

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### **Recensiones**

Beatriz Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, por Víctor Gómez Martín.

Daniel Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, por Juan Pablo Mañalich R.

Mario Villar, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, por José Manuel Paredes Castañón.

Tonio Walter, *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Nomos, Baden-Baden, 2016, por Bernardo Feijoo Sánchez.

### **Réplicas**

Réplica a la recensión de Roberto Cruz Palmera a *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, por Rolando Márquez Cisneros.

cabe, entonces la medida impuesta no puede ser calificada como una auténtica pena o, al menos, como una pena de idéntica naturaleza, funciones y fines que las previstas para personas físicas.

10. En las conclusiones del libro (pp. 371-376), GOENA consolida de forma sintética las consecuencias que los criterios desarrollados en la segunda parte del trabajo despliegan para cada una de las atenuantes, en lo que se presenta como el brillante colofón de una investigación que trasciende claramente a la perspectiva *de lege lata*.

**Recensión a RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (350 págs.)**

**Juan Pablo Mañalich R.**

Universidad de Chile

Al abrirse el tercer y último capítulo de la monografía, su autor esboza la siguiente respuesta a la pregunta de qué quedaría vivo de las teorías tradicionales de la pena: “(casi) todo” (p. 189). Esto podría parecer sorprendente, si se repara en que, en la introducción del libro, y tras sostener que “la reflexión continúa sin visos de solución”, RODRÍGUEZ identifica la tarea por él acometida como la de “explorar nuevas aproximaciones al problema como apuesta para desbloquear esta situación” (p. 26). Que no exista contradicción entre ambas afirmaciones es algo que depende críticamente de qué haya que entender, en este contexto, por “nuevas aproximaciones” al problema, las cuales justamente no han de exhibir el estatus de nuevas teorías de la justificación de la pena. Y éste es precisamente el caso: el propósito del libro consiste en revisar el perenne debate protagonizado por teorías de la retribución, de la prevención general y la prevención especial, midiéndolas bajo el baremo de la mayor o menor compatibilidad de sus postulados y presupuestos con un cierto *corpus* de evidencia que aportarían las así llamadas “ciencias del comportamiento”.

La convicción que RODRÍGUEZ muestra tener en lo imprescindible de semejante indagación queda de manifiesto en la afirmación con la que se inaugura el segundo capítulo: “El no haber alcanzado una teoría de la pena plenamente satisfactoria (o plenamente refractaria a los reproches que pueda sufrir) pasa, entre otras cosas pero fundamentalmente, por no haber estudiado con detenimiento a los sujetos destinatarios de la misma” (p. 87). Este diagnóstico es presentado como el balance que arroja la exploración de las ya referidas teorías tradicionales. A este respecto, la innovación más llamativa de la taxonomía bajo la cual esa exploración es organizada consiste en la sustitución de la usual distinción entre una variante negativa y una variante positiva de teoría de la prevención general por la contraposición de una teoría de la “prevención general social” y una teoría de la “prevención general jurídica” (pp. 62-63).

Es posible poner en duda que aquella distinción tradicional exhiba la equivocidad que RODRÍGUEZ le atribuye. Éste sugiere que mientras desde el punto del medio desplegado ambas formas de prevención serían “negativas” –en razón de que, en sí misma, la pena consiste en la irrogación de un mal–, desde el punto de vista del efecto buscado ambas serían “positivas”, en la medida en que la prevención de posibles delitos sería algo socialmente beneficioso. Pero esto

desconoce que hay una manera mucho más accesible de dar sentido a la distinción, desde el punto de vista de la descripción que especifica el resultado respectivamente perseguido: la prevención general *negativa* ha de ser caracterizada como una forma de acción *impeditiva*, en la medida en que el resultado cuya obtención la hace exitosa consiste sin más en la abstención generalizada de la perpetración de delitos; en cambio, la prevención general *positiva* debería ser caracterizada como una forma de acción *preservativa*, en razón de que el respectivo resultado necesita ser concebido como la persistencia de una disposición generalizada al seguimiento del derecho. (Que en el presente contexto sería impertinente apelar a la posibilidad de re-describir una acción impeditiva como una acción preservativa, y viceversa –véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 34-35–, se sigue del hecho de que aquí los respectivos resultados, consistentes en la abstención generalizada de la perpetración de delitos y en la persistencia de una disposición generalizada al seguimiento del derecho, no se encuentran en relación de oposición contradictoria, sino de oposición contraria: *tertium datur*). Pero esto deja intacta la pertinencia del reemplazo de esa distinción por una que pone el foco en el nivel ontológico que provee la descripción relevante del efecto perseguido, a saber: o bien el nivel de la realidad social en el que se desenvuelve el comportamiento de los “destinatarios de la pena”, o bien el nivel de la realidad irreductiblemente institucional en la que la respuesta punitiva al delito puede ser interpretada como una “manifestación de la soberanía del derecho”.

Esta última reformulación tiene la virtud de hacer fácilmente reconocible cuán problemática resulta la resistencia a redefinir tales teorías de la prevención general jurídica como teorías retribucionistas. Que esto baste para tenerlas por propuestas teóricamente inviables es algo que depende, en cambio, de que uno comparta los parámetros evaluativos que RODRÍGUEZ asume como premisas de su investigación. El más importante de estos parámetros está constituido por la proposición según la cual la viabilidad de una teorización de la finalidad de la punición que confiera a ésta aceptabilidad racional pasaría por adoptar una matriz consecuencialista como punto de partida, lo cual privaría de toda plausibilidad inicial a toda forma genuina de retribucionismo. A este respecto, es especialmente ilustrativo el argumento que RODRÍGUEZ esgrime contra FEIJOO, a propósito del intento de éste por articular una comprensión de la retribución jurídica no metafísicamente fundamentada, sino funcional a la estabilización de la vigencia de normas socialmente indispensables. Según RODRÍGUEZ, a semejante posición “de retribución le queda solo la conexión de la pena con el hecho pasado, pero todo lo demás es prevención, es decir, consecuencias” (p. 214).

Esta explícita identificación de “consecuencias” con “prevención” hace reconocible la adopción, por parte de RODRÍGUEZ, de una noción infra-teorizada –aunque lamentablemente muy extendida en la literatura jurídico-penal– de consecuencialismo, que lo lleva a desconocer la neutralidad meta-ética del principio de retribución, a la vez que a asumir, en muchos pasajes, una igualmente poco afortunada identificación del consecuencialismo con el utilitarismo, en circunstancias de que éste no es sino una especie (marcadamente problemática) de aquél. Esto parece contribuir a una sobre-simplificación de la denuncia de la irracionalidad presuntamente intrínseca al pensamiento retributivo, que se deja advertir en el pasaje en que RODRÍGUEZ comenta lo “paradójico [de] que tanto Platón como Hegel recurran a la comparación de la teoría que cada uno defiende con el comportamiento animal” (p. 45). Con ello se pierde de vista que cuando Platón asimila la punición *quia peccatum est* con el comportamiento de quien se venga “irracionalmente como un animal”, está caracterizando la posición del *agente* del castigo, en tanto que el alegato de Hegel contra el trato de “animal nocivo” que recibe quien es punido *ne peccetur*

tematiza, por el contrario, la posición del *paciente* del castigo. Tomar nota de esta divergencia supone advertir la centralidad que la categoría del merecimiento tiene para una concepción retribucionista de la pena, la cual es compatible con la matriz ética del consecuencialismo.

Un segundo problema lo representa la sensible omisión de una definición precisa del concepto de racionalidad que la investigación hace suyo. Ello se vuelve patente si se repara en la función argumentativa que, en atención a las conclusiones alcanzadas por la investigación en su conjunto, cumple el segundo capítulo. Esa función consiste en una refutación de la muy extendida objeción dirigida contra las propuestas teóricas que reconducen la finalidad del castigo estatal a lo que RODRÍGUEZ unificadamente tematiza como “prevención general social”, en el sentido de su falta de apoyo empírico. La objeción afecta, diferenciadamente, a las teorías de la prevención general de intimidación y de la prevención general de integración: a las primeras suele objetarse la manifiesta inverosimilitud, desde una perspectiva sociológico-antropológica, de buena parte de sus premisas, en tanto que respecto de las segundas es igualmente generalizada la denuncia de lo empíricamente inasible de sus postulados. Ante semejante estado de cosas, la apuesta de RODRÍGUEZ consiste en documentar pormenorizadamente las lecciones extraídas de las “ciencias del comportamiento”, en lo tocante a las disposiciones conductuales de los seres humanos con relevancia para la explicación de la manera en que un sistema formal de punición centralizada puede mostrar una *performance* razonablemente exitosa en el impedimento de delitos futuros.

En lo fundamental, RODRÍGUEZ pretende hacer aprovechable un vasto conjunto de datos provistos por la investigación neuro-científica, así como por la teoría de juegos. Son varias las preguntas que se abren en la evaluación de esta opción meta-teórica. Entre ellas cabría destacar la de si el trabajo de RODRÍGUEZ logra efectivamente evitar el no infrecuente error categorial –la mayor parte de las veces condicionado por una insuficiente puesta en relación del instrumental de la así llamada “neurociencia” con algunas clarificaciones filosóficas indispensables concernientes al estatuto del lenguaje de lo mental– consistente en una versión de la “falacia meriológica”: que los atributos mentales de los agentes humanos exhiban una innegable realización física no equivale a que esos atributos puedan ser radicados en alguna “parte” de su organismo (Pardo, Michael/Patterson, Dennis, *Minds, Brains, and Law*, 2013, pp. 20-22). Esto último es justamente lo que RODRÍGUEZ sugiere, empero, cuando afirma que ha de reconocerse “la participación tanto de la «parte cognitiva» como de la «parte afectiva» del cerebro en la toma de decisiones” (p. 89).

Más importante, con todo, es que esta última afirmación sea ofrecida en apoyo del alegato por abandonar aquella concepción tradicional de la racionalidad del comportamiento humano que responde al modelo del *homo economicus*, abrazado por la economía neoclásica, cuyas premisas “son demasiado sencillas para explicar un fenómeno tremendamente complejo” (p. 88). Para sustentar esta toma de posición, RODRÍGUEZ ofrece una revisión de la cada vez más nutrida literatura específicamente dedicada a la racionalidad de los emociones, perfilando dos “sentimientos especialmente importantes” para dar cuenta de las decisiones que los seres humanos tienden a adoptar en aquellas situaciones de interacción estratégica a cuyo modelamiento se orienta la teoría de juegos, a saber: el sentimiento de justicia, también tematizado como “de equidad”, y el sentimiento de reciprocidad, ulteriormente especificado como uno de “cooperación condicionada”. La manera en que el primer “sentimiento” –que en rigor tendría que ser caracterizado, más bien, como una disposición conductual emocionalmente condicionada– se desplegaría como factor con relevancia decisional es descrita a través de un análisis de una serie de variantes de situaciones de interacción estratégica, que incluyen el “juego

del ultimátum”, el “juego del dictador” y el “juego de la impunidad”; lo propio ocurre respecto del sentimiento de cooperación condicionada, a propósito del cual son traídos a colación el “juego de los bienes públicos”, el “juego de la inversión” y el “juego del intercambio de prestaciones”.

No deja de haber algo de candor en la suposición de que el paradigma economicista de la maximización individual de utilidad ostentaría el estatus de *la* concepción “tradicional” de la racionalidad. Que RODRÍGUEZ deje fuera de consideración, verbigracia, la noción de racionalidad valorativa acuñada por WEBER, así como la reconstrucción habermasiana de una forma de racionalidad propiamente comunicativa, contrapuesta a la racionalidad estratégica, probablemente se explique por su concentración en la bibliografía inmediatamente concernida con los resultados de la investigación empírica modelada a partir de la teoría de juegos. Esto no obsta, sin embargo, a que el análisis desplegado por RODRÍGUEZ resulte especialmente sugerente en múltiples sentidos, el más importante de los cuales, me parece, emerge con su caracterización general del delito como una forma de comportamiento socialmente anti-cooperativo –en cuanto constitutivo de *free-riding*–, que es justamente lo que hace explicable, en la perspectiva evolucionista privilegiada por RODRÍGUEZ, que la respuesta social a aquél tienda a consistir en la materialización punitiva de determinadas emociones reactivas –como célebremente las etiquetara STRAWSON– asociadas a la frustración de expectativas de justicia (distributiva) y reciprocidad. Desde este punto de vista, RODRÍGUEZ aporta un punto de vista con relevancia para poner en cuestión la tan recurrente contraposición dicotómica del contenido de injusto propio de la infracción de algún “deber negativo”, fundamentado en un principio de autonomía, y de aquel propio de la infracción de un “deber positivo”, fundamentado en principio de solidaridad.

Es posible poner en duda cuán inmediata pueda ser la extrapolación de la evidencia así presentada para la explicación del funcionamiento de la pena estatal; esta preocupación encuentra asidero en el hecho, no problematizado por RODRÍGUEZ, de que el uso que se hace de la expresión “castigo” para caracterizar la respuesta con la que, en alguna versión posible del juego del ultimátum, el respondedor reacciona frente a la propuesta eventualmente no cooperativa que el proponentor le dirige, no deja de ser metafórico. Pero ello no logra, en un ápice, mermar la refrescante contribución que su investigación representa para el debate doctrinal acerca de la teoría de la pena en el concierto hispanoparlante, introduciendo una perspectiva innegablemente innovadora para repensar una controversia cuyos términos heredados se muestran muy resistentes a cualquier esfuerzo de redefinición.

Que los antecedentes así aportados efectivamente demuestren que, entre las tradicionales teorías de la pena, la mejor aspectada resultaría ser la teoría de la prevención general social, en razón de la funcionalidad que la punición puede exhibir tanto como herramienta de disuasión cuanto como mecanismo de mantenimiento de la cooperación, es algo que puede quedar abierto. Pero ante la observación de que el comportamiento de los participantes del “juego del ultimátum de partida única”, en el cual “el rechazo de la oferta ya no puede evitar el incumplimiento futuro porque no habrá más contactos entre los participantes”, haría reconocible la disposición a “castigar aun cuando eso suponga un coste personal y aun cuando ello no maximice el bienestar social agregado” (p. 166), es difícil pasar por alto que ésa es precisamente la situación que KANT metafóricamente ejemplificaba imaginando una isla habitada por un pueblo cuyos integrantes decidieran separarse y esparcirse por la faz de la tierra. Y es más difícil aún pasar por alto que la sugerencia de que en tal situación tendría que ser ejecutada hasta la última pena ya impuesta,

“para que así cada cual experimente de vuelta lo que valen sus hechos” (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, A 199, B 229), es indicativa de la misma disposición que parecen mostrar quienes ocupan el lugar del respondedor en semejante versión del juego del ultimátum.

**Recensión a VILLAR, Mario, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016 (285 págs.)**

**José Manuel Paredes Castañón**

Universidad de Oviedo

El libro que comento examina un problema que, según cómo se mire, puede ser visto bien como un tema permanente de discusión en la tradición de la dogmática penal, o bien, en cambio, como algo bastante novedoso. En efecto, por una parte, es evidente que el elenco de cuestiones que surgen en torno al papel que ha de tener el resultado típico en la valoración de la conducta delictiva viene siendo discutido desde siempre (y, cuando menos, ya desde el siglo XIX de manera muy profunda) en la teoría jurídica del delito: así, cuestiones específicas propias de los delitos de resultado, como la de las condiciones para la imputación objetiva del resultado típico a la acción, la del objeto del dolo y la –correlativa– de la delimitación y tratamiento de los supuestos de error de tipo relevante que afectan al curso causal, o la del alcance de los deberes de cuidado; pero también problemas más abstractos, como el del respectivo papel que el desvalor del evento (lo que tradicionalmente se ha denominado –impropiamente, a mi entender– “*desvalor del resultado*”) y el desvalor de la acción deben tener en la determinación de los criterios de juicio acerca de la antijuridicidad de una conducta y, en el caso del desvalor de acción, el peso relativo de los factores externos e internos (también se habla –impropiamente– de factores “*objetivos*” y “*subjetivos*”), son todas ellas cuestiones sobre las que se ha reflexionado largamente en la dogmática jurídico-penal contemporánea. Todo ello, con notables avances y conclusiones, a la hora de hacer efectivamente vigente en este ámbito el principio de responsabilidad subjetiva (a tenor del cual no debería atribuirse ninguna responsabilidad que no pueda remontarse hasta una decisión –culpable– del agente), en tanto que uno de los criterios fundamentales para una imputación justa de responsabilidad por las conductas penalmente típicas.

Por otra parte, sin embargo, es cierto que usualmente la teoría general del delito no ha abordado (no, cuando menos, de un modo frontal) el problema moral subyacente a todas estas cuestiones acabadas de enumerar: aquello que en filosofía moral se ha dado en llamar el problema de la “*suerte moral*” (*moral luck*). El problema ético de la suerte moral existe allí donde parte o todos los factores que se toman en consideración para valorar una determinada acción y a su agente, y para atribuir a éste responsabilidad por aquella, no dependen de comportamientos del propio agente, sino de otras causas no controlables por él (y muchas veces completamente azarosas). En estas circunstancias, el dilema ético que surge es el de cómo cohonestar el hecho de que alguna parte de –en el límite, todo– lo que contribuye a la causación del acontecimiento moralmente relevante no depende principalmente de la decisión del agente con la posibilidad de, pese a todo, hacerle responsable de su acción. El de cómo evitar, en suma, que alguien sea hecho responsable