

## ***ExLibris***

Sección coordinada por Pablo Sánchez Ostiz

Recensión a Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, (tomo I), 2014 (tomo II), 2016 (tomo III), por Leandro A. Dias.

Recensión a Norberto J. de la Mata Barranco/Jacobo Dópico Gómez Aller/Juan Antonio Lascurain Sánchez/Adán Nieto Martín, *Derecho penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, por Sergio Pérez González.

Recensión a Carlos Gómez-Jara Díez, *Garantismo penal europeo*, Iustel, Madrid, 2017, por Francisco de Borja Iriarte Ángel.

Recensión a Leo Zaibert, *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, por Tomás Fernández Fiks.

## Recensiones

**Recensión a Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013 (tomo I, 469 págs.), 2014 (tomo II, 384 págs.), 2016 (tomo III, 880 págs.)**

**Leandro A. Dias**

Universidad de Buenos Aires

El libro “*Treatise on International Criminal Law*” (en adelante, “*Treatise*”), de Kai AMBOS, es sin lugar a dudas una obra fundamental de Derecho penal internacional (en adelante, “DPI”), que debe ser leída por quien desee comprender las bases de esta disciplina. En tres volúmenes (escritos en inglés), el profesor de la Universidad de Gotinga se encarga de desarrollar con gran destreza los aspectos centrales de la justicia penal internacional. Se trata de una obra extensa, que supera las mil páginas (sin contar el listado de bibliografía, que debió ser publicado *online* por ser demasiado voluminoso) y que abarca tres áreas fundamentales: la parte general del DPI (vol. I), la parte especial (vol. II) y el (incipiente) derecho procesal penal (vol. III). Esta división en tres partes se encuentra justificada, dado que en estos tres tomos es probable que se encuentre el tratamiento más completo y detallado de la doctrina y la jurisprudencia de Derecho penal internacional que ha surgido en las últimas décadas en diversas partes del mundo y en distintos idiomas. Pero esa extensión, poco habitual en las obras contemporáneas, no debe amedrentar al lector, dado que allí encontrará un abordaje sistemático y fácilmente comprensible de problemas de extraordinaria complejidad. En pocas palabras, se está en presencia de una obra sistemática, completa y elegante, que probablemente sea el *magnum opus* del autor.

En cuanto al contenido específico del *Treatise*, el primer tomo tiene, en lo esencial, dos partes. Por un lado, en los primeros tres capítulos se hace un desarrollo histórico detallado de la disciplina (capítulo I), así como un tratamiento conceptual y analítico de la justificación del castigo y de la estructura del delito en estos contextos (capítulos II y III). Por otro, en los capítulos siguientes (IV-VIII) el autor brinda un abordaje sistemático y profundo de los distintos aspectos de la teoría de la responsabilidad penal en DPI. Se trata, en definitiva, de una verdadera teoría del delito adaptada a contextos de criminalidad masiva.

En los primeros cuatro capítulos del segundo tomo, dedicado a la parte especial del DPI, se desarrolla lo que el lector podría esperar en una obra de esta clase: los distintos aspectos problemáticos de los cuatro crímenes internacionales clásicos, esto es, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión. Lo verdaderamente novedoso aparece en los últimos dos capítulos, a través del tratamiento de dos cuestiones que generan más dudas que certezas en el área y que, por esa razón, no suelen ser abordadas en detalle en los manuales: los llamados *treaty crimes*, o delitos internacionales derivados de tratados (capítulo V), y las teorías del concurso y de la medición de la pena (capítulo VI).

Finalmente, el tercer tomo ofrece el análisis más completo que se ha visto hasta el día de hoy en lo que se refiere al Derecho procesal penal internacional, con especial énfasis en el sistema establecido por el Estatuto de Roma. Así, el primer capítulo presenta en detalle los fundamentos filosóficos y conceptuales del Derecho procesal penal internacional, así como el devenir histórico de los procesos ante distintos tribunales internacionales. En los siguientes apartados, el autor explica los aspectos esenciales del proceso penal a nivel internacional, así como prácticamente todas las discusiones relevantes para el ejercicio de la actividad profesional ante la Corte Penal Internacional (y, eventualmente, ante otras jurisdicciones). En particular, se destaca el capítulo V, dado que ofrece una teoría completa de la producción y valoración de la prueba a nivel internacional, un tema en cierto modo descuidado por los tribunales internacionales y también (o, quizá, especialmente) por los nacionales con competencia para el juzgamiento de crímenes internacionales.

Ante una obra tan imponente es difícil llevar a cabo una recensión crítica y valiosa en términos científicos. Sin embargo, creo que es posible realizar esta tarea mediante el análisis de dos cuestiones problemáticas que se repiten en los tres tomos del *Treatise*. No se trata de falencias esenciales de la obra, sino de ciertas cuestiones que podrían ser corregidas en una segunda edición, que seguramente veremos en los próximos años.

La primera de ellas es la disparidad en el tratamiento de la literatura filosófica contemporánea sobre DPI, en el sentido de que solo ciertos temas han sido abordados en detalle a partir de esta literatura. El *Treatise* es mucho más que una mera descripción de la doctrina y jurisprudencia dominante en la materia. Por el contrario, intenta ofrecer fundamentos sólidos para el desarrollo de una disciplina que se ha caracterizado históricamente más por el pragmatismo que por la reflexión profunda sobre los distintos problemas que se presentan en la realidad. No sorprende, entonces, que AMBOS ofrezca un desarrollo filosófico de temas como la justificación del castigo en el nivel internacional (vol. I, pp. 56 ss.), el concepto de crímenes de lesa humanidad (vol. II, pp. 56 ss.) o los fines del Derecho procesal penal en el nivel internacional (vol. III, pp. 44 ss.). Para eso acude no solo a un tratamiento que da cuenta de artículos jurídicos especializados, sino también de los más recientes avances en materia de filosofía moral y política.

Sin embargo, no todos los aspectos que abarca el libro han sido desarrollados con el mismo nivel de detalle en el nivel de los fundamentos filosóficos. Véase, entre otros, el abordaje de la legítima defensa (vol. I, pp. 330 ss.). En los últimos años, la legítima defensa se ha posicionado como un ámbito extremadamente fértil para la discusión fundamental en el DPI, por las implicancias de esta causa de justificación para el análisis de agresiones llevadas a cabo en contextos de conflictos armados. Piénsese únicamente en los ya clásicos libros de David RODIN (*War and Self-Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2002) y Jeff MCMAHAN sobre el tema (*Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, 2009). Empero, estas discusiones no han sido abordadas en detalle por AMBOS, sino que el libro solo ofrece un análisis desde una perspectiva clásica de manual. Esto no sería un problema si el *Treatise* se limitase justamente a un análisis “de manual” de todos los temas que se presentan en el libro. Pero, como ya se señaló, AMBOS entra de lleno en el tratamiento filosófico de algunos temas, por lo que es notorio que otros han sido un tanto relegados.

A su vez, AMBOS por momentos muestra una excesiva confianza en la capacidad de persuasión de ciertos argumentos “ortodoxos” de la discusión continental al momento de analizar los fundamentos de distintas figuras jurídicas. Tómese como ejemplo solamente el análisis de la tentativa (vol. I, pp. 233 ss.). Allí el autor rechaza las teorías que plantean una equivalencia entre la responsabilidad por acciones y la responsabilidad por resultados (llamadas en el libro “teorías subjetivas”) porque el castigo de la tentativa inidónea “se acerca a la criminalización de una mera intención o voluntad, lo que recuerda un Derecho penal puro de ánimo y pensamientos” (“*its punishment comes closer to the criminalization of a mere intent or will, reminding us of a pure criminal law of ideas and thoughts*”, p. 235). Esto puede ser así respecto de ciertas teorías que plantean la equivalencia entre tentativas y consumaciones (lo que podríamos llamar “subjetivismo extremo”). Pero estas teorías prácticamente no son defendidas en la actualidad, sino que se suele establecer una equivalencia en casos en los cuales el plan de un par de autores se manifiesta externamente por medio de una acción idéntica y la única diferencia en la situación de ambos actuantes es que en un caso se produce el resultado, mientras que en el otro no, por una cuestión atribuible a la suerte (en términos de NAGEL, casos de *resultant luck*). Con esto no se pretende afirmar que AMBOS se equivoque en su apreciación, sino simplemente que la cuestión no puede ser resuelta con una mera equiparación con el Derecho penal de ánimo, por más que eso sea una opinión (hasta cierto punto) extendida en el marco de la discusión continental. Por el contrario, cuestiones como esta se encuentran en extremo discutidas en la filosofía moral y los argumentos y contra-argumentos son mucho más profundos que una comparación con el Derecho penal de ánimo (para un breve panorama de la discusión continental y anglosajona, SANCINETTI, «El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional», *InDret* 1/2017). Algo similar sucede en el abordaje de otras figuras de la parte general del Derecho penal, como el dolo, la omisión o la distinción entre autores y partícipes (para una enumeración de estos problemas, véase la completa reseña de WEIGEND en *En Letra: Derecho Penal*, (7), 2018, pp. 295 ss.). En este aspecto sin dudas se echa de menos un mayor desarrollo.

El segundo aspecto problemático se aleja un poco (aunque no demasiado) de los fundamentos filosóficos del DPI y se acerca más a lo que podría llamarse una dogmática del DPI en sentido estricto. Me refiero en particular a los problemas de interpretación “finos” que se producen en el DPI. En este aspecto, es cierto que AMBOS traslada lo mejor de la dogmática penal alemana al DPI de habla inglesa: distinciones analíticas complejas, abordaje sistemático y una búsqueda de soluciones no solo consistentes, sino también materialmente justas. Estas características están presentes en todo el libro, pero son especialmente notorias en el volumen II, que aborda la parte especial del DPI (esto es, los crímenes internacionales en específico) con un grado de claridad y sofisticación que no tiene precedentes en la disciplina. De hecho, el capítulo sexto del volumen II, dedicado a los parámetros de medición de la pena y a la teoría de los concursos es un aporte *esencial* al desarrollo de la ciencia del DPI. Estos temas han sido históricamente relegados a un segundo o tercer plano en la discusión y AMBOS no solo los aborda, sino que brinda un análisis exhaustivo, que supera ampliamente lo visto hasta la actualidad en libros similares. Es por ello que probablemente este capítulo tenga una gran influencia en el futuro en la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, en algunos segmentos puntuales de la dogmática de los crímenes internacionales el tratamiento es demasiado sucinto. Esto puede observarse, por ejemplo, en el abordaje del crimen internacional de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en las hostilidades (arts. 8(2)(b)(xxvi) y (e)(vii) del Estatuto de Roma). Uno de los elementos más discutidos de este tipo penal es el de “participar activamente”. ¿Qué significa “activamente”? ¿Que los niños sean expuestos a actividades de apoyo directo o indirecto a las hostilidades, esto es, que sean obligados a realizar una contribución a las hostilidades apta para exponerlos a cualquier riesgo característico de un conflicto armado (postura de la Corte Penal Internacional en “Lubanga”, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Especial de Sierra Leona)? ¿O que se los obligue a realizar actividades de apoyo *directo* a las hostilidades, esto es, un acto apto para convertir a los niños, específicamente, en un blanco para el bando contrario? AMBOS se decide a favor de la postura amplia (apoyo directo o indirecto), en virtud de que una extensión de la punibilidad de quien utiliza a niños en contextos de conflicto armado se encontraría justificada por el fin protector de la norma. Sin embargo, el autor no responde a las críticas que se han formulado contra esa interpretación desde al menos dos puntos de vista. Desde una perspectiva tendente a restringir la punibilidad, se ha señalado que el concepto de “participación activa” es característico del Derecho internacional humanitario y que esa disciplina utiliza, con buenas razones, una interpretación estricta, no amplia, que implica una participación *directa* (ya que solo cuando un civil participa directamente puede ser atacado como un blanco, en principio, legítimo; sobre el tema, WAGNER, «A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga Child Soldiers and Direct Participation?», *Criminal Law Forum*, 2013, 24(2), pp. 145-203). Y desde una perspectiva tendente a ampliar la punibilidad, que los casos de participación indirecta deben incluir más de lo que AMBOS está dispuesto a aceptar (por ej. actos de sometimiento a violencia sexual), para no dejar impunes conductas de utilización de niños que contribuyen el devenir (ilícito) de los conflictos armados (por ej., el voto separado y en disidencia de la jueza Elizabeth Odio Benito en el ya mencionado caso “Lubanga”). Sobre esta última postura, AMBOS realiza un breve comentario en una nota al pie, en el que señala que tal interpretación sería contraria al *nullum crimen sine lege*, pero no termina de quedar claro por qué. De hecho, parecería que el término “participación activa” es lo suficientemente general como para permitir una interpretación amplia, por lo que la cuestión decisiva estaría en otro lado, puntualmente, en el fin de la norma. Y si, como AMBOS señala, el fin de la norma es “proteger” a los niños: ¿por qué no ampliar aún más el ámbito de protección, hasta el punto de incluir actos de sometimiento de niños y niñas a violencia sexual?

Con independencia de estos dos aspectos problemáticos (disparidad en el tratamiento de fundamentos filosóficos y excesiva brevedad en la argumentación respecto de algunos problemas dogmáticos específicos), es necesario resaltar nuevamente la importancia de esta obra. Hasta hace muy poco tiempo, era realmente muy difícil recomendar un libro para estudiar DPI. Es cierto que había manuales, pero ninguno abordaba todos los problemas actuales de la disciplina. Con este *Treatise*, AMBOS se ha encargado de brindar una obra imprescindible para todo aquel que desee conocer el estado actual del DPI. Esta contribución no solo será bien recibida por estudiantes (en especial, aquellos que participan en las ya clásicas competencias de alegatos *moot court*), sino también por investigadores especializados y por quienes se dedican a ejercer la profesión ante

tribunales nacionales e internacionales con competencia para juzgar crímenes internacionales. Por tanto, solo es posible finalizar esta recensión con una felicitación al autor por esta impresionante obra.

**Recensión a Norberto J. DE LA MATA BARRANCO/ Jacobo DOPICO GÓMEZ-  
ALLER/Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ/Adán NIETO MARTÍN, *Derecho Penal  
Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018 (760 págs.)**

**Sergio Pérez González**

Universidad de La Rioja

*Derecho penal económico y de la empresa* es un tratado de autoría colectiva sobre delitos económicos o, en su caso, susceptibles de ser cometidos en entornos empresariales. La obra está dispuesta en 18 temas, articulados, a su vez, bajo unas mismas pautas. A partir del tema 5, y a propósito de la exposición de delitos concretos, cada capítulo se despliega bajo un mismo compás metodológico para ocuparse, sistemáticamente, del bien jurídico protegido, de las conductas incriminadas, de los sujetos, de las posibilidades concursales, etc., con variaciones oportunas en función de las particularidades de cada delito.

La estructura común sirve para dotar a la obra de una perspectiva de corte práctico y, a la vez, pedagógico. Cada tema incorpora un epígrafe inicial que recoge las claves de la cuestión tratada, claves que señalan zonas dogmáticamente inestables y sobre las que más ha debido teorizarse. Igualmente, cada capítulo refiere, al menos, un *leading case* que sirve de escenario en el que reconocer las especulaciones abstractas (así, por dar solo tres ejemplos entre decenas de ellos, el caso *Argentia Trust* en materia de administración desleal -pp. 237 ss.-, el caso *Tarjetas black* sobre apropiación indebida -pp. 246 ss.- o el caso *Messi* en relación con los delitos contra la Hacienda Pública -pp. 529 ss.-). En ocasiones son varios los casos judiciales que ilustran las previsiones teóricas de un mismo tema, revelándose con ello la trascendencia social y mediática de un determinado delito o bloque delictivo. Así, en el tema 9, sobre la protección penal de la competencia y del mercado de valores (pp. 367 ss.), sirven de balizas los casos de las *licitaciones pactadas*, *Iberdrola*, *LIBOR*, *Insider Trading*, *Titánica*, *Liberbank* y *Bankia*. De este modo, los argumentos del libro se apoyan en una completa casuística, como contacto metódico con la realidad; y es que no se trata solo de referencias a sentencias (a consultar autónomamente por el lector), sino de referencias a amplios argumentos sobre sentencias, que se entretujan perfectamente con los posicionamientos abstractos del texto.

En esta línea, los autores evitan referencias bibliográficas colgadas del hilo narrativo, tan propias de otro tipo de publicaciones construidas sobre la interpelación y la brega doctrinal. La edición se decanta, así, por recoger al final de cada tema recomendaciones específicas que profundizan en ciertos aspectos. De este modo, los autores priorizan la limpieza del texto y una lectura sencilla, capaz de sugerir respuestas a golpe de vista. En esta misma lógica toma sentido el hilvanado conceptual logrado por un cuidadísimo juego tipográfico. Todo ello le da al conjunto una forma de manual de fácil manejo destinado a “estudiantes, abogados, fiscales, jueces, profesores, investigadores” (p. 38).

Sin embargo, frente a esta armonía estructural del libro, cabría alegar que la autoría colectiva desvela ciertas dificultades en la continuidad narrativa. Es cierto que, en cuestiones estilísticas, puede notarse un desarrollo desigual por temas y autores. Sucede, por ejemplo, que las cuestiones introductorias se despliegan más discursivamente en algunos temas que en otros. Del mismo

modo, no todos los autores atienden a las mismas consideraciones previas (ubicación, evolución legislativa...), desarmonía que toma sentido a partir de las particularidades de cada delito concreto. Y es que dogmática y realidad práctica establecen un diálogo que modula y matiza cada capítulo. En cualquier caso, más allá de la heterogeneidad estilística, lo cierto es que los pilares estructurales en el tratamiento de los temas resuelven con absoluta suficiencia esta aparente inconveniencia.

También de esta colectividad en la autoría se deriva que, en relación con otras monografías o manuales clásicos, el libro evita argumentos demasiado idealizados, esto es, abstracciones demasiado abarcadoras. Así, los cuatro primeros capítulos se dedican a abordar las cuestiones dogmáticas más espinosas en materia penal-económica, pero siempre evitando la cerrazón idealista enrocada en el *deber ser*. La obra deja siempre lugar a cierto razonamiento *inductista* que va del caso al concepto y, finalmente, a la idea. Esto es notorio ya en el tema 1, donde, para hablar de Derecho penal económico “desde la criminología” se parte, a quemarropa, del paradigmático caso *Ford Pinto* en un intento por introducir la difícil conexión entre las decisiones empresariales y los daños personales y sociales (pp. 39 ss.). Esta tendencia metodológica se hace expresa en el tema 3: “El lector pensará que esta lección no tiene mucho sentido o que apenas va a ocupar un par de páginas. Y, sin embargo, como demuestra la práctica judicial, el tema que se va a abordar es un buen lío en el que todo se discute” (p. 89). Esto es, aunque los apriorismos teóricos puedan desestimar una determinada cuestión, la metodología aplicada del libro desvela, desde la praxis, problemas teóricos de primer orden.

Así, el primer gran problema teórico se aborda desde la presentación: “Los delitos socio-económicos son una parte indeterminada de un macrotítulo en el que conviven con los patrimoniales y que no engloba delitos indubitablemente económicos” (p. 37). El libro nace sobre la esquivada conceptualización misma del Derecho penal económico, por lo que, como anuncian los autores, el título de la obra debe incorporar el complemento circunstancial “de la empresa”. Con ello, es el criterio criminológico -locativo, digamos- el que parece dar la pauta para la valoración de, al menos, una dimensión del injusto. Sin embargo, esa pretensión causa en los autores, de inmediato, una preocupación: el riesgo de que se “provoque una reacción normativa e interpretativa que debilite las asentadas garantías sustantivas y procesales” (p.37).

Los temas 1 y 2 (pp. 39-85) sirven, en este sentido, como una puesta en escena conceptual y territorial del Derecho penal económico. Así, en el tema 1 se entrelazan de manera muy fluida los posicionamientos doctrinales más compartidos sobre la naturaleza y los límites de esta vertiente del Derecho penal (en un hilado de negritas, por cierto, que facilita la lectura ocasional, como en todos los temas). En el tema 2, se abordan las dependencias, aspiraciones y tendencias de los delitos económicos en el marco de la Unión Europea y del Derecho penal internacional. Aquí, las referencias a las sentencias del TJUE dan un suelo de realidad a las elucubraciones, a veces demasiado dogmáticas, sobre la relación del Derecho penal económico nacional con la normativa comunitaria (señaladamente, el caso *María Pupino* -pp. 69-70- sirve como ejemplificación de la interferencia interpretativa que implica una normativa sobre otra).



Los capítulos 3 y 4 (pp. 87-168) se dedican al análisis de la autoría a partir de la doble dimensión a la que se abre la responsabilidad penal: la dimensión individual y la dimensión empresarial. Y hasta aquí las generalidades transversales, porque ya los capítulos 5 y 6 se internan en la Parte Especial para palpar las estribaciones del Derecho penal económico mismo, esto es, esos terrenos que no se integran en el perímetro ideal de lo penal-económico que venía esbozando parte de la doctrina, pero que ya comparten, sobre todo en el plano criminológico, muchas de sus características: los delitos de estafa en ámbitos empresariales, por ejemplo, parecen hacer equilibrio entre la afectación al patrimonio y la afectación al orden socio-económico (pp. 169 ss.). Y, en esa linde, el libro resuelve la problemática, una vez más, desde una perspectiva práctica. En la misma coyuntura, el solapamiento entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida es valorado en clave criminológica, ya que, sobre las formas típicas, cabe una calibración del desvalor desde una mirada aplicada. Así, en la administración desleal, debe suponerse un “enemigo interno” (pp. 250 ss.); y marca *lo interno* el perímetro empresarial, casi convertido aquí en un contexto criminógeno de acceso voluntario que merecería, por ello, mayor reprobación.

A alturas teóricas parecidas nos podemos elevar desde el tema 7, sobre delitos de frustración de la ejecución y de insolvencia, donde emergen problemáticas conceptuales desde elementos muy específicos, como la exigibilidad del perjuicio concreto en la insolvencia (¿en uno o en varios patrimonios?, ¿como elemento intencional o como resultado objetivo?) (pp. 295 ss.). De las respuestas se derivan consecuencias relevantes sobre la conceptualización y alcance mismos del Derecho penal económico y que, en esta metodología propuesta, se alcanzan siempre desde lo concreto.

Cabría apuntar, entonces, que la practicidad que informa las tesis centrales de la obra lleva, en ocasiones, a una ausencia de unidad dogmática en torno al fenómeno general de la expansión penal en el ámbito económico. Esta incerteza taxonómica es, sin duda, el resultado innegociable de una autoría colectiva. Pero es, a su vez, la virtud del pluralismo hermenéutico frente a la compleja realidad jurídica y económica. La enseñanza que puede extraerse de este tipo de composición es que, frente a los empeños *univocistas*, frente a las teorías *totales* de vocación universal y enciclopédica, resulta siempre desajustado defender una posición estática sobre lo que significa la expansión penal-económica. Porque quizá lo apropiado sea posicionarse en otras claves (éticas, teleológicas, pragmáticas...) que hagan variar la valoración sobre la dilatación o la contracción de lo penal en la economía.

En esa lógica toman sentido las aportaciones de los autores sobre la delimitación de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada bloque delictivo. Porque no hay, en esta obra, una teoría general del bien jurídico penal en terrenos económicos (aunque la dedicatoria a TIEDEMANN insinúa querencias); pero esa es quizá, a la luz de la evitación de tesis monolíticas, una carencia virtuosa. Así, por ejemplo, el tema 13, sobre blanqueo de capitales, aborda la cuestión del bien jurídico desde una pregunta en la que se evidencia esta perspectiva: “¿Por qué empeora el mundo el blanqueo?” (p. 498). Se trata, con ello, de buscar una justificación pragmática para la acción penal. En el tema 16, sobre delitos urbanísticos (pp. 633-634), esta dimensión pragmática se encuentra en la deriva del negocio de la construcción durante las últimas décadas que, al margen del interés de

la Administración por mantener el orden urbanístico, evidencia una trascendencia lesiva en la rutina vital de las personas.

Anejo al esbozo del bien jurídico, toman especial importancia los desarrollos conceptuales de determinados elementos típicos. Y es que la fijación del bien jurídico puede dar la pista sobre el significado de ciertos componentes normativos del tipo, según criterios de antijuridicidad material. Puede oscilarse, entonces, entre la necesidad de remisión a la normativa extrapenal, como garantía de la seguridad jurídica, y la desconfianza hacia la delegación extrapenal en la interpretación de los elementos normativos, como un automatismo insensible. Sin embargo, una vez más, los autores no pretenden conformar una tesis unitaria en este aspecto, ya que el método empleado vincula estas tomas de posición a la coyuntura. Y cada tema tiende hacia un lado u otro, en función de la practicidad debida.

Así, en el tema 8 (pp. 327-365), adquiere una relevancia crucial la trabazón de conceptos normativos que toman su contenido de las leyes sobre propiedad intelectual e industrial, conectados, asimismo, con normativa mercantil sobre patentes, diseño industrial o marcas. Resulta de ello un mapeo atinado de unos preceptos con altísimo contenido técnico, que exige seguridad definitoria para alcanzar un mínimo de seguridad jurídica. Otro tanto sucede en relación con la normativa internacional, que depura el alcance de las expresiones contenidas en el Código penal (véanse, sobre todo, los temas 9 y 10, pp. 367-445). En el tema 15, sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores, resulta también evidente la necesidad de remisión expresa a la Ley de prevención de riesgos laborales, en relación con el art. 316 CP, pero esto no obsta para que, en sede penal, se introduzcan “criterios materiales de justicia” (p. 609) que se sobrepongan a una remisión demasiado formalista a la norma extrapenal –en concreto, respecto a la “delegación efectiva”–.

Esta manera de construir el texto desde los casos, por tanto, no es un obstáculo para que los autores, puntualmente, propongan críticas rotundas. Porque el razonamiento desde abajo habilita al autor a construir un modo de crítica que señala los desajustes de la norma con cierto criterio de practicidad, y no ya con apriorismos estáticos. Así, en relación con los delitos societarios tratados en el tema 12, la denuncia es de “falta de proporcionalidad de la intervención penal”. Una consecuencia extraída desde la casuística: “Son pocos los litigios que dan lugar a sentencias condenatorias por los preceptos aquí analizados, que son sin embargo una invitación a una perturbadora querellabilidad en la vida societaria” (p. 491).

En resumen, el lector no encontrará en este libro una obra dogmáticamente atrincherada. Aun siendo un tratado panorámico, se trata de una obra escrita desde posiciones pragmáticas, una obra redactada al compás de casos jurisprudenciales señalados, perfectamente integrados y reseñados en la continuidad narrativa. El libro no nos habla desde las alturas teóricas. Es una obra que propone situaciones y, si acaso, insinúa caminos para alcanzar teorías. Todo ello es presentado en una caja de contenidos ordenada, metódica y de lectura cómoda. Una obra, en definitiva, utilísima para aprender y para enseñar.

**Recensión a Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Garantismo penal europeo*, Iustel, Madrid, 2017 (165 págs.)**

**Francisco de Borja Iriarte Ángel**

Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco

Esta nueva obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ comienza con un prólogo en el que se define el término *garantismo penal europeo* como “una determinada aproximación garantista de la Unión Europea a los derechos procesales de los ciudadanos que se enfrentan a los rigores de un proceso penal”; es decir, la obra no trata de las actuaciones del binomio Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como cabría esperar, aunque tangencialmente lo toque, sino del binomio Unión Europea / Tribunal de Justicia. Para el autor, la actuación de la Unión Europea en esta materia está produciendo una cierta transformación del federalismo horizontal europeo, que empieza a parecerse al vertical norteamericano, ya que cada vez son mayores las relaciones directas de los ciudadanos de los países miembros con las instituciones europeas; a lo largo del libro las comparaciones entre ambos Derechos son constantes, quedando patente la doble formación jurídica del autor –española, y por tanto, europea, pues Derecho español es el que emana de las instituciones de la Unión, y norteamericana– a lo largo de toda la obra.

Tras el prólogo, la obra se estructura en cuatro capítulos. El primero de ellos, introductorio; y los tres siguientes, dedicadas a concretas garantías: cosa juzgada europea, acceso al expediente y, finalmente, la ciudadanía europea como garantía frente a la extradición a terceros países. Garantías que el autor encuadra dentro del concepto proceso debido –*due process*– al que añade el adjetivo europeo.

En la *Introducción* nos adelanta en qué va a consistir la monografía: la dimensión garantista –frente a la punitiva– de la actuación de la Unión Europea en materia penal, siguiendo como hoja de ruta los postulados de FERRAJOLI, pero partiendo de una premisa fundamental, como es la inexistencia de un Estado europeo, que dará una dimensión diferenciada al concepto. Para el autor esta diferencia viene de la dimensión federal europea, que a diferencia de la norteamericana, no es estatal, sino supranacional, lo cual da lugar, como hemos dicho, a un federalismo horizontal, de coordinación de los Estados y no de jerarquía y límites entre la institución federal y sus miembros; aunque, como bien afirma, ambos sistemas tienen elementos de uno y otro federalismo, y es cada vez mayor el elemento vertical en la Unión Europea, como se ejemplifica en los inicios de la constitución de una Fiscalía europea para la defensa de los intereses de las instituciones comunes. Prosigue con una descripción del garantismo penal norteamericano para concluir con la transición al europeo. El sistema norteamericano tiene su base en el *Bill of Rights*, primeras enmiendas de la Constitución federal, especialmente en la Quinta y en la Sexta, en lo que al proceso debido se refiere, complementadas por la Decimocuarta, que concluida la Guerra Civil extendió su protección a la actuación de los Estados desde la restricción a las actuaciones del Gobierno federal a que la había limitado la Corte Suprema. Enmienda esta última que ha amparado la extensión de otros derechos fundamentales a la actuación de los Estados, la llamada por el autor «incorporación», ejecutada de manera *selectiva*, pues la Corte Suprema optó por ir viendo los derechos uno a uno, según iban surgiendo los problemas. Igualmente, la obra desarrolla una breve

introducción al concepto de proceso debido desde la perspectiva norteamericana, que tiene una vertiente formal –los derechos literalmente garantizados– como también sustantiva, conforme a la que los Tribunales han venido incluyendo en la protección de esta norma algunos derechos que no se encuentran explícitamente enumerados.

Esta doctrina ha ido evolucionando en lo que ha sido considerado como *activismo*, sobre todo en la incorporación de los derechos de defensa, que han reforzado la normativa que en la materia contenían las constituciones estatales, a veces carentes de las necesarias garantías, de forma que finalmente se ha producido una estandarización de los derechos de defensa penal. No habiéndose incorporado a los Estados la institución del gran jurado, si lo han sido los derechos reconocidos en la Quinta Enmienda, la interdicción de la doble incriminación, cláusula antidiscriminación, derecho a asistencia letrada o a ser informado de la acusación; de la Sexta Enmienda se han incorporado derechos relativos a la prueba, así como a un juicio rápido y público. Por último, se han incorporado garantías procesales no enumeradas, como el famoso *Miranda warning*, o el concepto de ciudadanía federal, que, como veremos, está siendo incorporado de manera decisiva al acervo comunitario, como complemento a la ciudadanía estatal. De este modo, en el sistema norteamericano la creación y desarrollo de los derechos fundamentales ha recibido un importante impulso por los Tribunales, lo cual no es extraño en un sistema de *Common Law*; a lo largo de la obra se va viendo cómo, en el caso europeo, similar impulso se ha dado desde el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales, a pesar de ser la mayoría de ellos tributarios del sistema continental y de que en la Unión se integran Estados consolidados con su propio sistema de garantías. En este paralelismo, la Carta de Derechos Fundamentales juega un papel similar a las Enmiendas Quinta y Sexta, jugando el art. 6 del TUE que los hace obligatorios el papel de la Decimocuarta. El autor finaliza este apartado mencionando dos hechos que no pueden ser olvidados: que España es uno de los países contra el que más procedimientos por incumplimiento de sus obligaciones se inician por las autoridades europeas, y que menos cuestiones prejudiciales plantea; datos ciertos, pero que me atrevo a matizar, pues como veremos, en materia de derechos fundamentales en general, la actuación es positiva en la mayor parte de los casos.

A continuación, veremos las tres garantías que mencionábamos al principio. Como punto de partida, debemos mencionar que tanto la *cosa juzgada europea* como el *derecho de acceso al expediente* –a los autos, diríamos nosotros– tienen mayores garantías en el sistema europeo que en el norteamericano.

El capítulo II, referido a la cosa juzgada europea, comienza reconociendo que nos encontramos ante una institución cuyos contornos no son fácilmente adivinables, y que está teniendo importantes efectos en una cuestión tan relevante como es la extradición a países terceros, no miembros de la UE: la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de los arts. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE– y el 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen –CASS–. El estudio de esta garantía parte del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de enero de 2013, denegatorio de la extradición de un nacional austriaco a Ucrania, considerando que existe cosa juzgada europea en tanto los hechos por los que se solicitaba habían sido investigados profusamente en Austria, a instancias del país requirente, que había concluido con una resolución *de archivo* que tenía efectos de cosa juzgada en aquél país;

es decir, que da a una resolución austriaca el tratamiento que el art. 4.5 de la Ley de Extradición Pasiva daría a una resolución similar española, denegando la extradición. El auto fundamenta su decisión en el principio de *ne bis in idem* europeo, que sustenta en varios preceptos de los Tratados y otras normas europeas, así como en la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de dos principios (libre circulación de personas y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales), y realiza una interpretación correcta –en opinión del autor, que puedo compartir– de la sentencia *Mantello* (asunto C-261/09), aunque llegue a la solución opuesta: a diferencia de lo que ocurre en este caso, en el supuesto ventilado existía identidad de hechos. Se separa la Audiencia del auto de 29 de junio de 2001, que no había tenido en cuenta una instrucción cerrada en Alemania, remarcando que, en este caso, el sobreseimiento derivaba de la aplicación del *principio de oportunidad*, no de la consideración de los hechos como no delictivos tras una investigación; esta decisión es de compleja valoración, en tanto el citado principio es ajeno a nuestro sistema penal, por lo que la resolución es razonable a la luz de este.

Seguidamente, se trata la visión de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, partiendo de que el art. 54 CAAS es el aspecto del Derecho penal que más ha tratado. Y lo primero que destaca es la interpretación extensiva hecha del concepto resolución de órganos judiciales y de procedimiento penal, de forma que ha considerado que las decisiones de archivo de la Fiscalía son resolución vinculante a estos efectos (*Gözütok y Brügger*, C-187/2001 y C-385/2001 acumulados); teniendo en cuenta nuestro sistema de instrucción, puede resultar chocante, pero es razonable a la luz del sistema del *fiscal investigador* que existe en la mayoría de los países, con el problema relacionado con el *principio de oportunidad* que hemos adelantado. También destaca la importancia de la confianza mutua entre los países de la Unión (*Van Esbroeck*, C-436/04) que el Tribunal lleva hasta sus últimas consecuencias: los Estados deben aceptar lo resuelto por otros, aunque la resolución interna de la cuestión hubiese sido radicalmente distinta o define el concepto *in idem*, es decir, cuando estamos ante la misma situación, que limita a una valoración del ámbito puramente fáctico de la acción, sin reparar en el tratamiento legal o el interés protegido (*Van Straaten y otros*, C-105/2006). Prosigue este apartado con una mención a la sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) y otros* contra la Comisión (C-238/99 y acumulados) en la que fija el *ne bis in idem* como un principio fundamental del Derecho comunitario. Aspectos recogidos indirectamente en el actual art. 6 del TUE, que incorpora como principio general de interpretación del Derecho europeo el acervo jurisprudencial del TEDH (lo que, por otro lado, ya ocurría en nuestro Derecho por mandato del art. 10.2 de la Constitución). Sentado todo lo anterior, el autor preconiza que el art. 50 CDFUE sustituirá al 54 CAAS como marco de referencia, por ser mayor su alcance al no subordinar su protección a la efectiva ejecución de la sanción impuesta en el primer país. Concluye este apartado tratando los efectos de la libre circulación de personas en el concepto ciudadanía europea, pues en el *ne bis in idem* hay un componente de movilidad: la libre circulación de personas se vería constreñida si una persona pudiese ser objeto de un proceso penal en un Estado por el que ya ha pasado en otro, de forma que lo importante no es qué institución ha tomado la decisión final, sino qué efectos tiene esa decisión en el país en el que se emite, para así evitar lo que el autor llama *forum shopping* del Estado requirente en una extradición.

El capítulo III, referido al acceso al expediente, se inicia planteando la complicada relación entre el secreto del sumario y la prisión provisional, por su directa afección al derecho de defensa; destaca

el autor en primer lugar dos aspectos: (i) que España es el único país de la Unión Europea en el que el secreto del sumario no está limitado a procedimientos vinculados con la seguridad nacional y (ii) que habitualmente la única información que tenía la defensa es la que oralmente se facilitaba en la *vistilla*, con la limitación de derechos que esto supone. Frente a ellos surgen los derechos derivados de la Directiva 2012/13/UE, que –ya adelanta– han sido problemáticamente traspuestos, dejando el problema en manos de los jueces. Vinculada al principio de reconocimiento mutuo, surge la necesidad de que las garantías de los justiciables se refuercen en todo el territorio de la Unión, tal y como se desprende de los Considerandos de la Directiva, especialmente cuando el justiciable está privado de libertad, de forma que del art. 7 de la Directiva extrae dos principios: (i) cuando una persona está privada de libertad se le deben facilitar todos los documentos de su expediente para que pueda impugnar aquella situación y (ii) si está en libertad se podrá limitar el acceso a determinados documentos si existe riesgo de que se perjudique una investigación en curso. Prosigue este apartado analizando el art. 505.3 LECr y la forma en que debe ser interpretado conforme a la Directiva: siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de trasposición, nos encontramos ante un importante refuerzo de garantías, completándose el catálogo de derechos previo “para adaptarlo a los postulados de la Unión Europea”, mencionando expresamente las especialidades derivadas del secreto de sumario. A continuación, recoge el texto positivo remarcando que el acceso en todo caso alcanzará los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado, lo que nos lleva a una cuestión capital: ¿cuáles son los elementos esenciales de las actuaciones? Para responder a esta pregunta, a lo que dedica el resto del capítulo, ya adelanta que el criterio interpretativo debe ser el derivado de la normativa europea, tal y como hizo el auto de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de abril de 2016, que ordenó la puesta en libertad del recurrente, declarando insuficiente la información oral facilitada para recurrir la prisión provisional.

Llegados a este punto, en relación con lo que ha venido ocurriendo en esta materia creo necesario decir, aún a riesgo de que se me tache de *corporativismo*, que la actuación de los Jueces españoles quizás no haya sido la mejor, pero que mucha *culpa* de ello tiene nuestro obsoleto sistema de instrucción, pensado para otro tipo de sociedad y otro tipo de delincuencia: aceptando que el recurso al secreto de sumario debe ser ejercitado con precaución, probablemente con más precaución de la que se ha hecho hasta la fecha, sobre todo si se ha decretado la prisión provisional, debe tenerse en cuenta que un único instructor –y no un grupo de fiscales, como permite la normativa de muchos países– en ocasiones tiene que enfrentarse a ingentes cantidades de documentación, con los riesgos que ello supone de eventual manipulación u ocultamiento de las pruebas antes de que pueda hacerse una composición de lugar.

En todo caso, coincido con el autor en que la actuación a futuro debe cambiar –ya debería haber cambiado– a la luz de la Directiva, que, como él bien dice, es criterio interpretativo de la ley interna, por lo que es especialmente interesante el siguiente apartado, en el que plantea los problemas a los que nos enfrentaremos, así como las posibles soluciones. El primero de ellos es que la nueva normativa supone un cambio radical, de forma que no pueden sostenerse interpretaciones que mantengan el *statu quo* anterior: se debe permitir el acceso a los *documentos* relevantes. Sin embargo, hay resoluciones judiciales que, a diferencia de la antes citada, siguen denegando el acceso a los documentos, en resoluciones que el autor considera incorrectas, incluso en los supuestos en los que

se ha decretado el secreto del sumario: la Directiva habla claramente de aumento de las garantías y de entrega de los documentos y, bajo esos parámetros, debe resolver el Tribunal competente. Cuestión también trascendente es el momento en que debe facilitarse la documentación: con la anticipación necesaria, dependiendo del volumen que suponga, a la celebración de la *vistilla*, de forma que pueda impugnarse la petición de prisión, siendo insuficiente en todo caso que la información se facilite con posterioridad, mediante los fundamentos del auto de prisión, con el fin de su eventual recurso.

Prosigue la obra tratando el contenido del expediente, esto es, cuáles son los elementos esenciales de las actuaciones. Para resolver la cuestión el autor apela a criterios de proporcionalidad y racionalidad, de forma que no alcanza a la totalidad de las actuaciones, pero sí los informes policiales, incluido el atestado, así como todos los documentos, informes y diligencias citados por el Ministerio Fiscal en el informe evacuado para pedir la prisión provisional. Y así lo entendió el Tribunal Constitucional en la sentencia de 30 de enero de 2017 –confirmada en la de 5 de marzo de 2018– aplicando la directiva, aun no traspuesta pero transcurrido el plazo establecido para ello (efecto directo vertical)– y fallando que la falta de entrega del atestado policial al detenido infringe el derecho al acceso al expediente, en un pronunciamiento cuyos efectos interpretativos son notables de cara al futuro ejercicio de este derecho.

Para GÓMEZ-JARA DÍEZ la fundamentación político-criminal de esta obligación tiene una clara lógica, a pesar de los habituales problemas que supone cualquier cambio en la forma de actuar: en los supuestos en los que la investigación esté bajo secreto de sumario el Ministerio Fiscal deberá sopesar más la decisión de pedir prisión provisional, quedando esta posibilidad vedada en los supuestos en que sea necesario seguir la investigación en el más absoluto secreto. Por ello, recomienda plantear cuestión prejudicial si existen dudas sobre la documentación que debe ser facilitada, por no ser un *acto claro* ni *aclarado*, cuya falta de planteamiento puede conculcar el derecho al debido proceso del art. 6 del Convenio de Roma. El presente capítulo finaliza con unas conclusiones, de las que cabe destacar que nos encontramos ante un nuevo derecho, que comprende el acceso a documentos, no a información y, que, como mínimo, debe alcanzar a todos los documentos que refiera el Ministerio Fiscal para sustentar la petición de prisión provisional.

El capítulo III aborda el estudio de la *extradición a terceros países*. Consecuencia de la ciudadanía europea (art. 21 CDFUE) es la limitación en la extradición de nacionales europeos a terceros países, a raíz de la sentencia *Petruhnin*: un Estado no podrá extraditar a un tercer país a un ciudadano de otro Estado sin haber previamente informado a éste, que podrá reclamarlo con la correspondiente euroorden. Se refuerza así el tradicional principio de no extradición de nacionales y se evitan estrategias de *forum shopping* en materia extraditoria. El caso planteado es el siguiente: las autoridades rusas solicitan a las letonas la extradición de un ciudadano estonio, el señor Petruhnin. A diferencia de lo ocurrido en el supuesto resuelto por el auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 20 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo de Letonia planteó cuestión prejudicial, preguntando, sintéticamente, si debe garantizarse a un nacional de otro Estado miembro la misma protección frente a la extradición que si fuese nacional propio; la cuestión planteada es extensa, y como dice GÓMEZ-JARA, se adentra en los fundamentos materiales de la ciudadanía europea. Se trata de un problema complejo, pues como ya planteó el Abogado General,

la denegación de extradición del nacional va habitualmente unida al principio *aut dedere aut judicare*, que puede llevarnos a la impunidad, dependiendo de cómo esté formulado, en el caso de un nacional de otro Estado. La solución del Tribunal es calificada por el autor como *ingeniosa* –calificación a la que podemos sumarnos sin problemas–, evita lagunas de impunidad amparándose en la ciudadanía europea (en concreto, en la libertad de circulación de personas), con una interpretación de la norma propia de un federalismo horizontal. La Audiencia Nacional recepcionó esta doctrina en el auto de 11 de octubre de 2016, relativo a la petición de extradición de un ciudadano chipriota por parte de Estados Unidos de América, aunque con matices: para la Audiencia, la ciudadanía europea no dispensa *per se* protección ante la demanda de extradición de un tercer Estado, sino que permite al Estado de nacionalidad reclamar su entrega para ser juzgado allí. Matices que son objeto de crítica por el autor en tanto considera que sí debe existir igualdad total entre los nacionales de los diversos países, y por los efectos del concepto horizontal de ciudadanía europea; en todo caso, cree necesaria una nueva cuestión prejudicial que aclare el problema.

Concluye el capítulo –y el libro– analizando la problemática que se deriva del acuerdo de extradición suscrito entre la Unión Europea y Estados Unidos que llevó a la modificación del tratado suscrito por España con este país y que tiene dos circunstancias relevantes: (i) la regulación administrativa cuando se recibe a la vez una solicitud de extradición y una euroorden, y (ii) que determina expresamente los factores a tener en cuenta cuando se produce esta situación. Problemas que se acentúan teniendo en cuenta que el acuerdo no tiene especialidades para los ciudadanos europeos y que la euroorden carece de fase administrativa, siendo en su totalidad un procedimiento judicial; para el autor la solución pasaría por otorgar prevalencia a la ciudadanía europea en la aplicación del acuerdo, pero que en todo caso deja a la espera de que se resuelva el asunto *Pisciotti*. A fecha de hoy, puedo decir que la solución de este caso va en línea con la del caso *Petruhinin*: la normativa europea debe interpretarse “en el sentido de que no se oponen a que el Estado miembro requerido establezca una distinción, basándose en una norma de Derecho constitucional, entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros y autorice la extradición, pese a no permitir la extradición de sus propios nacionales, siempre que las autoridades competentes del Estado miembro del que dicho ciudadano es nacional hayan podido reclamarlo previamente en el marco de una orden de detención europea y este último Estado miembro no haya adoptado ninguna medida en este sentido” (sentencia de la Gran Sala, de 10 de abril de 2018).

Tal y como ha podido verse, en esta obra se desarrolla la interesante conversión de las libertades comunitarias, concebidas –o, al menos, así las hemos concebido algunos– como especialmente relacionadas con cuestiones económicas, en derechos del ciudadano en el proceso penal; también queda patente la importancia del concepto *ciudadanía europea*, pues es sumamente integrador y fundamental para pasar de una unión económica, más o menos estrecha, a una auténtica unión política que quizás nos lleve a una Europa Federal. Sin perjuicio de que algunas de las soluciones que plantea requieran amoldarse a nuestro anticuado sistema procesal penal, es una obra muy interesante, de recomendable lectura, que merece el mayor de los elogios, pues denota mucho trabajo por parte del Doctor GÓMEZ-JARA y, como ya hemos dicho, un profundo conocimiento de la normativa de uno y otro lado del Atlántico.





**Recensión a Leo ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press,  
Cambridge, UK, 2018 (265 págs.)**

**Tomás Fernández Fiks**  
LL.M. (Columbia Law School)

*Rethinking Punishment* es el ambicioso título del último libro de Leo ZAIBERT, uno de los autores contemporáneos más interesantes en el campo de la filosofía del castigo. Sin perjuicio de la extensión relativamente corta de la obra –lo cual, a mi entender, constituye una virtud– dicho título resulta acertado, pues ZAIBERT invita a repensar la discusión dominante en torno a la justificación del castigo, introduciendo conceptos teóricos que han sido indebidamente relegados por los filósofos del castigo, y demarcando la disputa entre las distintas teorías rivales existentes de un modo novedoso.

La premisa inicial que da inicio a la obra es que la discusión filosófica sobre la justificación moral del castigo (es decir, las distintas teorías que pretenden ofrecer alguna respuesta a la pregunta de por qué, y bajo qué condiciones, resulta moralmente admisible la imposición del castigo) ha llegado a un punto muerto. En este sentido, por un lado estarían los utilitaristas, obsesionados con las posibles consecuencias positivas que la imposición del castigo podría generar (tales como prevención, seguridad, etc.) e incapaces de reconocer el valor intrínseco del castigo merecido; y por el otro, los retribucionistas, por su lado obsesionados con el merecimiento e incapaces de asignar peso justificatorio alguno a las consecuencias favorables del castigo.

ZAIBERT propone deshacerse de esta dicotomía y reemplazarla por una división que, en su criterio, es más iluminadora: la existente entre el pluralismo axiológico y el monismo axiológico. Así, el autor señala que las teorías utilitaristas y retribucionistas predominantes en la actualidad padecen el mismo problema: esto es, suscriben un monismo axiológico que les impide analizar el fenómeno del castigo con la complejidad que nuestra vida moral requiere. La fijación de los utilitaristas con el valor que implica la reducción del sufrimiento, y la paralela fijación de los retribucionistas (deónticos) –más sobre esta clasificación, a continuación– con el valor intrínseco de la imposición de castigo merecido, revelan la semejanza estructural de las dos corrientes filosóficas que han predominado en la discusión sobre la justificación del castigo.

Para ilustrar este punto, ZAIBERT analiza las posiciones de influyentes autores modernos situados en la vereda opuesta al retribucionismo (en cuanto niegan que el sufrimiento de alguien culpable pueda ser un bien intrínseco), y concluye que tanto TADROS, NUSSBAUM y SCANLON, a pesar de que no sean utilitaristas puros en materia ética, sí lo son en relación a su posición sobre la justificación del castigo. En efecto, estos autores se enfocan exclusivamente a la reducción del sufrimiento general como condición de justificación del castigo, siendo incapaces de reconocer que en ocasiones la imposición de sufrimiento a un sujeto culpable puede resultar intrínsecamente valiosa. De este modo, explica ZAIBERT, suscriben la tesis definitoria del utilitarismo en materia de justificación del castigo: la tesis del valor negativo invariable del sufrimiento.

La afirmación de esta tesis lleva a los utilitaristas a conclusiones contra-intuitivas: prácticamente nadie, salvo rarísimas excepciones, preferiría un mundo donde Hitler, tras haber encabezado el genocidio contra el pueblo judío, disfruta felizmente el resto de sus días en una isla paradisíaca, a un mundo en donde sufre como resultado del castigo que le es impuesto por sus crímenes.

ZAIBERT aquí retoma el análisis sobre el peso que las intuiciones tienen en nuestro razonamiento moral formulado comúnmente por autores retribucionistas –de manera más famosa, por Michael MOORE– y lo desarrolla con mayor fineza y profundidad. Además, introduce la noción de “todo orgánico” (*organic whole*), que toma de G.E. MOORE, según la cual el valor del todo es independiente del valor de sus partes constitutivas. Al igual que ocurre con una pieza musical, el valor del todo está dado por el *orden* de los elementos (las notas musicales) y no por la suma del valor de cada uno. Esta arquitectura conceptual permite a ZAIBERT sostener que, a pesar de que el valor *estándar* o por *default* del sufrimiento sea negativo, es posible que un todo orgánico en el que un sujeto sufre sea más valioso que otro todo orgánico en el que el mismo sujeto no sufre, como podemos observar con el ejemplo de Hitler.

Al negar la tesis del valor negativo invariable del sufrimiento, ZAIBERT se aleja del utilitarismo y defiende un retribucionismo *axiológico*. Ello implica que en el plano de los valores, ZAIBERT defiende la tesis que él mismo define como constitutiva del retribucionismo: que el castigo merecido es intrínsecamente valioso. No obstante, señala que el hecho de que el sufrimiento merecido sea valioso no implica necesariamente que esté justificado infligirlo. Así, ZAIBERT se distancia del retribucionismo *deóntico* de KANT y Michael MOORE, según el cual existe un *deber* de imponer castigo en los casos en que es merecido. Dichas teorías, según nuestro autor, adolecen del mismo simplismo que las teorías utilitaristas, y tienen como resultado la caricaturización de nuestro universo moral. Un ejemplo de ello es el lugar que Michael MOORE asigna en la justificación del castigo a valores tales como la prevención y la seguridad, que son vistas como meras consecuencias positivas *adicionales*, que resultan bienvenidas pero que no cumplen ningún papel a la hora de la justificación.

Si bien las críticas que ZAIBERT realiza a KANT y MOORE son acertadas, resulta llamativo que el capítulo del libro dedicado al retribucionismo se centre exclusivamente en estos dos autores. Recordemos que ZAIBERT parte de la premisa de que la discusión sobre la justificación del castigo ha quedado atascada en un punto irreconciliable entre teóricos utilitaristas y retribucionistas, pero esta asunción sólo tiene sentido si por autores retribucionistas entendemos a KANT y MOORE. Sin perjuicio de que definir cuáles son las propiedades definitorias del retribucionismo es una cuestión extremadamente controversial, una descripción del estado actual de la discusión sobre la justificación del castigo debería exponer, al menos sucintamente, las distintas teorías que se engloban bajo el paraguas del retribucionismo y los matices que las diferencian. Autores contemporáneos como Mitchell BERMAN, Douglas HUSAK o Mark D. WHITE han teorizado versiones más plausibles del retribucionismo, según las cuales el valor intrínseco del castigo merecido implica una razón a favor de castigar, pero no necesariamente una razón concluyente. Sospecho que el retribucionismo axiológico que sostiene ZAIBERT comparte mucho espacio teórico con estas versiones más moderadas, pero tales conexiones están ausentes en el libro.

La crítica hacia las teorías retribucionistas *deónticas* va acompañada por la crítica hacia lo que ZAIBERT llama *el sistema de la moral (the morality system)*, es decir, hacia una cierta forma de pensar la filosofía moral en términos de deberes y acciones correctas/incorrectas (ilustrada en los famosos *trolley problems*), haciéndose eco de la postura de Bernard WILLIAMS. Básicamente, la objeción consiste en que dicha forma de hacer filosofía reduce la complejidad de nuestra vida moral al plano de la acción, privilegiando la consecución de respuestas certeras a costa de la invisibilización del carácter dilemático de los conflictos morales.

En relación a este punto, ZAIBERT sostiene que el castigo presenta un dilema inherente entre el bien que supone la imposición de sufrimiento merecido y el bien que supone la acción de perdonar (entendiendo al perdón como la renuncia a imponer un castigo que se encuentra justificado). Así pues, en cada instancia en que es procedente el castigo, también podría ser procedente el perdón, y esta colisión de valores implica un dilema que no puede ser resuelto mediante la imposición de deberes universales determinados *prima facie*. Si bien no todos los casos presentan dilemas de igual magnitud (ya que, por ejemplo, el peso relativo que el perdón podría tener en el caso de Hitler es ampliamente superado por el peso que la justicia tendría en dicho supuesto), ZAIBERT señala la importancia de tener en cuenta la existencia de este conflicto moral, sobre todo en sociedades con índices de superpoblación carcelaria e inflación punitiva como las actuales.

Además, otra de las conclusiones que se desprenden de la adopción de un pluralismo axiológico como el que propone el autor, es que el hecho de que el castigo esté justificado en un caso concreto no implica la disolución del conflicto moral que existe entre los valores de castigar y perdonar. Es decir, incluso si el castigo está justificado, es posible que su imposición genere algún tipo de disvalor, y que queden *resabios (remainders)* del conflicto moral que se da entre los distintos valores en juego, especialmente, entre el valor de castigar y el valor de perdonar.

El panorama presentado puede resultar desalentador. En efecto, ZAIBERT no propone respuestas claras ni salidas fáciles para los problemas reales que presenta la práctica del castigo en las sociedades modernas. Tampoco encontramos en el libro una estructura teórica que nos provea de herramientas concretas con las cuales poder evaluar los sistemas penales vigentes. Si bien uno de los puntos centrales del autor es precisamente que el fenómeno del castigo es más complejo que la versión simplificada que ha presentado la mayor parte de la literatura especializada, uno podría objetar que un libro que pretende avanzar el estado del debate sobre la justificación del castigo debería al menos orientar la discusión sobre el aspecto práctico de su imposición en alguna dirección.

No obstante, tras exponer el dilema teórico que el castigo implica, ZAIBERT no ofrece demasiadas precisiones en relación a *cuándo* estaría justificada la imposición del castigo. En este sentido, el pluralismo axiológico defendido por el autor permite ilustrar que en un caso concreto pueden confluir diversos valores (i.e., el valor de la imposición de sufrimiento merecido, el valor de la reducción del sufrimiento general, el valor del perdón, etc.), pero no establece pautas para determinar el *peso* de estos valores, más allá de la intuición del intérprete que debe realizar la ponderación. Si bien el caso de Hitler y el caso del indigente que roba una manzana porque no tiene para comer parecen extremos opuestos de fácil resolución (ya que en el primero el valor de

la justicia triunfa sobre el valor del perdón, y lo opuesto ocurre en el segundo), la gran mayoría de los casos reales presenta contornos más difusos.

Este punto, que podríamos resumir como la irrelevancia de la teoría presentada por ZAIBERT para lidiar con asuntos prácticos, ha sido formulado –con distintos matices– por Alejandro CHEHTMAN y Leora DAHAN KATZ en sus respectivos escritos compilados en el simposio realizado por el Centre of Ethics de la Universidad de Toronto, disponible online y cuya lectura recomiendo a quien desee expandir su análisis sobre *Rethinking Punishment*. La contra-réplica de ZAIBERT, resumidamente, es que su libro no contiene respuestas a los problemas prácticos de la imposición del castigo simplemente porque no se dedica a ellos. ZAIBERT no niega que este tipo de problemas prácticos sean importantes, pero sostiene que el objeto de su libro ha sido desarrollar un aspecto teórico problemático del castigo que *también* es importante, y que ha sido injustificadamente ignorado por los teóricos del castigo. Si bien se trata de una respuesta válida, el peso de la objeción no se desvanece completamente, ya que podríamos sostener que el punto débil del libro –aún teniendo en cuenta las expectativas del autor al abordar el trabajo– es la ausencia de una explicación más acabada en relación a las implicaciones prácticas del problema teórico desarrollado. Es decir, quizás la objeción se pueda reconducir contra la decisión metodológica de aislar al problema teórico del castigo de la discusión sobre los problemas que supone su imposición cotidiana.

No obstante, el problema teórico identificado y desarrollado por el autor representa un aporte muy valioso para avanzar la discusión filosófica en torno a la justificación moral del castigo, con capacidad para orientar la práctica en una dirección más humana. Para quienes tenemos fuertes intuiciones retribucionistas frente a terribles hechos que ocurren a diario pero también somos conscientes de la crueldad propia del sistema penal moderno, el libro de ZAIBERT nos brinda una valiosa herramienta conceptual, al poner al dilema moral inherente al castigo penal en el centro de la escena.