

InDret  
REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz  
Gutiérrez

BARCELONA, OCTUBRE DE 2013

**Recensión a Norbert Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Beck, 2012, 143 págs.**

-I-

En una reciente sentencia de la AP Navarra, se apunta en su fundamento de derecho tercero, que “la pena de multa es insuficiente para el cumplimiento del fin general de prevención de la pena, y por ello es adecuada la de prisión, máxime teniendo en cuenta que el condenado está en paro y no podría abonar la pena de multa y no ha prestado su consentimiento para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”<sup>1</sup>. Se trataba de un ciudadano que había sido condenado anteriormente por la comisión de varios delitos contra la seguridad del tráfico, y en esta nueva ocasión, solicitaba la sustitución de la pena de prisión impuesta, inferior al año, por la de multa, resolviendo la Audiencia negativamente sobre las razones expuestas. En relación con la argumentación, llama la atención primeramente, la imprecisión terminológica. El argumento “del fin general de prevención de la pena” parece aludir a las razones de prevención general, sin embargo la prevención general atiende a la incidencia de la pena no, “sobre la persona condenada, sino con carácter general, sobre la colectividad. Se habla por ello de una teoría de la prevención general”<sup>2</sup>. De ahí que no se entienda bien la referencia al hecho de “que el condenado está en paro”, pues si se parte de una teoría preventiva general de la pena, lo relevante no son las circunstancias particulares de este, o la incidencia de la pena sobre el concreto ciudadano<sup>3</sup>, sino sobre el conjunto de estos<sup>4</sup>. En un segundo momento, resulta llamativo también, el recurso a una forma de argumento de base tan especulativa para justificar la efectividad de costes iusfundamentales. Aunque a día de hoy se sigue admitiendo que las razones de prevención general resultan muy “difíciles de constatar de un modo fehaciente”<sup>5</sup>, así como sus importantes carencias teórico-prácticas<sup>6</sup> se recurre aquí a las mismas para justificar la ejecución de una pena de prisión<sup>7</sup>.

En este sentido, cuando la AP Navarra sostiene que “la pena de multa es insuficiente para el cumplimiento del fin general de prevención de la pena”, sin ulterior justificación al respecto, expone una argumentación más *emocional* –en el sentido de que arguye lo que, en tanto que efectivamente lo arguye, *quiere dar por cierto*– que de carácter técnico o

<sup>1</sup> SAP Navarra 30/2011, de 16.03.2011.

<sup>2</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C.H.Beck, München, 2006, § 3 A marg. 21.

<sup>3</sup> ROXIN, *AT*, 2006, § 3 A margs. 11 y ss.

<sup>4</sup> ROXIN, *AT*, 2006, § 3 A margs. 21 y ss.

<sup>5</sup> ROXIN, *AT*, 2006, § 3 A marg. 30.

<sup>6</sup> ROXIN, *AT*, 2006, § 3 A marg. 32: “das Prinzip der Generalprävention [weist] auch erhebliche theoretische und praktische Mängel auf”.

<sup>7</sup> Asimismo véase SAP Madrid 11/2012, de 30.01.2012, fundamento de derecho cuarto; AAP Castellón 207/2011, de 15.06.2011, fundamento de derecho segundo; SAP Madrid 318/2010, de 22.09.2010, fundamento de derecho cuarto; SAP Sevilla 640/2008, de 17.12.2008, fundamento de derecho cuarto. Con carácter general, igualmente STS 1189/2005, de 24.10.2005, fundamento de derecho cuarto; STS 1546/2004, de 21.12.2004, fundamento de derecho primero. Al respecto, ilustrativo ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & sons, London, 1974, pp. 97 y ss., 103, aludiendo a la “fiction that the judge applies only objectively existing law”; igualmente véase pp. 151 y ss.

científico – pues no se preocupa por justificar tal aserción. Este componente emocional se advierte, por lo demás, en el discurso de nuestra mejor doctrina. Así, recientemente veíamos como MIR PUIG atribuye un “fundamento absoluto” al principio de culpabilidad<sup>8</sup>, que no justifica en términos teórico-normativos, y entra en contradicción con su comprensión como principio y su “lógica”<sup>9</sup> idoneidad para la ponderación<sup>10</sup>. Mientras que Roxin, en su monumental obra de parte general, aborda el tratamiento del principio de culpabilidad, asignando al mismo la función de “límite infranqueable de la intervención jurídica estatal”<sup>11</sup>, sin aclarar primero qué entiende por principio –frente a las reglas y demás piezas del Derecho– y si su estructura normativa se presta a ello<sup>12</sup>, a la función que con todo asigna a éste, prescindiendo de toda justificación teórico normativa al respecto<sup>13</sup>. El componente emocional se manifiesta de forma inversamente proporcional a la base argumentativa: si no se justifica lo que se afirma, sólo resta la voluntad de realizar tal aserción. Lo cual plantea un problema de legitimidad en fase de aplicación del Derecho.

El recurso de la AP Navarra a la teoría de la pena, particularmente, en supuestos donde se decide sobre la efectividad de los costes iusfundamentales, llama la atención, asimismo, por su fuerte carácter especulativo: para justificar el efectivo cumplimiento de una pena de prisión, se recurre a una forma intuitiva de argumento que se agota en la citada aserción. Sobre la invalidez de este tipo de discurso, cabe remitir aquí, con carácter general, a lo apuntado en otro lugar<sup>14</sup>. En relación con la teoría de la pena, cabe avanzar, de momento, que ésta permite mayores márgenes de certeza argumentativa. Por poner un ejemplo, la pena prevista para el delito de homicidio, de diez a quince años de prisión, constituye una intervención cierta y grave en una posición iusfundamental –derecho a la libertad. Dado que esta pena está anudada a un supuesto de hecho –matar a otro– del que cabe predicar que constituye igualmente otra afectación cierta y grave en otra posición iusfundamental –derecho a la vida, cabría avanzar que la pena resulta relativamente proporcional al supuesto de hecho al que se anuda. Estas dos aserciones evitan el recurso a las divagaciones preventivas al uso, y avanzan la base de una teoría principalista de la pena. Pues en el discurso jurídico, cuando se trata de intervenciones en posiciones

---

<sup>8</sup> MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en AAVV, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1370.

<sup>9</sup> En concreto, apunta MIR PUIG, en AAVV, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, p. 1380: “no es que me resulte imposible lógicamente incluir el principio de culpabilidad entre los elementos a ponderar de un juicio de proporcionalidad que compare costes y beneficios. Pero sería contrario al fundamento absoluto del principio de culpabilidad (no disponible en función de un fin de prevención) el admitir que pudiera vulnerarse cuando la finalidad de prevención permitiese considerar proporcionado su sacrificio”.

<sup>10</sup> Críticamente SÁNCHEZ LÁZARO, «Zur Argumentation mit Prinzipien im strafrechtlichen Diskurs», GA 2013, im Erscheinen.

<sup>11</sup> ROXIN, AT, 2006, § 19 E marg. 53.

<sup>12</sup> ROXIN, AT, 2006, § 19 A margs. 1 y ss.

<sup>13</sup> Críticamente SÁNCHEZ LÁZARO, GA, 2013.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Comares, Granada, 2009, pássim.

iusfundamentales, se debe observar primeramente el principio de proporcionalidad<sup>15</sup>. Pero veamos, primero, lo que tiene que decir HOERSTER al respecto.

-II-

El autor nos introduce mediante una serie de precisiones conceptuales, delimitando primero el concepto de pena, y luego ésta, como consecuencia jurídico penal, de las sanciones de carácter social o religioso. Para HOERSTER, el término pena define a “un mal, que alguien inflige a una persona como reacción a una supuesta infracción normativa”, más allá de la reparación del daño causado mediante tal infracción (pp. 11 y ss., 14). Apunta aquí el autor como rasgos característicos de la sanción jurídico penal, su gravedad, certeza así como las garantías del principio de legalidad (pp. 14 y s.). Frente a ello, subraya la naturaleza informal de las meras sanciones sociales, como reacción a la infracción de normas morales, convencionales o de etiqueta, y algunos rasgos de los castigos de carácter religioso, en particular, frente al principio de personalidad de la pena que inspira la sanción jurídico penal. La necesidad de fundamento de la consecuencia jurídico penal la infiere HOERSTER de su definición como mal que se inflige a la esfera jurídica del ciudadano (pp. 21 y ss.), y procede al análisis de las distintas teorías.

En relación con las teorías absolutas, señala HOERSTER la importancia de la idea de justicia retributiva (“*ausgleichende Gerechtigkeit*”), matizando que la idea de reparación es extraña al concepto de pena (p. 26). Se apunta también la orientación de estas teorías hacia el hecho cometido y, por tanto, hacia el pasado: se trata de que el autor, mediante la imposición de la pena, sea retribuido adecuadamente por su infracción normativa (pp. 26 y s., críticamente pp. 47 y ss.). En particular, HOERSTER aborda los conceptos de Immanuel KANT (pp. 29 y ss.), Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (pp. 35) y John FINNIS (pp. 38 y ss.), tratando de encontrar en ellas un principio moral válido que permita una justificación ética de la pena como retribución de la infracción normativa (p. 28). El autor señala aquí el déficit de fundamento de la concepción kantiana (pp. 35 y 50), intento fallido de dar “un barniz secular a la teoría retributiva de la religión bíblica” (p. 35). HOERSTER se muestra particularmente crítico con la concepción hegeliana (pp. 36 y ss.), señalando la insignificancia en la misma del interés de la sociedad o la protección y la seguridad de los ciudadanos, así como la vacuidad del concepto que, en palabras de SCHOPENHAUER, se queda en la mera “palabrería vacía” (“*leeren Wortkram*”, p. 50). Frente a los anteriores, FINNIS encuentra el fundamento de la pena en la reparación del beneficio injusto que

---

<sup>15</sup> Véase STC 17/2013, de 31.01.2013, fundamento de derecho único y voto particular; STC 12/2008, de 29.01.2008, fundamentos de derecho séptimo y siguiente; STC 11/2006, de 16.01.2006, fundamentos de derecho cuarto y siguientes; STC 14/2003, de 28.01.2003, fundamento de derecho noveno: “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”; STC 73/2000, de 14.03.2000, fundamento de derecho décimo, señalando “la exigencia de proporcionalidad de cualquier medida restrictiva o impeditiva del ejercicio de un derecho o libertad fundamental”; STC 169/2001, de 16.07.2001, fundamentos de derecho noveno y siguiente, señalando “la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales”; STC 207/1996, de 16.12.1996, fundamento de derecho cuarto; todas ellas con ulteriores referencias. Igualmente ilustrativa BVerfG, 2 BvR 38/06 de 4.12.2007, margs. 38 y ss.

supone el ejercicio antijurídico de la libertad para su autor, frente a los ciudadanos que obran sujetos a Derecho. Confiesa aquí HOERSTER que en su renuncia a agredir sexualmente a terceros nunca se ha visto influido por la moral y el Derecho (p. 40), de ahí que no conciba el ejercicio de tales actos como un beneficio injusto por parte de quienes sí se han prestado a ello, y señala, con carácter general, la ausencia de criterios para la concreción y graduación de la pena, pues se trata en todo caso de un ejercicio antijurídico de libertad.

Frente a las posiciones anteriores, las teorías preventivas buscan la justificación de la pena en la evitación de nuevos hechos punibles, y con ello, en el futuro –en lugar de en el hecho cometido. De esta forma, la pena no se entiende tanto como un incremento de costes iusfundamentales, que se añaden a los que supone el delito cometido, sino como un intento de reducir estos (pp. 51 y s.). HOERSTER aborda primeramente, los planteamientos de prevención especial de la mano de Franz VON LISZT (pp. 53 y ss.). Apunta aquí, en particular, el insoslayable déficit empírico inherente a una concepción que se limita a especular sobre posibles conductas futuras (*“illusionärer Charakter sicherer Verbrechensprognosen”*, pp. 62 y ss.), el cual la excluye como fundamento de la pena, sin perjuicio de la importancia de tales planteamientos preventivos en su ejecución (p. 64). En relación con los planteamientos de prevención general, distingue de la mano de FEUERBACH entre la amenaza y la ejecución de la pena, atribuyendo a la primera –la amenaza– la función inmediata de disuasión, mientras que a la segunda –la ejecución– una función de disuasión mediata, mediante la confirmación de la seriedad de aquella (p. 66 y s.). HOERSTER puntualiza aquí que, en última instancia, la prevención proviene de la “pena criminal [*“Kriminalstrafe”*] en el sentido amplio de la palabra, esto es, la pena criminal como institución social o praxis” (p. 68). El conocimiento que ello requiere por parte del ciudadano, para la realización de tal función de prevención, se limita al del hecho de que la comisión de un delito conlleva “por lo general, (...) la imposición y ejecución forzosa de un mal penal típico como una pena de prisión o multa”, conocimiento accesible a cualquier ciudadano (p. 68). Con todo, reconoce el autor el componente intuitivo de esta idea: sobre “la medida del efecto preventivo..., sólo es posible especular” (p. 69), sugiriendo diferenciar según la naturaleza de los hechos. En este marco, señala HOERSTER los riesgos del planteamiento utilitarista de Jeremy BENTHAM (pp. 71 y ss., 75 y s.), cuyas razones últimas se prestan a justificar el castigo de familiares, quebrando el principio de personalidad de la pena, o de personas exentas de culpabilidad. Con ello se cuestiona tan solo la idoneidad de estos planteamientos como fundamento suficiente de la pena, pero no como condición necesaria –aunque insuficiente– de esta (pp. 78 y s., 95).

En el capítulo cuarto, HOERSTER desarrolla una comprensión contractualista de la pena como interés de los ciudadanos. Avanza el autor, como principio fundamental, la idea de la existencia de normas morales y jurídicas cuya vigencia interesa a toda la ciudadanía (pp. 81 y s.), como por ejemplo: “no matar”. Se trata de normas cuya formulación permite la satisfacción de los intereses de toda la ciudadanía, y se plantea si tales presupuestos pueden predicarse de la pena. HOERSTER encuentra en la prevención de acciones que lesionan legítimas normas jurídicas, un primer interés digno de tutela: “todo ciudadano estará razonablemente interesado en la consecución de este bien... aun cuando se vea

limitado, por su parte, en su libertad para cometer asesinatos o robos con violencia... No hay duda de que la prevención de futuras infracciones jurídicas es, como tal, una buena cosa" (p. 89). Lo cual no implica que la prevención sea el único fundamento de la pena, pero sí un presupuesto necesario (pp. 89 y s., 95). En este sentido, apunta HOERSTER la existencia de otros intereses como la vigencia del principio de culpabilidad, en tanto que deja en manos del ciudadano el exponerse o no a sanción y con ello, la posibilidad de beneficiarse inequívocamente del sistema penal (pp. 91 y ss.). Este planteamiento, permite posteriores desarrollos a la hora de determinar la clase y gravedad de la pena. Así, apunta que penas como la lapidación no encuentran sustento en intereses altruistas o egoístas del ciudadano normal ("*des normalen Bürgers*"), sino en tesis ideológicas o religiosas. Tampoco encuentra intereses que hablen inequívocamente a favor de la pena de muerte (pp. 96 y s.), aunque sí de los trabajos forzados. HOERSTER apunta aquí como razón, la posibilidad de que el penado contribuya así a los costes que genera su pena, así como mayores márgenes en la graduación de la gravedad de ésta (pp. 97 y s.), en tanto que puede combinarse o no con una pena privativa de libertad. En todo ello, subraya el autor la importancia de la prevención especial mediante la resocialización. En relación con la medida de la pena, avanza HOERSTER la importancia del principio de proporcionalidad (pp. 99 y ss.). Advierte aquí que ello puede entrar en contradicción con la lógica preventiva, pero esgrime a su favor el perenne déficit empírico de las consideraciones preventivas, así como la "idea de justicia" que se anuda a la pena estatal (pp. 101 y s.). De este modo, la idea de justicia se convierte en una siguiente condición adicional de un modelo punitivo que se justifica preventivamente. HOERSTER subraya nuevamente aquí la importancia de la culpabilidad para la legitimación de la pena (pp. 103 y ss.), así como desde una comprensión preventiva, la capacidad de culpabilidad, en tanto que la eficacia preventiva de la pena depende de la capacidad de decisión racional del ciudadano, que le permite ponderar los costes y rendimientos de realización de la conducta antijurídica (p. 110).

En el siguiente capítulo, HOERSTER aborda la búsqueda de criterios generales de merecimiento de pena, o con otras palabras: ¿qué conductas son merecedoras de pena? El autor avanza, primeramente, la insuficiencia de las normas morales para la justificación de la pena (pp. 114 y ss.), señalando entre otras razones, la relatividad ética de nuestra sociedad que dificulta una fundamentación racional intersubjetiva (p. 119). No obstante, entiende admisible la infracción de una norma moral como condición necesaria –pero insuficiente, insisto– del merecimiento de pena, sin perjuicio de las posibles divergencias entre la norma moral de la que se infiere la norma jurídica y la configuración positiva de ésta, en la que pueden influir otras consideraciones (pp. 122 y s.). HOERSTER enlaza en este punto con su comprensión de la pena como protección de intereses, como razón adicional a la anterior, para justificar el merecimiento de pena: "merecedoras de pena son aquellas violaciones de normas morales, que 1º resultan más gravosas para la víctima que la limitación de libertad de acción individual necesariamente inherente a su prohibición jurídico penal, y 2º son de tal naturaleza, que su punición estatal conlleva una cierta eficacia preventiva" (p. 123), si bien advierte las limitaciones de este criterio en los casos difíciles (p. 126). El criterio de la ponderación racional de intereses le sirve para negar la

conveniencia de prohibir toda acción que pueda perjudicar indirectamente al ciudadano<sup>16</sup> o un excesivo paternalismo jurídico penal (pp. 130 y ss.).

Finalmente, en el epílogo, el autor realiza una última defensa de las teorías preventivas frente a las posiciones absolutas actuales y en particular, frente a la crítica de Winfried HASSEMER. Frente a los costes para el principio de dignidad derivados de la consideración del penado como medio, y no con como fin en sí mismo, en cuanto ejemplo para los demás ciudadanos en aras de una mayor prevención, entiende HOERSTER que el penado, como posible víctima de tales hechos por los que resulta penado, se beneficia también de la función de prevención y con ello, de su consentimiento (pp. 138 y s.). En este punto, crítica el autor el superficial ("*oberflächlich*") discurso de nuestra doctrina en la materia, así como la falta de matización del concepto de prevención general: "no todo acto de punición puede y debe, como tal, fungir preventivamente, sino la praxis penal en general, de la clase de delito en cuestión" (p. 140).

### -III-

Entre los valores de esta obra, cabe apuntar las precisiones teóricas del autor, en particular, las relativas al concepto de prevención, o la perspectiva filosófica que adopta, aunque ello le lleve a obviar buena parte de la literatura penalista más reciente<sup>17</sup>. En este sentido, resulta sugerente, asimismo, la expeditiva crítica que hace a la concepción hegeliana, dada la influencia de este pensamiento en las últimas décadas. La claridad expositiva y los ilustrativos ejemplos que introduce, permiten una lectura fácil y amena. Con todo, otro de sus principales valores reside en su debilidad argumentativa: el excesivo componente intuitivo del discurso de HOERSTER. Pues evidencia el excesivo componente intuitivo de la teoría de la pena en el vigente discurso jurídico penal. Así, llama la atención su excesivo recurso a formas de argumento del estilo: "toda persona *razonable*"<sup>18</sup>, "el ciudadano *normal*"<sup>19</sup>, "el *sano sentido común*"<sup>20</sup>, "*aquella concepción de la justicia... que el ciudadano*

<sup>16</sup> HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, C.H. Beck, München, 2012, p. 129: "jeder vernünftige Mensch [bewertet] dort, wo keine unmittelbare Schädigung (wie etwa im Fall einer Körperverletzung) vorliegt, seine eigene Handlungsfreiheit deutlich höher (...) als den Schaden, der ihn eventuell als indirekte Nebenfolge der entsprechenden Handlungsfreiheit seiner Mitmenschen treffen kann".

<sup>17</sup> Críticamente, también ZIMMERMANN, «Norbert Hoerster, Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie», *GA*, 2013, p. 136.

<sup>18</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 129: "jeder vernünftige Mensch [bewertet] dort, wo keine unmittelbare Schädigung (wie etwa im Fall einer Körperverletzung) vorliegt, seine eigene Handlungsfreiheit deutlich höher (...) als den Schaden, der ihn eventuell als indirekte Nebenfolge der entsprechenden Handlungsfreiheit seiner Mitmenschen treffen kann".

<sup>19</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 127 y s.: "möchte ich zurückkommen auf mein obiges Kriterium der Strafbarkeit: ob der normale Bürger bei rationaler Betrachtung eher mit einer positiven oder einer negativen Auswirkung der Strafbarkeit einer bestimmten Handlung auf sein künftiges Leben rechnen kann".

<sup>20</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 124: "für diese Präventionswirkung spricht in der Tat der gesunde Menschenverstand".

entiende evidentemente implícita en la pena estatal”<sup>21</sup>, “supongo, que la gran mayoría de nuestros conciudadanos valoraría de forma similar los pro y contra del modelo penal expuesto”<sup>22</sup>, “todo ciudadano estará razonablemente interesado en la consecución de este bien de la prevención”<sup>23</sup>, “toda persona medianamente razonable puede fácilmente comprender y compartir esto”<sup>24</sup>, “difícilmente alguien consideraría ilegítima una pena tal”<sup>25</sup>, entre otros ejemplos. Se trata naturalmente, en todo ello, de lo que resulta “razonable”, “normal” o “sano” a HOERSTER, que –parece– se tiene por tal. Si bien su formulación, evidencia que se trata meramente de esto, de meras suposiciones del autor, sin ulterior fundamento que su intuición al respecto.

Ello no diverge en exceso de las formulaciones de nuestra mejor doctrina. Así, cuando Claus ROXIN señala como fin de la pena –junto a la prevención especial– “la prevención general”<sup>26</sup>, no formula más que una declaración de buenos deseos. Ello se evidencia cuando el Profesor de Múnich reconoce que las razones de prevención general están aún por aclarar “empíricamente”<sup>27</sup>, resultan “difíciles de constatar de un modo fehaciente”<sup>28</sup> o que este “principio de prevención general muestra importantes carencias teóricas y prácticas”<sup>29</sup>.

Ciertamente, la finalidad de HOERSTER, la búsqueda de un principio moral válido que permita una justificación ética de la pena (p. 28), puede prestarse a este tipo de discurso. Sin embargo, este autor yerra al obviar las particularidades del discurso jurídico frente al discurso moral. Ello se evidencia, por ejemplo, cuando justifica la observancia del principio de culpabilidad por razones de eficiencia preventiva<sup>30</sup>, obviando con ello su institucionalización y significado en este otro discurso. Pues con independencia de las suposiciones o los márgenes de rendimiento que HOERSTER atribuye al principio de culpabilidad, éste en el discurso jurídico ostenta un rango constitucional que determina su

---

<sup>21</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 101: “...in diametralem Gegensatz zu jenen Gerechtigkeitsvorstellung stehen, die jeder Bürger als selbstverständlich mit der staatlichen Strafe verbindet”.

<sup>22</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 91 y s.: “Ich vermute, dass die große Mehrheit unserer Staatsbürger das Pro und Kontra des dargestellten Strafsystems, vom Standpunkt des wohlüberlegten Interesses jedes Einzelnen aus betrachtet, ähnlich gewichten würde”.

<sup>23</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 89: “Jeder Bürger wird vernünftigerweise an der Erreichung dieses Gutes der Prävention interessiert sein. Denn kein Bürger will vernünftigerweise selbst Opfer einer Rechtsverletzung wie eines Mordes oder eines Einbruchsdiebstahls werden”.

<sup>24</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 82: “jeder halbwegs vernünftige Mensch kann dies leicht einsehen und nachvollziehen”.

<sup>25</sup> Cursiva añadida, HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 78: “Trotzdem würde selbst unter der genannten Voraussetzungen wohl kaum jemand eine solche Bestrafung für illegitim halten”.

<sup>26</sup> ROXIN, AT, 2006, § 3 A marg. 59: “Die Strafe dient den Zwecken der Spezial- und Generalprävention”. En nuestra doctrina, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 16, margs. 48 y s. Al respecto, ilustrativo en este sentido, ilustrativo ROSS, *On Law and Justice*, 1974, pp. 97 y ss.

<sup>27</sup> ROXIN, AT, 2006, § 3 A marg. 30.

<sup>28</sup> ROXIN, AT, 2006, § 3 A marg. 30.

<sup>29</sup> Véase ROXIN, AT, 2006, § 3 A marg. 32.

<sup>30</sup> Véase HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 110.

observancia frente a las razones de prevención general y/o especial<sup>31</sup>. En esta misma línea, cabe objetar a HOERSTER que una pena, como por ejemplo, la prevista en el § 211 del Código penal alemán, cadena perpetua (*“lebenslange Freiheitsstrafe”*), constituye primeramente, en este otro discurso, una intervención en un principio iusfundamental. Las cuales se asientan en “la estricta observancia del principio de proporcionalidad”<sup>32</sup>. Y se infiere, de este modo, la vía para el fundamento y desarrollo de las teorías de la pena en el marco del discurso jurídico.

Frente a la comprensión que se hace generalmente de este principio, con su subdivisión en los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como juicios de pronóstico de acentuado carácter especulativo que ceden un excesivo margen al voluntarismo –en un primer momento, aunque no sólo– del legislador<sup>33</sup>, interesa aquí la comprensión que aparece en otros pronunciamientos, donde se atiende a la correlación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Así, en la STC 161/1997, de 2 de octubre, se atiende primeramente “a la relación de proporcionalidad entre el desvalor del comportamiento que [se] tipifica y la pena... que se le asigna”<sup>34</sup>, señalando como sustentos normativos “el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona”<sup>35</sup>. En esta misma línea, en la STC alemán, 2 BvR 392/07 de 26 de febrero de 2008, se apunta como fundamento de esta comprensión, “al principio de culpabilidad”<sup>36</sup>. Y sobre las citadas razones –de justicia, no arbitrariedad, dignidad y culpabilidad– encontramos un sustento

<sup>31</sup> Últimamente BVerfG, 2 BvR 2258/09 de 27.3.2012, marg. 51, con ulteriores referencias. Expresamente BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008, marg. 69, también con ulteriores referencias.

<sup>32</sup> Ilustrativa BVerfG, 2 BvR 38/06 de 4.12.2007, margs. 38 y ss. Igualmente, STC 14/2003, de 28 de enero, fundamento de derecho noveno.

<sup>33</sup> Véase STC 14/2003, de 28 de enero, fundamento de derecho noveno: “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto”; más recientemente, en los mismos términos STC 96/2012, de 7 de mayo, fundamento de derecho décimo, ambas con ulteriores referencias. En relación con el juicio de idoneidad, ilustrativa BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008, marg. 36: “Eine Strafnorm muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Ein Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; *die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt*”, cursiva añadida.

<sup>34</sup> Fundamentos de derecho octavo y décimo segundo; si bien la falta de rigor argumentativo de este pronunciamiento desaprovecha las posibilidades que ofrece tal comprensión de este principio; críticamente, en este otro sentido SÁNCHEZ LÁZARO, GA, 2013.

<sup>35</sup> Fundamento de derecho décimo segundo.

<sup>36</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26.2.2008, marg. 37: “Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 90, 145 <173> m.w.N.)”.

para la teoría de la pena bastante más firme que las especulaciones preventivas. Con otras palabras, si se entiende que la pena prevista para el delito de homicidio en el artículo 138 del CP español o en el § 212 del CP alemán constituye, ante todo, en nuestro discurso, una intervención en un derecho fundamental, y que “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”. Entonces, este principio se muestra como el primer fundamento de la teoría de la pena. Ciertamente, se trata, en cuanto principio, de una razón no excluyente sujeta a ponderación, con otros principios concurrentes como, por ejemplo, el principio de reeducación y reinserción social, según los términos del art. 25.2 de nuestro texto constitucional –“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Si bien, ofrece un sugerente sustento para desarrollos de *lege lata y ferenda*.

Así, desde esta última perspectiva, apuntábamos recientemente la significación para la consecuencia jurídica de los principios de legalidad y proporcionalidad<sup>37</sup>. En este segundo sentido, criticábamos el desequilibrio de la anterior definición legal del delito de tráfico de drogas, donde se aparejaba –como supuesto de hecho– una puesta en peligro abstracto del bien jurídico salud pública con una grave consecuencia jurídica, y en particular, con una importante pena privativa de libertad<sup>38</sup>. Desde la comprensión apuntada del principio de proporcionalidad, cabe señalar primeramente, que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales”<sup>39</sup>. Y si según este pronunciamiento, atribuimos al principio de libertad un valor alto –partiendo de una escala: alto, medio, bajo– y en relación con el mismo, al bien jurídico salud pública –relativamente y a lo sumo– un valor medio, en tanto que no se trata de “un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)”, ni de “un derecho fundamental (art. 17 CE) ... presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales”, comienza a evidenciarse el déficit de proporcionalidad de aquel precepto. En tanto que anuda un supuesto de hecho de un valor normativo –a lo sumo– medio: salud pública, a una consecuencia jurídica de un valor normativo notablemente superior: pena privativa de libertad. Si mutamos la escala alto/medio/bajo en la escala numérica 3/2/1, ello nos permite ya, la siguiente expresión:

Supuesto de hecho

Consecuencia jurídica

2

3

<sup>37</sup> En relación con el primero SÁNCHEZ LÁZARO, «Mandato de determinación y consecuencia jurídica», *Revista penal*, 2011/28, pp. 153 y ss.; en relación con el segundo, en particular EL MISMO: «Sobre la definición legal del delito de administración desleal. Una vez más, sobre la urgencia de una dogmática de lege ferenda», *Cuadernos de política criminal*, 2011/105, pp. 27 y ss.

<sup>38</sup> Críticamente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 675 y ss.

<sup>39</sup> STC 82/2003, de 5 mayo, fundamento de derecho tercero. Al respecto, igualmente v. STC 67/1997, de 7 abril, fundamento de derecho segundo; STC 341/1993, de 18 noviembre, fundamentos de derecho quinto y sexto; STC 31/1985, de 5 marzo, fundamento de derecho tercero.

En un segundo momento, se advierte el contraste entre la consecuencia jurídica, intervención esencial por un máximo de nueve años de privación de libertad, y el supuesto de hecho que requiere, únicamente, la puesta en peligro abstracto del bien jurídico salud pública. Luego, si la consecuencia jurídica se entiende como una intervención grave —mutando ahora la escala alto/medio/bajo en grave/medio/leve— en el principio de libertad, parece que la puesta en peligro abstracto no debiera estimarse más allá que como una intervención o afectación leve (ó 1) —en tanto que no requiere lesión (3), ni puesta en peligro concreto (2) del bien jurídico salud pública. Por tanto:

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
2	3
1	3

Finalmente, cabe diferenciar también entre la base empírica de una y otra intervención<sup>40</sup>: mientras que la aplicación de una pena privativa de libertad de hasta nueve años, supone una intervención cierta —luego, 3— y esencial en el citado principio, el juicio de peligro no permite tales márgenes de certidumbre<sup>41</sup> —luego, tirando por lo alto y a lo sumo, no más de 2:

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
2	3
1	3
2	3
(5)	(9)

Ciertamente, esta ponderación se abre a posteriores principios como el señalado de prevención especial, general y demás posibles razones de política criminal, pero considerando siempre en su ponderación, junto a otros aspectos, su perenne déficit empírico. Ello, en el caso concreto, nos pudiera llevar a acentuar el peso del supuesto de hecho y/o de la consecuencia jurídica, gravando el equilibrio de la norma por razones diversas de las aquí atendidas. Si bien el excesivo desequilibrio de la anterior definición

<sup>40</sup> Por lo demás, véase ALEXY, «Die Gewichtsformel», *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, de Gruyter, Berlín, 2003, pp. 773 y ss.

<sup>41</sup> Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 111 y ss.; JESCHECK /WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 263 y s.: “Der Begriff der Gefahr ist schwer zu bestimmen und sehr umstritten. Nach der Rechtsprechung ist eine Gefahr ein ungewöhnlicher, regelwidriger Zustand, bei dem für ein sachkundiges Urteil ‘nach den obwaltenden konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich gelten kann, die Möglichkeit eines solchen nahe liegt’”; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2012, pp. 169 y s., margs. 44 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 239 y ss., margs. 60 y ss.; ROXIN, *AT*, 2006, pp. 423 y ss.

legal del delito de tráfico de drogas, aun sin computar la pena de multa, nos lleva a reafirmarnos en la valoración positiva de su reforma, por LO 5/2010 de 22 de junio, en tanto que la misma ha dotado de mayor compensación al precepto mediante la atenuación del rigor de su consecuencia jurídica<sup>42</sup>.

De *lege lata*, esta formulación del principio de proporcionalidad favorece asimismo la valoración de las definiciones legales vigentes como la avanzada provisionalmente, y a modo de ejemplo, sobre el art. 138 de nuestro Código penal (cfr. I): tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica recogen una intervención cierta y grave en una posición iusfundamental. Tales valoraciones permiten ya una primera orientación a los operadores jurídicos a la hora de concretar la pena, en tanto que un rigor excesivo por parte del legislador ofrece una buena razón al operador jurídico para atenuar la misma, en su fase de determinación, en aras de ajustarla al principio de culpabilidad —en tanto que la medida de la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad<sup>43</sup>. Ciertamente, la valoración del delito de homicidio exige la consideración de ulteriores principios, y en particular, dado el rigor de su consecuencia jurídica, el principio de humanidad de las penas, recogido en el art. 15 de nuestro texto constitucional. Pero sobre ello se volverá en próxima ocasión. En la presente, se pretende tan sólo avanzar un primer esbozo de una teoría principalista de la pena. Se trata de que la pena, como intervención iusfundamental, persigue primeramente una retribución proporcional de lo injusto culpable. De que la teoría de la pena debe primeramente dar cuenta de “la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales”<sup>44</sup>. Si bien, se trata de una finalidad no excluyente, de un primer principio informador, abierto a ulterior ponderación.

*Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez-Lázaro*

(Universidad de La Laguna)

---

<sup>42</sup> En este sentido, igualmente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2010, p. 679, señalando “las penas excesivas a que podía dar lugar la regulación anterior en casos de tráfico de escasa relevancia... de drogas que pueden causar grave daño a la salud”.

<sup>43</sup> Véase STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento de derecho tercero.

<sup>44</sup> Véase 15.

**Recensión a Carlos Pérez del Valle, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012, 210 páginas.**

Este nuevo libro de Carlos PÉREZ DEL VALLE llama la atención desde el inicio por el título y por el tema que se propone desarrollar; pero además porque no se trata sólo de un trabajo de dogmática penal, sino también histórico y filosófico que muestra de principio a fin (las numerosas citas en latín y alemán así lo confirman) el dominio del tema y la dedicación del autor (que según el mismo cuenta, ha sido motivo de reflexión por muchos años). Tras una breve –pero aguda– introducción, divide el libro en cuatro capítulos: (1) La sanción extraordinaria del delito culposo: ¿sanción excepcional?; (2) La sanción del delito culposo como defecto de la voluntad; (3) La sanción del delito culposo como infracción del deber de cuidado; y (4) Fundamento de la imputación culposa como tipo subjetivo; y concluye mostrando lo que, en su opinión, constituye la esencia del «tipo subjetivo del delito imprudente».

Al iniciar la lectura encontramos una pregunta clave: «¿por qué imponer penas a los autores de delitos imprudentes?» (p. 15). Asegura el autor que la respuesta genérica que brinda la doctrina no es suficiente. Si no se tiene el mismo cuidado de no lesionar los bienes de otros como se tiene con los propios, sólo entra en juego la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones y omisiones, pero no se resuelve el problema, sino que, por el contrario, se producen muchos más interrogantes. Por ejemplo, ¿se sanciona por imprudencia porque no hay dolo?, ¿hasta dónde se puede extender la responsabilidad?, ¿con base en qué se establece la imprudencia grave o leve?, ¿hay una correspondencia entre la gravedad de la imprudencia y su desarrollo consciente o inconsciente? Más aún, ¿sobre qué modelo se determina la imprudencia?, ¿sobre el del conocimiento?, ¿sobre el de la voluntad?, ¿sobre el del «momento de la sensación»? Las respuestas a estos interrogantes requieren precisiones adicionales que el autor poco a poco –aunque no siempre de manera lineal– va mostrando a lo largo del trabajo. Todo esto reafirma que PÉREZ DEL VALLE pretende, no sólo averiguar por qué se imponen penas por los delitos imprudentes, sino también –como reconoce– qué respalda su configuración como otra forma de imputación subjetiva.

Contrariamente a lo que podría pensarse, el autor no escatima el esfuerzo de adentrarse en el análisis del dolo. En reiteradas ocasiones (y en un plano histórico, filosófico y dogmático) explica su contenido y sus características antes de estudiar la imprudencia; pero –aclara– su intención no es abordarlo por completo, sino simplemente resaltar aquello que le es propio, para luego retomar el camino hacia el análisis del tema central. No obstante, esto tampoco significa que traspase el desarrollo del dolo a la imprudencia, pues éste precisamente ha sido el error frecuente que ha cometido la doctrina (algo que ha originado, además, muchos inconvenientes con los «principios» que informan al Derecho penal). Lo que le interesa demostrar es que la imprudencia es un tipo subjetivo distinto y paralelo al dolo (p. 18). Por eso, propone revisar la evolución del tratamiento histórico, filosófico y dogmático de la imprudencia (trabajo que desarrolla a lo largo de los cuatro capítulos) y examinar, con base en las conclusiones obtenidas, su situación actual. Como punto de partida, propone dejar a

un lado los *criterios* de imputación actualmente aceptados e ir en búsqueda de un *modelo* de imputación.

Para determinar el modelo adecuado, primero revisa cómo la doctrina ha imputado la imprudencia. Y, en segundo lugar, cuáles han sido las formas empleadas y sus elementos característicos. Esta revisión le permite observar que en un primer momento la imprudencia se fundamenta a partir de «la idea de la voluntad» entendida como carácter psicológico, de manera que «se mantiene el reproche sobre la voluntad de actuar en situaciones inciertas» (p. 18). Seguidamente, advierte que, sobre la base de este reproche, doctrina y jurisprudencia encuentran dos elementos para definirla: previsibilidad e infracción del deber de cuidado. Posteriormente, muestra otros modelos, entre los que destaca (y que considera como el más adecuado) el del «conocimiento». Sin perjuicio de ir manifestando su posición, en la exposición recogerá la opinión de varios autores y a la vez presentará diversos argumentos a favor y en contra, sus críticas y, finalmente, el esquema que considera apropiado.

De la amplia investigación recogida en este libro, se resaltan a continuación tan sólo algunas cuestiones desarrolladas en los cuatro capítulos:

En el capítulo 1, el autor –a partir de la máxima «*Non poena ordinaria, sed extra ordinem punire debet*»– se pregunta si realmente en el Derecho penal español ha estado siempre presente la idea de la sanción excepcional del delito imprudente. Para responder a esta pregunta cree conveniente referirse primero al tratamiento histórico de la imprudencia hasta el actual Derecho penal español. De ahí que aluda, por ejemplo, a los antecedentes en el (i) Derecho romano, mostrando que sólo diferenciaban la culpa del *casus* y que no había una definición exacta de aquélla («es claro que el Derecho romano se encontraba muy lejos de una concepción dogmática propia del delito imprudente en el sentido que hoy se construye», p. 27). También hace referencia a la (ii) influencia de Lardizábal en el proceso de la codificación, y demuestra que el punto de partida para la imputación no era la voluntad, sino el «conocimiento y deliberación» («aunque no se presenta un concepto claro del delito culposo, éste podría ser planteado como un caso de desconocimiento o de ignorancia; y, en todo caso, el desconocimiento es, si no el caso, uno de los casos de la imprudencia», p. 32). Y al (iii) código de 1822: partiendo de la existencia o no de «malicia», afirma que la sanción de la imprudencia sí tenía un carácter excepcional (p. 35).

Concluye afirmando el carácter excepcional del tipo imprudente en el Derecho español actual, lo que significa, entre otras razones, que «no todos los delitos tipificados en forma dolosa deberían ser sancionados en forma imprudente» (p. 40).

En el capítulo 2, nos presenta un análisis del delito imprudente como defecto de la voluntad, o en otras palabras como el «querer la acción pero sin querer el resultado» (p. 42). Adicionalmente, se pregunta si este no querer abre la posibilidad para sancionar el delito imprudente como tal. Para estar en mejor condición de despejar esta duda, acude a: KANT (p. 44), KLEIN, Feuerbach, V. ALMENDIGEN y STÜBEL (pp. 46-53), HEGEL y SCHOPENHAUER (pp. 54-69). Así, va mostrando la evolución del tratamiento de la voluntad,

hasta llegar a BEKKER (pp. 70-71), que marca distancia al dirigir su atención hacia el modelo del entendimiento. Al final de toda esta exposición, concluye que este aspecto negativo de la voluntad no es suficiente y, en todo caso, supone una dificultad para considerarlo como un criterio de imputación (p. 73).

En el capítulo 3, PÉREZ DEL VALLE aborda la posición que se ha impuesto en la doctrina española: la sanción del delito culposo como infracción del deber de cuidado, es decir, que el sujeto desconoce el riesgo de su «acción querida» (p. 76) y produce una lesión. Aunque esto no significa –precisa más adelante– que sea el único elemento que tenga en cuenta la jurisprudencia, pues de hecho la «previsibilidad» se mantiene como uno de los criterios de imputación característico del delito imprudente (p. 79). Por eso, considera oportuno examinar el tratamiento de la previsibilidad especialmente dentro de la doctrina alemana (aunque previamente da cuenta de la evolución española, italiana y francesa), enfocando su atención en BINDING (pp. 89-92), v. LISZT (pp. 93-98), EXNER (p. 99) y ENGISCH (pp. 100-106). De todos, destaca el desarrollo de los dos últimos autores mencionados. Para EXNER la culpa supone una falta de conocimiento y requiere previsibilidad individual, pero lo decisivo es el *momento de la sensación*. Este planteamiento parece romper con el binomio entendimiento-voluntad (aunque el mismo PÉREZ DEL VALLE se encarga de señalar lo contrario). ENGISCH corrige la tesis de EXNER, y entre otras cosas, apunta que la diferencia principal es que el interés que se echa de menos es la preocupación por no cometer un hecho ilícito y «no sólo una mera aversión» (p. 103).

Pese a las eventuales dificultades por las que atravesó la idea de deber de cuidado – concluye el autor–, ésta «muestra su solidez ante el intento de modificación» (p. 106).

En el capítulo 4, finalmente presenta aquello que fundamenta la imputación imprudente como tipo subjetivo. Afirma que si el tipo objetivo es el mismo, «[n]o hay, por tanto, otra posibilidad de entender la distinción entre delitos dolosos e imprudentes como una diferenciación básica en el tipo subjetivo» (p. 134). Y es, precisamente, la idea del deber de cuidado la que ha servido para establecer el rasgo propio de la imprudencia, sin embargo, no es suficiente para responder, por ejemplo, (a) por el fundamento de su sanción («en sentido absoluto» y «sentido relativo»); (b) por la separación entre el dolo y la imprudencia (pues siempre se han resuelto los vacíos recurriendo a la definición del dolo); y (c) por la «diferenciación» de la gravedad de la imprudencia (p. 135).

Pese a todo, manifiesta que si bien la doctrina española reconoce un tipo distinto y paralelo al tipo doloso (p. 140), son necesarias algunas explicaciones adicionales sobre ciertas ideas clave, como la de evitabilidad (p. 144). El autor asegura que la adscripción de lo subjetivo – que explica primero en el dolo– debe ser la regla en la imprudencia (pp. 147-148), pero aún quedan por responder algunas cuestiones como, por ejemplo, ¿qué se atribuye?, ¿qué criterios se emplean para atribuir? Afirma que «no es suficiente indicar que el riesgo podía ser conocido, es preciso saber si debía conocerlo» (p. 151), y además tener en cuenta los elementos personales –capacidad y conocimiento (que no existieron y no pudieron motivar en un sentido adecuado a la norma)– del sujeto para configurar la imprudencia.

En la parte final de este capítulo, el autor resalta los modelos de imputación que ha ido abordando en distintas partes de su trabajo: el modelo que imputa defectos en la voluntad y el modelo que imputa defectos en el entendimiento (p. 154), y es este último el que en mejor condiciones se encuentra para explicar la imputación de la imprudencia. Por último, refiriéndose a la determinación de la gravedad de la imprudencia señala que los tribunales resuelven sobre la base de tres criterios: a) la proximidad al dolo eventual, b) la relevancia de la norma de cuidado infringida y c) el resultado producido (p. 180). Sin embargo, añade que la gravedad es independiente del carácter general que tiene la norma y del resultado producido, pues en todo caso debe quedar condicionada por su evitabilidad individual (p. 181), siendo posible disminuirla en la medida que exista esfuerzo para obtener el conocimiento (p. 182).

En mi opinión, al estudiar la imprudencia no debe perderse de vista que es una forma de imputación extraordinaria (se le hace responsable al sujeto por su propio defecto de imputación, a pesar de que no se cumplan los requisitos ordinarios de imputación), que no supone ir en búsqueda de una cuestión psicológica, sino de criterios normativos que permitan atribuir la responsabilidad. No le falta razón a Pérez del Valle cuando, tras afirmar que la imputación objetiva es igual tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos (p. 134), advierte que lo esencial está en aquello que identifica el tipo imprudente. Esta esencia se encuentra en el error *evitable* del sujeto respecto al riesgo que supone su conducta, en otras palabras, en su actuación contraria a un *deber de cuidado* que le incumbía conocer (que dependerá de las circunstancias concretas del hecho y a las posibilidades del sujeto: pp. 184-186). De tal modo, el tipo subjetivo podrá imputarse al sujeto que (i) sin haber adquirido los «conocimientos» necesarios para el manejo de riesgos, realice actividades que comprendan peligros; también cuando (ii) ya cuente con esos «conocimientos» pero no los actualice al actuar; o cuando (iii) no evite los defectos de cálculo.

Por otra parte, la clasificación de la imprudencia en consciente e inconsciente (según el sujeto *quiera* la acción aun conociendo el riesgo pero *no quiera* el resultado, o no conozca el riesgo pero aún así *quiera* la acción), parece, por lo menos, incorrecta porque en el dolo se requiere simplemente conocimiento. Por eso, llama la atención que aquí se aluda a esta clasificación (aunque no en gran medida) cuando se ha reconocido expresamente que el modelo que más se acomoda para la explicación de la imprudencia sea el de conocimiento. Diferente es la situación de la clasificación en grave y leve (según se infrinjan reglas de cuidado exigibles o por debajo de lo exigible) que tiene mucha más coherencia con este modelo y al que se le puede encontrar distintos efectos prácticos (como, efectivamente sucede aquí, pues el autor establece distintos criterios de determinación).

El trabajo de PÉREZ DEL VALLE constituye un esfuerzo que merece la pena resaltar no sólo porque supone un enriquecedor diálogo entre el Derecho penal, Filosofía e Historia, sino porque analiza un tema tan frecuente en los tiempos actuales, pero en el que tan poco se ha avanzado. No puede sino reconocerse la habilidad del autor para abordar la imprudencia e intentar escapar a las típicas respuestas de manual. Hubiéramos deseado que el cuidado que se ha puesto sobre el fondo también se hubiera puesto en la forma, sin embargo, esto

no desmerece en lo más mínimo este libro, que sin duda constituye un punto de referencia para quienes desean comprender los fundamentos de la imputación de la imprudencia.

*Ronald Vilchez Chinchayán*

(Universidad de Navarra)

**Recensión a Raquel CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de género y Justicia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, 818 páginas.**

-I-

#### Reflexión preliminar

El Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela viene de editar en los inicios del presente año una obra poco menos que enciclopédica acerca de un tema que no por poco original, pierde un ápice de interés.

La violencia de género sigue suscitando el interés de la literatura especializada porque desafortunadamente, -más allá de disputas palaciegas entre escuelas doctrinales-, constituye un elemento de discusión que si bien, insistimos, no resulta novedoso, lo cierto es que la desgracia siempre lo acaba por convertir en actual.

La obra colectiva “Violencia de Género y Justicia”, dirigida por la Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, Raquel Castillejo Manzanares, reúne un compendio de aportaciones de significados miembros de la doctrina jurídica española. Ello no obstante, se hace preciso destacar que en la nómina de autores no sólo se encuentran juristas de reconocido prestigio del ámbito penal, civil o procesal, sino también expertos de materias afines que juegan en este terreno, el de la violencia de género algo más que una función auxiliar o instrumental de la perspectiva jurídica. Disciplinas como la Psicología, sin ir más lejos, se han vuelto más que fundamentales en cualquier análisis que se precie de ser o de pretender ser riguroso.

Por ello, sin pretender ser estrictamente multidisciplinar, en tanto que se trata de una obra fundamentalmente jurídica, integra en su seno análisis que se escapan de la monolítica perspectiva jurídica para así reivindicar su decidida vocación de publicación de carácter integral e integradora.

Como se apuntaba con anterioridad, el Derecho no sirve para explicar el fenómeno de la violencia de género. Resultaría poco menos que absurdo, aplicar todos los aumentos a un telescopio que no está diseñado para tal suerte de análisis. Por ello, se hace preciso que nos dotemos de aquellas herramientas analíticas que, -desde un lenguaje asequible para el profano en la materia-, nos permitan comprender la magnitud del problema, magnitud no en cuanto dimensión, que también, sino en cuanto a composición cromosómica, esto es, en cuanto a configuración, conformación, causas, condicionantes, etc.

Es sólo a partir de este presupuesto, que se puede estar en situación de comprender el origen del problema, y por tanto, de diseñar el modo de abordar la respuesta al fenómeno por parte del mundo del Derecho. Pudiera ser catalogado este enfoque de meramente

reactivo, no obstante, a este respecto no se puede obviar que el tratamiento del Legislador español al problema de la violencia de género ha sido fundamentalmente de corte retribucionista, situando el Derecho Penal y Procesal en el centro de la diana del enfoque de la política legislativa en la materia.

En “Violencia de Género y Justicia” se pretende pues, monitorizar el estado actual de la interacción del binomio violencia contra la mujer y Administración de Justicia en el Estado español. En esta línea, el análisis de la LO 1/2004 cuenta con un peso específico en la obra, en tanto que en pocos meses se cumplirá una década desde su aprobación y se hace preciso echar una mirada atrás para ver el camino recorrido, las dificultades vencidas, las que están superar y el largo trecho que aún queda por hacer.

## -II-

### Desarrollo estructurado de la obra

Así, a lo largo de treinta y cuatro capítulos se van desgranando desde aspectos genéricos y ya clásicos de la discusión doctrinal como la correcta conceptualización de la violencia contra las mujeres o las medidas para la protección integral contra la violencia de género, hasta otros de presencia más reducida en el debate especializado pero de una vigencia igualmente incuestionable como el fenómeno del feminicidio, etc. Todo ello culminado por un epílogo en forma de Actas de seminario en dónde un grupo de especialistas debate lejos de las convenciones formales propias de los artículos doctrinales. Así, sin las antedichas restricciones, en el intercambio simultáneo de opiniones, se abre paso un diálogo dinámico profundamente enriquecedor.

Por evidentes cuestiones de espacio no se puede efectuar aquí una descripción de todos y cada uno de los treinta y cuatro capítulos. Ello no obstante no nos resistimos a tomar aunque sólo sean dos ejemplos que sirvan para ilustrar buena parte de lo señalado hasta el momento.

Así, en el Capítulo veinte con respecto a los límites a la discrecionalidad del juzgador en la interpretación judicial de la violencia de género, VÁZQUEZ GONZÁLEZ sostiene que perentoria necesidad de garantizar el principio de la igualdad ante la ley reconocido constitucionalmente, así como una cierta seguridad jurídica en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, resultan poco menos que antitéticos con aquéllas, que frente a un supuesto fáctico semejante o idéntico, permiten valorar faltas en unos supuestos o delitos de malos tratos en otros, una exención de la responsabilidad penal o una atenuación de la pena o, etc.

La categoría analítica en la interpretación jurídica que representa el prisma de género en orden a prestar consideración no únicamente a las diferencias sexuales, sino también, y muy especialmente, las diferencias de roles, estereotipos y participación social, aplicándola

en los supuestos que en la praxis diaria ventilan los órganos jurisdiccionales, "(...) puede ser una vía defendible y segura para cumplir adecuadamente con los principios de seguridad e igualdad jurídica consagrados en nuestro ordenamiento jurídico"<sup>1</sup>.

En "La llamada 'violencia de género', los procesos de desvictimización y sus condicionantes y obstáculos", BACA BALDOMERO sostiene en relación al mencionado fenómeno de la violencia de género que "Una sociedad que no genera mecanismos de protección eficaces es tan nefasta como una sociedad que no fomenta mecanismos de autoadaptación efectivos". Y es que para el citado autor las medidas legales *stricto sensu* si bien han posibilitado una mitigación, no han servido evidentemente, para solucionar el problema. En este sentido defiende la necesidad de que además de apostar por el desarrollo de la prevención de la violencia, se hace precisa la articulación de mecanismos de desvictimización efectivos en el ámbito de la violencia de pareja. Para lograrlo se precisa no sólo el bagaje de las teorías sino también, y muy especialmente, los datos aportados por la experiencia empírica.

El autor finaliza concluyendo que la desvictimización es el fin de cualquier acción sobre las víctimas y esto incluye, naturalmente, a las víctimas de la violencia de pareja. Como proceso complejo, en la desvictimización confluyen diversos factores a tener en cuenta. Particularmente cabe destacar que la apariencia social de la víctima es un factor modulador del proceso de victimización.

Por todo ello, para "(...) una efectiva promoción de la desvictimización es necesario actuar en cinco planos que no son obligadamente coincidentes: La asistencia y tratamiento de los trastornos (físicos o psicológicos) que se han podido producir; La superación de los sentimientos de pérdida, humillación y autodepreciación; La consecuencia de sentimientos realistas y efectivos de reparación; El crecimiento personal postrauma; El abandono de la condición de víctima"<sup>2</sup>.

-III-

Para finalizar

Lo dicho hasta ahora nos permite hacer una composición de lugar en relación a las potencialidades de la obra. Extensa en volumen y profunda en el análisis, pasa por ser un volumen que compendia en un único tomo una perspectiva crítica a la presente interacción entre violencia de género y Justicia en el sistema de justicia penal, perspectiva nutrida como no, de numerosas propuestas *de lege ferenda*.

---

<sup>1</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «La interpretación judicial de la violencia de género. Un estudio crítico sobre los límites a la discrecionalidad del juzgador», en CASTILLEJO MANZANARES, *Violencia de género y justicia*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, p. 425.

<sup>2</sup> BACA BALDOMERO, «La llamada 'violencia de género', los procesos de desvictimización y sus condicionantes y obstáculos», en CASTILLEJO MANZANARES, *Violencia de género y justicia*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, p. 507.

Se señalaba al inicio que la presente obra reúne en su seno a un muy nutrido de grupo de especialistas y profesionales que trabajan en ámbitos directamente relacionados con cada una de las caras de un concepto como la Violencia de Género, necesariamente poliédrico. A nuestro juicio, posiblemente sea ésta la principal virtualidad de la obra, la de abordar el estudio desde el análisis riguroso y desprejuiciado de todos los ámbitos que estructuran la violencia contra las mujeres.

Este afán decididamente iconoclasta conduce a que una lectura poco demorada, desde un punto de vista dogmático, pueda situar la presente publicación en la consideración de texto apócrifo en relación a la doctrina oficial del pensamiento que, en ocasiones, reina en temas de debate que como éste, se hallan revestidos de un especial dramatismo.

En efecto, el especialista puede avanzar en la lectura con el ánimo logrado por la selección del tema pero desde la cautela de situarse ante un libro en algunos aspectos poco menos que herético, no apto para no iniciados, al que no puede serle adjudicado el carácter de divulgativo porque no sólo no lo es sino que por su propia configuración, no pretende serlo en tanto que resulta profundamente analítico.

En definitiva, a la potencialidad antes referida hay que añadir la conjunción de otros elementos de inequívoco valor cualitativo como son la presencia del enfoque psicológico, psiquiátrico; el análisis de destacados referentes de la práctica forense así como el pormenorizado estudio que del Derecho Comparado se realiza, abordando la situación de países de nuestro más inmediato entorno como Austria, Alemania, Italia, Francia o Portugal.

*Cristina Alonso Salgado*

(Universidad de Santiago de Compostela)