o bien dispararle en una zona no letal, a pesar de que eso la expone a algunos cortes menores que le podría causar Sicario con el cuchillo. Víctima decide dispararle en la cabeza a Sicario y no correr ningún riesgo.

En un caso así resulta al menos extraño decir que Víctima violó su deber negativo de no matar a Sicario, y se aplican, en lo esencial, las mismas críticas que hice respecto de la proporcionalidad. En particular, atribuirle a Sicario un derecho a no ser dañado le otorga muy poco peso a la autonomía del agresor culpable y conduce a la consecuencia contraintuitiva de permitirle una eventual legítima defensa frente a Víctima. Parece más adecuado afirmar que Víctima tiene un deber de salvar a Sicario de su decisión cuasi suicida si los costos son suficientemente bajos, y sufrir unas cortaduras leves quizá lo sea. De ser así, recurrir al medio más lesivo solo violaría un deber positivo de salvamento. Que esto parezca demasiado benevolente con Víctima proviene, nuevamente, de sobrevalorar los deberes negativos frente a los positivos.

El caso que le interesa a FERNÁNDEZ FIKS, no obstante, es otro. Se trata ni más ni menos que del caso de la defensa fútil o inidónea. El caso que él discute es el siguiente:

Violación: Boxeador, campeón de boxeo de peso pesado, está a punto de violar a Víctima, de contextura pequeña y sin experiencia en peleas. Víctima no puede repeler la violación, pero sí rasguñar a Boxeador con fuerza, causándole dolorosas heridas por unos días.

Según FERNÁNDEZ FIKS, mi afirmación de que aquí entraría en juego una violación a un deber positivo de salvamento por parte de Víctima, es demasiado benevolente con Boxeador. Más bien, esas lesiones deberían estar abarcadas, ya desde el principio, por el derecho de defensa de Víctima, como derivación de sus derechos y deberes negativos. El argumento es el siguiente: si Víctima pudiese incluso matar permisiblemente a Boxeador de tener los medios para hacerlo, *con más razón* podría rasguñarlo. Por tanto, Víctima no violaría ningún derecho de Boxeador al rasguñarlo.

Considero que FERNÁNDEZ FIKS tiene razón en esto último, pero yerra en su argumentación. Esta última lleva, básicamente, a abandonar el requisito de idoneidad de la legítima defensa. No obstante, eso da lugar a resultados sumamente contraintuitivos. Piénsese nuevamente en un caso brindado por FROWE y PARRY:

Veneno: Enemigo lleva semanas envenenando poco a poco a Víctima, que ya ingirió una dosis letal sin antídoto: pase lo que pase, morirá. Al verlo colocándole una dosis adicional, Víctima (que sabe que igual morirá) decide dispararle en la cabeza para impedírselo.

Si no existiese un requisito de idoneidad, entonces Víctima podría matar permisiblemente a Enemigo. Sin embargo, la acción de Víctima, más parecida a una venganza privada y contraria a cualquier noción de disminución de daños innecesarios, no luce permisible en absoluto. En todo caso, si uno siente cierta simpatía por Víctima es porque, como sostengo en el libro, no violó los derechos negativos de no interferencia de Enemigo, sino solo un deber positivo de salvamento.

Volvamos al caso *Violación*. Mi postura no conduce, *de ninguna manera*, a castigar a Víctima, justamente porque no ha violado su deber positivo de salvar a Boxeador. Esto se debe a que los deberes positivos son sensibles a los costos de su cumplimiento: en el ejemplo del estanque, el transeúnte no está obligado a salvar al niño si es un mal nadador y el salvamento pondría en peligro su vida. En un caso como *Violación*, los costos en autorrespeto (o dignidad) que asumirían las víctimas si no pudieran causarle al agresor el mayor daño posible, si eso fuese importante para ellas, «desactivan» el deber de salvarlo. Por eso, las víctimas de violación que lesionan a los violadores aun sabiendo que no detendrán la agresión no violan ningún derecho: su conducta es absolutamente permisible, porque no infringen ni un deber negativo de no dañar ni uno positivo de salvamento. Así, mi postura mantiene intacto el requisito de idoneidad y permite considerar impunes esos daños.

Para finalizar, se debe precisar que esta desactivación de los deberes positivos de humanidad no es irrestricta: opera solo en la medida en que el daño que el agredido inflige guarde proporción con el costo que asumiría al abstenerse. Por eso *Veneno* debe resolverse de otro modo, como exceso intensivo que solo atenúa el castigo: allí el disparo no repele ninguna amenaza (la víctima morirá de todas formas), el interés en «resistir» la dosis adicional es ínfimo y matar es un costo altísimo para el agresor. Por tanto, el deber positivo no se desactiva y la conducta sigue siendo ilícita. En *Violación*, en cambio, el rasguño es una afirmación relevante del autorrespeto frente a una agresión todavía en curso, cuya omisión supondría un costo altísimo. Por eso en *Veneno* rigen plenamente las reglas de exceso, mientras que en *Violación* solo rigen en principio, al quedar desactivado el deber positivo de salvamento.

4. Permítaseme cerrar esta réplica con un agradecimiento. Si estas páginas han logrado mostrar que las dos agudas objeciones de FERNÁNDEZ FIKS no resultan decisivas, eso se debe en buena medida a la calidad de su recensión, que me ha obligado a refinar los argumentos. Espero que este intercambio contribuya a estrechar un provechoso (aunque poco explorado) diálogo entre la dogmática penal y la ética de la fuerza defensiva.