

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Víctor Gómez Martín, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicables*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2016, por Roberto Cruz Palmera.

Javier Wilenmann, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2017, por Carmen Tomás-Valiente Lanuza.

Réplicas

Réplica a la recensión de Víctor Gómez-Martín a *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, por Beatriz Goena Vives.

Réplica a la recensión de Juan Pablo Mañalich R. a *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, por Daniel Rodríguez Horcajo.

Réplica a la recensión de José Manuel Paredes Castañón a *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, por Mario Villar.

Réplica a la recensión de Bernardo Feijoo Sánchez a *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, por Tonio Walter.

Reseña

Filosofía del derecho penal. Sobre *Emociones, responsabilidad y derecho*, de Daniel González Lagier, y *Las razones de la pena*, de Josep Vilajosana, por Juan Pablo Mañalich R.

Reseña

Filosofía del derecho penal. Sobre *Emociones, responsabilidad y derecho*, de Daniel González Lagier, y *Las razones de la pena*, de Josep Vilajosana.

Juan Pablo Mañalich R.

Universidad de Chile

No es infrecuente que se asuma que, entre las disciplinas jurídicas, el derecho penal tendería a mostrar una singular susceptibilidad a la indagación filosófica. La hipótesis de que ello se encontraría condicionado más bien por la “naturaleza de la cosa” –esto es, por la especificidad del material jurídico del que se ocupa la dogmática del derecho penal–, y no tanto por las disposiciones e inclinaciones –y tal vez los delirios– intelectuales de quienes se dedican a su estudio, es algo que ciertamente podría ser relativizado, o en todo caso matizado. La más reciente, pero inequívoca emergencia de un canon académico que sin exageración puede ser etiquetado como “filosofía del derecho privado”, es indiciaria de que el lugar aparentemente privilegiado que ha tendido a ocupar el derecho penal en el campo de la “parte especial” de la filosofía del derecho tal vez se explique, en una medida no despreciable, por la idiosincrasia cultural de la academia jurídico-penal.

Cuestión enteramente distinta es que esa misma idiosincrasia resulte ser más o menos virtuosa, o siquiera fértil, desde el punto de vista de cómo la reflexión filosófica puede echar luz sobre algunos de los debates nucleares en torno a los cuales se construye la teorización del derecho penal. Que para las y los penalistas puede ser muy favorecedor contar, para tal propósito, con la colaboración de filósofos del derecho, es algo que documentan sobradamente las dos monografías a cuya reseña se destinan estas páginas. Pues tanto *Las razones de la pena* (en lo que sigue: “RdP”), de Josep VILAJOSANA, como *Emociones, responsabilidad y derecho* (en lo que sigue: “ERyD”), de Daniel GONZÁLEZ LAGIER, alcanzan a dar cuenta de la contribución que quienes preferentemente se ocupan de preguntas de la “parte general” de la filosofía del derecho pueden prestar a la clarificación de problemas que forman parte del núcleo de las respectivas disciplinas dogmáticas, en provecho del trabajo desarrollado por penalistas sensibles a la filosofía.

Hay varias razones que hacen pertinente considerar conjuntamente ambos libros, a pesar de que la publicación del de GONZÁLEZ LAGIER antecede en seis años a la aparición del de VILAJOSANA. Desde luego, está el hecho de que el género de la filosofía jurídico-penal tienda a no ser demasiado nutrido en la bibliografía producida directamente en castellano. Por otra parte, y más importantemente, está el hecho de que los enfoques favorecidos por ambos autores respondan, en una medida suficientemente representativa, a la tradición intelectual asociada a la filosofía analítica del derecho, de la cual tanto el uno como el otro son exponentes connotados. Pero todavía más relevante es que, no obstante lo anterior, los métodos desplegados en uno y otro trabajo sea notoriamente divergentes, en lo que al *modo de aproximación* al correspondiente ámbito temático respecta.

La monografía de VILAJOSANA se aproxima al debate que involucra a las teorías de la justificación de la pena de manera canónica, a saber: revisando cada una de las concepciones tradicionalmente en disputa, identificándolas como respectivamente favorables a alguno de los siguiente cinco “objetivos” susceptibles de ser perseguidos a través de la punición: la retribución, la disuasión, la incapacitación, la rehabilitación y la reparación (o “restauración”). Puesto que revisiones de ese mismo debate, en un formato similar, no son inusuales –el mismo año 2015 apareció publicada la traducción libro de HÖRNLE, cuyo título en castellano es *Teorías de la pena*–, el interés que debería despertar la obra de VILAJOSANA se conecta no tanto con las posiciones examinadas, sino más bien con el enfoque que guía y ordena su consideración (lo cual ya fuera destacado en la recensión que del libro hiciera su discípulo, el Prof. Sebastián AGÜERO, aparecida en el vol. XXIX de la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v29n2/art19.pdf>). El autor caracteriza ese enfoque como consistente en la combinación de dos premisas, a saber: la priorización de la exploración de la “lógica interna” de cada una de las cinco concepciones, por un lado, y la revisión de su respectiva plausibilidad a través de un ejercicio de equilibrio reflexivo, por otro (RdP, p. 14). Si bien el recurso a la herramienta del equilibrio reflexivo ha tenido alguna figuración en intentos por defender una determinada concepción de la justificación de la pena (véase MAÑALICH, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108 (2007), pp. 121-125, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094402/r108_manalich_lapena.pdf), su puesta en uso por parte de VILAJOSANA resulta de interés en razón del propósito distintivamente comparativo que anima su libro, el cual muestra su rendimiento en el último capítulo, donde se contrastan una “lectura vertical” de la tabla que sistematiza la reconstrucción de cada una de las cinco concepciones examinadas, interna a cada una de ellas, y su “lectura horizontal”, que identifica comparativamente las posiciones que distinguen a cada una de ellas en referencia a los siguientes “tres aspectos”: la determinación de la pena, la modalidad de la misma y el sujeto pasivo” (RdP, p. 23).

Son múltiples los puntos que cabría marcar en la valoración del enfoque adoptado por VILAJOSANA. Entre ellos destaca la restricción del análisis, en referencia cada una de las cinco concepciones, a los ya mencionados tres aspectos. Pues es fácil advertir que hay ulteriores aspectos que, en el mismo nivel de abstracción, tendrían que ser tematizados. Esto es especialmente claro en lo tocante a la caracterización de lo que VILAJOSANA tendría que denominar el “sujeto activo de la pena”, esto es, el *agente* de la punición. Ésta es una referencia ineludible para hacer comprensible el impacto que en el foro contemporáneo de la teoría de la justificación de la pena ha tenido la inclusión del factor representado por la relación de autoridad de cuya efectividad pudiera depender la legitimidad del castigo, tal como ello ha sido insistentemente enfatizado, entre otros, por DUFF. Que VILAJOSANA no otorgue relevancia comparativa a esta variable, imprescindible para dar cuenta adecuadamente de algunas variantes de retribucionismo, parece consistente con que, en general, su caracterización de esta última concepción se muestre demasiado tributaria de lugares comunes que se han visto drásticamente problematizados en la literatura especializada. A este respecto, no deja de ser llamativo que KANT sea presentado como “un defensor a ultranza del retribucionismo”, entendido éste en el sentido de un retribucionismo *moral*, con lo cual se pierde de vista, por ejemplo, la muy importante –aun cuando controversial– aportación exegética que han hecho BYRD y HRUSCHKA. Si bien VILAJOSANA previene que su propósito no es “realizar una exégesis del pensamiento

kantiano”, es dudoso que la versión así delineada, y que VILAJOSANA acertadamente atribuye a Michael S. MOORE, amerite ser presentada como “el modelo en el nivel máximo de su pureza” (RdP, p. 27). Y tampoco es posible obviar que VILAJOSANA asuma sin más que, en lo concerniente a la “modalidad de la pena”, una concepción retribucionista tendría que favorecer que las penas privativas de libertad sean ejecutadas “en entornos nada agradables, porque de lo contrario no tendría sentido la ideal del mal” (RdP, p. 33). Ello supone desconocer que es perfectamente sensato –y jurídicamente necesario, con arreglo al principio de legalidad– identificar estrictamente el *mal* de cuya irrogación punitiva se trata con nada más (y nada menos) que la privación de libertad del condenado.

Que la objeción precedente no basta para poner en cuestión la contribución que representa su libro al esclarecimiento de algunas preguntas capitales para la teoría de la pena, queda de manifiesto en todos aquellos pasajes en que VILAJOSANA ofrece perspectivas que logran hacer muchos más precisos algunos contrastes imprescindibles para identificar correctamente la “lógica interna” de la respectiva concepción. Ello sucede, verbigracia, con su muy elocuente demostración de la insuficiente atención que ha sido prestada a la distinción entre paternalismo y perfeccionismo a propósito del objetivo de la rehabilitación (RdP, pp. 78-86). Y también sucede con su persuasivo recordatorio de que, en la medida en que el determinismo represente una amenaza para la viabilidad de la justificación del castigo, esa amenaza no afecta excluyentemente a las concepciones retribucionistas, sino a toda concepción que, en algún plano, dependa de la plausibilidad de una noción de racionalidad anclada a la noción de autonomía, lo cual sería predicable, adicionalmente, de aquellas orientadas a la disuasión, la rehabilitación y la reparación (RdP, pp. 135-136). Desde luego, es igualmente importante que VILAJOSANA en efecto no valide el presupuesto de la observación precedente y ofrezca, en cambio, una defensa de la célebre versión del argumento que STRAWSON articulara a favor del compatibilismo.

Es justamente en el nivel de los presupuestos de la configuración de un conjunto heterogéneo de condiciones de la responsabilidad jurídica, y en particular de la responsabilidad jurídico-penal, que se sitúa, a su vez, la investigación de GONZÁLEZ LAGIER acerca de las emociones y su relevancia para el derecho. Ella se encuentra, en lo fundamental, dirigida a proponer una “teoría integradora”, que compatibilice algunos de los hallazgos más promisorios asociados a las dos tradiciones filosóficamente dominantes, en perspectiva histórica, en la conceptualización de las emociones, que GONZÁLEZ LAGIER identifica como la “tradición mecanicista” y la “tradición cognitivo-evaluativa”, y a cuya presentación está destinado el primer capítulo. La conveniencia de favorecer una aproximación no reduccionista al concepto de emoción, que justamente logre dar cuenta de la complejidad del fenómeno (ERyD, pp. 77-78), es elocuentemente demostrada por el autor en referencia a tres ámbitos de indagación, que respectivamente conciernen a la relación en que se encuentran las emociones y las acciones, a la conexión que se daría entre emocionalidad y racionalidad y al papel que las emociones juegan en la atribución de responsabilidad. Así, cada uno de los tres capítulos finales del libro se cierra con un balance que sugiere, de cara a la particularidad de su correspondiente ámbito temático, la adecuación de la aproximación que asume la “dualidad de las emociones”, y que se expresa en que las emociones parezcan resistirse a quedar exclusivamente radicadas en alguna de las dos clases en las cuales son tradicionalmente distribuidas las diferentes especies de estados mentales, a saber: la clase de los estados fenoménicos y la clase de los estados intencionales (ERyD, p. 103).

Metodológicamente, semejante teoría integradora es elaborada a partir de la constatación de la disyuntiva entre “tratar de integrar todos [los] aspectos de la emoción en una única definición” y “renunciar a una definición en sentido estricto” (ERyD, p. 55), que GONZÁLEZ LAGIER resuelve tomando partido por la segunda estrategia, por la vía de hacer aprovechable la noción wittgensteiniana de “parecido de familia” para caracterizar la relación en la que se encontrarían los seis elementos con relevancia para articular (mas sin “definir”, *stricto sensu*) el concepto de emoción. Ello se traduce en que para adscribir correctamente una emoción a algún agente, sería necesario reconocer la presencia de algunos, pero no todos los elementos que, integrados en una determinada “historia o proceso característico” (ERyD, p. 57), fungen –cabría decir– como indicadores de una emoción particular de un cierto tipo (o “género”). Esos elementos, cuya combinación no siempre exhaustiva sería determinante de la estructura de las emociones, son identificados como el “juicio evaluativo”, el “objeto intencional”, algún conjunto de “cambios fisiológicos”, la “sensación”, la “expresión de la emoción” y su “tendencia a la acción”. Esta descomposición de la estructura de las emociones se ve acompañada por la aportación de algunas distinciones complementarias, entre las cuales destacan, por su utilidad analítica, la que contrapone, desde un punto de vista puramente estructural, “emociones básicas” y “emociones complejas”, y aquella que contrapone, desde punto de vista evolutivo, “emociones primarias” y “emociones secundarias” (ERyD, pp. 74-76).

Resulta imposible, en un marco tan acotado como éste, entrar en las variadas controversias con significación jurídico-penal que se ven iluminadas por el aparato teórico desplegado por GONZÁLEZ LAGIER. Especialmente promisorios son su recurso a la distinción entre “reglas de deber hacer” y “reglas de deber ser”, tomada de VON WRIGHT, para mostrar cómo esta segunda noción se corresponde con el tipo de estándar en referencia al cual pueda establecerse la eventual responsabilidad de una persona por las emociones que en efecto tiene o muestra tener, en la forma de un juicio de “responsabilidad emocional” (ERyD, pp. 126-127, 135-138), así como la puesta en uso de la teoría integradora en pos de la elucidación del impacto de emociones de ciertos tipos en la graduación de la responsabilidad por comportamientos potencialmente delictivos, lo cual GONZÁLEZ LAGIER ejemplifica a través de un análisis de la atenuante de “arrebato u obcecación” (ERyD, pp. 141-145). A este respecto, la capacidad explicativa de su propuesta queda demostrada por la manera en que la consideración conjunta de la “intensidad emocional” y el “(des)control de la conducta”, como factores susceptibles de apreciación gradual, haría posible arribar a soluciones diferenciadas para cuatro constelaciones suficientemente representativas de casos (ERyD, pp. 148-151). Ellas son: (a) la de “supuestos de emociones «frías» basadas en creencias o juicios de valor justificados”, en los cuales una atenuación de responsabilidad sólo podría afirmarse en la medida en que el correspondiente cuadro emocional haya traído aparejada una pérdida de control del agente sobre su conducta; (b) la de “supuestos de emociones «frías» basadas en creencias o juicios de valor aberrantes”, en los cuales la pertinencia de una eventual agravación quedaría condicionada por la exigencia de que “el juicio de valor encarnado por la emoción” resulte concluyentemente incompatible con valoraciones sociales mayoritarias; (c) la de “supuestos de emociones intensas basadas en creencias o juicios justificados”, en los cuales la eventual eficacia atenuante del cuadro emocional tendría que asociarse al impacto asociado a su intensidad, sin que su adecuación cognitiva pudiera cualificar esa eficacia atenuante; y (d) la de “supuestos de emociones intensas basadas en creencias o juicios

de valor aberrantes”, en los cuales en principio habría que priorizar la falta de razonabilidad de la emoción en cuestión para privarla, así, de fuerza atenuante.

Este necesariamente selectivo recorrido por las dos monografías hace posible concluir dando razón a VILAJOSANA en cuanto a lo afortunada que resulta la invitación a caminar, en ambas direcciones, por la “vía anfibiológica” sugerida por Nigel WALKER, que puede “atraer a los filósofos hacia tierra firme y a los penalistas hacia aguas profundas” (RdP, p. 16).