

**ExLibris**Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz***Recensiones:**

Recensión a Markus Dirk DUBBER, *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 296 páginas, por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Recensión a Erin I. KELLY, *The Limits of Blame. Rethinking Punishment and Responsibility*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018, 229 páginas, por TOMÁS FERNÁNDEZ FIKS

Recensión a Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 150 páginas, por Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL

Recensión a Romina REKERS, *La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2020, 186 páginas, por Manuel Francisco SERRANO

-

**Markus Dirk Dubber, *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 296 páginas**

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno  
Universidad Complutense  
iourbina@ucm.es

-

En *The Dual Penal State*, Markus Dirk DUBBER exhibe un saber enciclopédico que, no limitado a lo jurídico, en este ámbito incluye un excepcional conocimiento del Derecho penal angloamericano y del alemán (con permiso de George FLETCHER, no hay otro autor, presente o pasado, con un conocimiento aproximado de ambas tradiciones). La lectura se ve beneficiada por el talento retórico de DUBBER que, con un estilo dinámico y muy provocativo, incluso para estándares estadounidenses, triunfa en la ardua tarea de mantener el interés a lo largo de un texto técnico y densamente cargado de información, tanto en su cuerpo como en sus abundantes pero no excesivas notas al pie.

El libro tiene como trasfondo el en ocasiones llamado “excepcionalismo penal estadounidense”, sobre el que se ha escrito tanto que se puede considerar un subgénero propio de la literatura penal. A diferencia de otras contribuciones, sin embargo, DUBBER se propone demostrar que este “excepcionalismo” no es tal, o al menos que es sólo una cuestión de grado: los EE.UU. serían sólo un ejemplo (extremo) de otro problema, que aquejaría a todos los Estados que se ven a sí mismos como participantes del proyecto jurídico-político liberal moderno: el permanente desajuste entre el ideal del Derecho penal liberal y la realidad de los sistemas de justicia penal. Hasta aquí, nada nuevo. A diferencia de otros autores, sin embargo, DUBBER se pregunta retóricamente si el desajuste entre el ideal y la realidad no se debe sólo a un problema de falta de implementación: “Quizás el problema yacza en la raíz del proyecto del Derecho penal liberal y, por implicación, del Derecho liberal en general: un fracaso a la hora en primer lugar de ensamblar una explicación legitimadora del Derecho penal” (2). Para indagar esta situación, DUBBER propone un llamado “análisis en términos de Estado Penal Dual”, que “se acerca al poder penal desde perspectivas paralelas que se corresponden con dos modos de gobernanza estatal, el Derecho y la policía, característicos del Estado de Derecho (*Rechtstaat*) y el Estado de policía (*Polizeistaat*), respectivamente” (8). El libro es, en efecto, un examen –planteado desde este enfoque dual- de la evolución del Derecho penal alemán y estadounidense durante los últimos tres siglos, en el que, al contrario que en obras previas, DUBBER se centra en el primero de ellos. El resultado del análisis, de acuerdo con el autor, es que en ambos sistemas, junto con una genérica aspiración a la penalidad liberal, perviven muy importantes nichos de Derecho de policía.

En una decisión discutible desde el punto de vista sistemático, la noción de “Estado Penal Dual” no se explica hasta el capítulo 3, “El Derecho y la policía como modos de gobernanza” (99-119). Así, la explicación del concepto tiene lugar después del extenso y fundamental capítulo 2, el más largo del libro (abarca más de una cuarta parte de este, las pp. 33-95), dedicado al análisis de rasgos, reales o alegados, del Derecho penal alemán. Dado que el principal objetivo del libro es mostrar la utilidad de la dupla “Derecho penal/Derecho de policía” para el análisis de la evolución

de la penalidad moderna hasta nuestros días, parecería lógico haber procedido a su explicación antes de iniciar el análisis.

A lo anterior hay que añadir que no se puede decir que la explicación comience con buen pie cuando se reconoce que es un lugar común referirse a la multiplicidad de definiciones del primero de sus términos, “policía”, y entender que muchas de ellas son contradictorias (113). La situación gira a peor cuando se añade que el otro término del análisis, “Derecho”, se define en relación con el de “policía” (esto es: con sus “múltiples definiciones, muchas contradictorias”). El análisis se sitúa en un grado elevado de abstracción cuando se afirma que el Derecho de policía responde a un modelo de “gobernanza soberana, patriarcal y discrecional” (100) y, en contraposición, el Derecho penal toma como punto de partida la autonomía de los ciudadanos para sentar un muy exigente (si bien vago) estándar justificativo: “el poder penal del Estado es legítimo y las acciones de sus agentes penales están justificadas sólo si su sistema penal trata en todos sus aspectos a sus sujetos-objetos como personas con capacidad de autonomía” (133). La falta de precisión en la definición de sus elementos integrantes hace que la noción de Estado Penal Dual presente un carácter lábil que perjudica sus posibilidades en la compleja misión que le asigna DUBBER.

Hace algo más de dos décadas que DUBBER viene refiriéndose a su método como “historia del Derecho” y atribuyéndole una función “crítica” que de forma reciente ha desdoblado en una crítica interna y otra externa: en la primera, “se ponen a prueba las afirmaciones –explícitas o implícitas– sobre una situación determinada o sobre una relación medio-fin entre una acción y una situación dada”; en la crítica externa “la cuestión no es si la acción es exitosa, o tan exitosa como se sostiene, sino si es legítima (o justa, o correcta)” (ambas citas, en DUBBER: «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law* 2:1, 2015, pp. 1-18, p. 3). Sin embargo, afirmar que se persigue un objetivo crítico tropieza con la extrema polisemia de este concepto. En un sentido general, la idea de crítica remite a un baremo de juicio. Esto vale para el análisis positivo (descriptivo/predictivo), en el cual el baremo (“la norma”) que decide sobre la adecuación de una afirmación o conjunto de ellas remite a parámetros de carácter empírico. Sin embargo, es usual reservar el término “crítica” para el ámbito normativo, donde se utiliza en una pluralidad de sentidos, dependiendo del baremo específico desde el que se realiza (por ej., “crítica marxista”, “liberal”, o “dogmática”). DUBBER no explica cuál es el baremo que entiende adecuado. En la actualidad, cuando se usa sin mayor especificación, en teoría social normativa el término “crítica” suele aludir a dos planteamientos. En primer lugar, a la algo petulantemente auto-denominada Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt en filosofía. En segundo lugar, a un método, o amalgama de ellos, usualmente influidos por la obra de Michel FOUCAULT, “que combinan el análisis arqueológico, el genealógico y el estratégico para identificar cómo las respuestas históricas a problemas sociales, como la locura, la enfermedad, el delito o el deseo han llegado a ser como son, cómo podían haber sido distintas y cómo todavía podrían diferir en el futuro” (así, FASSIN, D.: «How is Critique?», en FASSIN/HARCOURT [eds.], *A Time for Critique*, Columbia University Press, Nueva York, 2019, pp. 13-14). DUBBER no se adhiere a ninguna de estas nociones. En lugar de ello, reafirma su compromiso general con la idea y añade que esta no se quiere dejar en un mero juicio de inadecuación: el objetivo último es la reforma de las instituciones (así, en «New Historical Jurisprudence», *cit.*, p. 8). Sin embargo, de ser este el objetivo, no resulta en modo alguno claro qué ventajas tiene para dicha tarea el enfoque del Estado Penal Dual sobre el más usual enfoque normativo que escoge como baremo un modelo de justificación (en este caso, el democrático o liberal) y mide conforme a este la realidad de los sistemas de justicia penal. Así, ante elementos problemáticos en tales sistemas pareciera haber dos posibilidades: por un lado, afirmar, sin

denominarlos “Derecho de policía”, que son contrarios al modelo de Derecho penal liberal o democrático (análisis mayoritario); por otro, sostener que tales elementos responden al modelo de “Derecho de policía” y no al modelo de “Derecho penal”, que se corresponde con el modelo liberal (propuesta de DUBBER).

Incluso si el modelo de análisis de DUBBER fuera superior a la hora de localizar en nuestros sistemas penales elementos divergentes del modelo liberal (y no creo que lo sea), una vez localizados estos elementos el objetivo final, la crítica (y la ulterior reforma), se sirve igual desde el modelo de Estado Penal Dual que desde el modelo normativo al uso. No puede ser de otra manera, toda vez que el modelo normativo de Derecho penal liberal (o democrático, o propio del Estado de Derecho) predominante coincide con el “Derecho penal” basado en la autonomía de los ciudadanos que figura en la dupla de conceptos que configuran el Estado Penal Dual. Y, desde el punto de vista de dicho modelo normativo, es indiferente que el incumplimiento de sus prescripciones se deba a la contradicción con un modelo liberal asentado y excluyente de otros o, por el contrario, se deba a la operación de un supuestamente extinto pero en realidad superviviente Derecho de Policía. En definitiva, el análisis en términos de Estado Penal Dual de DUBBER no avanza nuestras posibilidades de conocimiento ni en el plano positivo (su “crítica interna”) ni en el normativo (su “crítica externa”). Esto no quiere decir que su análisis de la penalidad contemporánea con la vista en lo acaecido desde fines del XVIII no resulte enriquecedor, pero sí que lo habría sido en igual medida sin revestirse con el ropaje conceptual del Estado Penal Dual. El aprovechamiento del libro puede además verse dificultado por algunos excesos, tanto teóricos como retóricos. Así, por ejemplo, tras un interesante análisis del tratamiento de la servidumbre penal por parte de algunos autores ilustrados, DUBBER afirma que la cosificación penal “aparece como una parte integrante del proyecto penal de la Ilustración en general y del proyecto penal alemán en particular, antes que (meramente) como prueba de la imperfecta implementación del proyecto” (153). Lo cierto, sin embargo, es que las ideas sobre la servidumbre penal defendidas en el siglo XVIII no son sostenidas hoy en día por nadie, y las cotas de “cosificación” penal en ambos momentos históricos son simplemente incomparables. Igualmente excesiva parece la conclusión final: “Lo que queda de las credenciales liberales del Código penal alemán, entonces, puede ser poco más que una tenue noción de legalismo liberal que asigna un lugar destacado a la predecibilidad, la ‘seguridad jurídica’ (*Rechtssicherheit*) y la ‘precisión’ (o al menos la minimización de errores) antes que a la protección de los derechos individuales o a la personalidad basada en la autonomía” (226).

En opinión de DUBBER, el análisis dual de la penalidad estatal sugiere que el Estado de policía no fue reemplazado por el Estado de Derecho en los albores del proyecto penal liberal y tampoco lo ha sido después: por el contrario, persiste hasta hoy. Lo anterior sería obvio en el caso de los EE.UU., pero, contra una extendida opinión, también en Alemania. Como reconoce el propio DUBBER, en el Derecho comparado el Derecho penal alemán suele verse como un modelo a seguir (3), de modo que la anterior afirmación está necesitada de una buena dosis de justificación, que en mi opinión no se proporciona. Entiendo que en este punto DUBBER comete dos errores fundamentales.

En primer lugar, no otorga suficiente crédito a las notabilísimas diferencias en la política criminal alemana en comparación con el único país con el que es objeto de comparación en el libro, los EE.UU. DUBBER sostiene que todos los Estados democráticos fracasan a la hora de atender el desafío de la legitimación del poder penal, pero la cuestión aquí es qué significa “fracasar”. En su empeño por mantener que el modo usual de análisis normativo en materia penal es inferior al

por él propuesto enfoque del Estado Penal Dual, DUBBER afirma que las diferencias en el “cómo” y el “cuánto” de dicho fracaso son “una cuestión menos interesante, en mi opinión, al menos para los propósitos de este libro” (5). Es prácticamente seguro que la anterior frase sólo sea un exceso retórico. De no serlo se estaría afirmando que es más importante la persistencia de cualesquiera elementos de Derecho de policía en Alemania (lo que mostraría que responde al modelo de Estado Penal Dual) que las innegables diferencias entre este país y los EE.UU. en materia de justicia penal. Sin embargo, según se ha visto, DUBBER proclama que su objetivo último no es la crítica, sino la reforma, y para esta lo decisivo es *cuánto* se desvía un sistema del baremo considerado adecuado, y no el cajón conceptual en el que se ubique tal desviación: si el problema es por ejemplo la existencia de nichos de responsabilidad objetiva, para solventar el problema es indiferente que esta se considere un residuo del Derecho penal de policía o una inadecuada implementación del modelo liberal.

El segundo error de DUBBER es que, en su búsqueda de elementos de Derecho de policía en Alemania, tensa excesivamente la cuerda conceptual, lo que le lleva a alguna exageración. Aquí me referiré únicamente a la relevancia que otorga a la subsistencia continuada hasta nuestros días en el Derecho penal alemán de la introducción por los nazis del sistema de doble vía (pena/medidas de seguridad). DUBBER ve en ella “el reflejo más visible de una distinción, si no una tensión entre el Derecho penal y la policía penal en el Código penal alemán, incluso si los autores alemanes podrían dudar a la hora de expresarlo así, en la medida en que esta lectura se opondría al supuesto triunfo del *Rechtstaat* sobre el *Polizeistaat* incluso –y especialmente– en el ámbito penal” (227). A pesar de hablar laxamente de “una tensión”, DUBBER no tiene ninguna duda a la hora de calificar las medidas de seguridad (criticablemente: todas) como una institución del Derecho de policía (116). Y, si bien admite que después de la caída del régimen nazi se produjo un movimiento “desde la incapacitación de vuelta a la rehabilitación”, afirma “la continuidad de la ideología del tratamiento”, que “emerge de forma particularmente clara en el caso del influyente sistema ‘de doble vía’ del Derecho penal alemán, aprobado por los nazis en 1933 después de haber sido inicialmente y durante décadas una exigencia fundamental de los partidarios progresistas de la noción de tratamiento” (282, n. 5).

El desarrollo de la idea comienza por el ataque a la “narrativa convencional” sobre el significado de VON LISZT (28-32), singularizada en la opinión de su discípulo SCHMIDT, conforme a quien la era dorada de la ciencia alemana del Derecho penal del Estado social de Derecho definida por VON LISZT habría llegado a un abrupto fin con el inicio de la época nazi. DUBBER considera sin embargo que “la influencia de LISZT continuó –y de hecho se intensificó– después de 1933, conforme el gobierno nazi legisló varios aspectos nucleares del programa progresista de LISZT, de forma más notable y más rápida el sistema de doble vía de ‘castigos’ y ‘medidas’, instaurado en 1933 como parte de una abarcadora reforma dirigida a los ‘delincuentes habituales peligrosos’, es decir, precisamente los incorregibles que LISZT pretendía incapacitar y precisamente en la forma en que LISZT pretendía incapacitarlos, a través del encarcelamiento indeterminado” (29).

Creo que lo anterior es exagerado. Lo es por un lado hablar de continuidad entre el planteamiento de VON LISZT y las reformas nazis cuando se compara la cautela de VON LISZT ante ese “algo mejor que el Derecho penal” que estaría por venir (según reconoce DUBBER en la p. 30) con la intervención nazi en la materia, producto de su más general visión eugénica y centrada en el ámbito penal en grupos de “autores” étnica y hereditariamente definidos. Y lo es, por otro, comparar la utilización de las medidas de seguridad por los nazis, masiva y racialmente definida,

con la extensión y fundamento actuales de las medidas de seguridad. Así, es cierto que en la actualidad en Alemania se imponen decenas de miles de medidas de seguridad al año (94.519 en 2019: esta y el resto de cifras, en JEHLE, J.M.: *Strafrechtspflege in Deutschland*. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Berlín 2020). Sin embargo, una apabullante mayoría (90.742) son privaciones del carnet de conducir que, a pesar de que DUBBER incluye todas las medidas de seguridad en la categoría de “Derecho de policía” no pueden razonablemente ser tenidas en cuenta en la comparación. Si nos centramos en las medidas siquiera *prima facie* comparables (las de internamiento), estas se sitúan por debajo de las 4.000 al año, de las cuales prácticamente un 75% fueron en 2019 internamientos en centros de deshabitación (2.829), a las que siguieron en número los realizados en centros psiquiátricos (804) y, a larga distancia, el elemento sin duda más problemático, la *Sicherungsverwahrung* o custodia de seguridad (57).

Los anteriores números no dicen nada sobre la legitimidad del uso de medidas de seguridad en Alemania en la actualidad. Es en abstracto posible que por ejemplo se esté internando en centros psiquiátricos y de deshabitación a personas que no deberían serlo conforme a los criterios legalmente establecidos, basados en la peligrosidad individual, o que a la hora de hacerlo se produzcan ilícitas diferencias con base en la etnia o posición socioeconómica del afectado. Y, con independencia de lo anterior, la mera existencia de la custodia de seguridad supone importantes desafíos (puede que insuperables) desde la perspectiva de su legitimidad. La cuestión, sin embargo, es que, incluso si se dieran estas circunstancias, sin el componente racial no se ve el fundamento para hablar de una continuidad relevante entre el proyecto preventivo de VON LISZT, el uso indistinto de penas y medidas del período nazi, y el mucho más modesto nicho de aplicación de las medidas de seguridad con fundamento en la peligrosidad individual en el Derecho penal alemán actual (al respecto, puede ser útil comparar las cifras anteriores con el número de condenas a pena en Alemania en 2019 [656.376] y con su distribución: 84,1% pena de multa, sólo un 5,1% [33.285] pena privativa de libertad no susceptible de suspensión).

Siguiendo la máxima usual en el ámbito angloamericano que indica que en una reseña “praise is boring”, en el texto precedente he expuesto mis diferencias con el método utilizado por DUBBER y con el alcance de algunas de sus interpretaciones. Lo anterior sin embargo no debe llevar a confusión sobre la calidad e interés del texto. Markus DUBBER ha escrito un libro excepcionalmente rico que ofrece importante material para la discusión en casi todas sus páginas. A los temas ya referidos han de añadirse los tratamientos de la noción de bien jurídico (41-50) y de la prevención general positiva (50-57), así como un excepcional análisis del Model Penal Code del American Law Institute y de su no siempre conocido propósito subyacente: utilizar los presupuestos de la atribución de responsabilidad penal como herramienta para la determinación de la peligrosidad delictiva del infractor individual y su posterior tratamiento (v., entre otras, pp. 207-230). Se trata, en definitiva, de una obra cuya lectura resulta altamente recomendable para cualquier persona que se interese por el Derecho penal contemporáneo, e imprescindible para quienes lo hacen por su análisis comparado, en especial por el que incluye la justamente influyente doctrina alemana.

***Erin I. Kelly, The Limits of Blame. Rethinking Punishment and Responsibility, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018, 229 páginas***

Tomás Fernández Fiks  
Universidad Nacional de Mar del Plata  
tomasfiks@gmail.com

-

En *The Limits of Blame* (2018), Erin KELLY propone abandonar la noción de reprochabilidad moral a la hora de justificar la imposición del castigo penal. La reforma por la que aboga la autora tiene como principal rival al retribucionismo, pues esta es la teoría en la cual, debido a su énfasis en la noción de *merecimiento*, resulta más estrecha la conexión entre el castigo penal y el reproche moral (a grandes rasgos, podríamos decir que el juicio de que una persona merece ser castigada implica que esa persona es, al menos en lo que respecta a un hecho en particular, condenable moralmente). No obstante, las objeciones de KELLY resultan igualmente punzantes contra las justificaciones expresivas o comunicativas del castigo, dado que, según estas, el castigo constituye el medio a través del cual la comunidad expresa un reproche moral al infractor.

La tesis principal del libro es que, bajo ciertas condiciones, una sociedad democrática puede utilizar el castigo estatal como un medio admisible para proteger los derechos individuales de las personas, pero tal utilización del aparato penal no debe ir de la mano de un reproche moral dirigido contra aquellos que son castigados. De tal manera, la autora propone reemplazar una concepción moralizante de la pena, a la cual atribuye muchos de los males que caracterizan a los sistemas penales de las sociedades modernas, por una concepción del castigo moralmente aséptica, que considera más humana y sensible frente a las dificultades comúnmente experimentadas por la mayoría de las personas que se ven inmersas dentro de un proceso penal. En el desarrollo de la obra podemos encontrar, por lo tanto, dos ejes: el primero consiste en criticar la visión de quienes pretenden legitimar el castigo penal como una práctica basada en el reproche moral; el segundo consiste en la defensa de una justificación del castigo alternativa, que no depende de la reprochabilidad moral del infractor. Dedicaré entonces la primera parte de esta reseña al ataque que KELLY efectúa contra las teorías que consideran que existe un vínculo indisoluble entre el castigo penal y el reproche moral. Luego, analizaré críticamente su propia posición.

KELLY comienza por señalar que en nuestro imaginario colectivo tendemos a equiparar la culpabilidad moral con la responsabilidad penal: solemos visualizar a quien es castigado penalmente como alguien que ha obrado mal y que merece ser reprochado por ello. Esta concepción moralizante del castigo penal, además de encontrarse ampliamente difundida en las sociedades modernas, encuentra apoyo filosófico en las teorías que pretenden justificar el castigo estatal a partir de la culpabilidad moral (*blameworthiness*) o el merecimiento del infractor; particularmente, el retribucionismo.

La autora argumenta que esta forma de justificar el castigo penal debe ser rechazada. Según su visión, la responsabilidad penal no implica culpabilidad moral. Ello es así ya que es posible que

una persona resulte penalmente responsable, de acuerdo con los criterios jurídicos existentes para establecer tal extremo, y que, sin perjuicio de ello, no sea moralmente culpable (en el sentido de ser pasible de un reproche moral). En tal caso, la imposición de una pena resultaría formalmente admisible (pues se habrían configurado los requisitos jurídicos necesarios para establecer la responsabilidad penal), pero el juicio de reproche contra el infractor no estaría justificado. Existe, por lo tanto, un desfase entre los parámetros que se tienen en cuenta para determinar cuándo alguien es penalmente responsable y cuándo es moralmente culpable.

Para ilustrar este desfase, KELLY hace referencia a las excusas o eximentes de responsabilidad que operan dentro del ámbito del derecho penal. Tales excusas, como la *insanity defense* (insania), tienen éxito en raras ocasiones, porque lo que se exige generalmente para su configuración es que el imputado haya padecido un cuadro psicótico o una patología grave que permita establecer que se encuentra fuera del umbral mínimo de imputabilidad. Sin embargo, fuera de estos supuestos extremos, existe una gran cantidad de trastornos de la personalidad, limitaciones cognitivas y problemas psicológicos que, aunque no tienen reconocimiento jurídico-penal (en el sentido de que no constituyen eximentes de responsabilidad penal), sí alteran el abanico de respuestas morales admisibles frente a quienes los padecen. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un imputado cuyo coeficiente intelectual es significativamente inferior al de la media de la población, o que sufre una patología que, aunque no elimina por completo su agencia como individuo autónomo, sí condiciona severamente su capacidad de tomar decisiones bajo determinadas circunstancias (como lo que ocurre con aquellos que padecen un trastorno obsesivo-compulsivo o un trastorno de ansiedad patológica).

En tales supuestos, los tribunales suelen dejar de lado las particularidades psicológicas del infractor a la hora de determinar su responsabilidad penal, como lo demuestran los abundantes ejemplos mencionados en el libro. Pero hete aquí la incongruencia, pues, fuera del marco estrictamente jurídico, las características psicológicas concretas de un sujeto son inmensamente relevantes para determinar su grado de reprochabilidad moral. Una persona con capacidades intelectuales disminuidas, tendencias compulsivas, o problemas para distinguir el bien del mal, no merece el mismo reproche moral que una persona psicológicamente sana, a pesar de que ambas puedan satisfacer los requisitos establecidos jurídicamente para la configuración de la responsabilidad penal.

Así como el Derecho se mantiene indiferente frente a las distintas capacidades mentales de los infractores a la hora de establecer su responsabilidad penal, también elude la consideración de sus circunstancias personales. Aquí también, argumenta KELLY, existe un desfase entre los criterios que ordenan la determinación de la responsabilidad penal y la culpabilidad moral. En el plano moral, solemos aminorar nuestros juicios de reproche cuando la persona que ha cometido una acción indebida ha sufrido importantes padecimientos a lo largo de su vida: por ejemplo, cuando su infancia ha sido marcada por la violencia, la falta de oportunidades, la ausencia de un grupo familiar estable, el consumo de drogas, etc. Como señala KELLY con elocuencia: “las dificultades personales embarran las aguas del reproche” (p. 113). Sin embargo, tales dificultades resultan en gran medida irrelevantes para el Derecho. Las vivencias personales negativas o los traumas que pueda haber padecido un infractor, salvo casos excepcionalísimos, no operan como eximentes de responsabilidad penal. Si bien los ordenamientos jurídicos suelen otorgar algún espacio a la consideración de las circunstancias personales del imputado (por ejemplo, el artículo 41 inc. 2º del Código Penal Argentino establece que los tribunales, a la hora de graduar la pena a imponer, deberán tener en cuenta: “2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta

precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.”), generalmente tal espacio es reservado para la graduación de la pena dentro de una escala penal determinada. Este resulta un lugar demasiado modesto para una concepción del castigo que tiene en su centro a la noción de reprochabilidad moral del infractor.

Existe, por lo tanto, una importante tensión: el discurso retributivo basa la legitimidad del castigo penal en la reprochabilidad moral del infractor, pero la realidad demuestra que esta conexión es, frecuentemente, tenue o inexistente. Rutinariamente, personas que *no* merecen un reproche moral (porque no son moralmente culpables) son condenadas penalmente. Esto implica un problema para las teorías que intentan justificar el castigo aludiendo al merecimiento del infractor. Sin embargo, este punto no pareciera constituir una objeción demoledora contra el retribucionismo. Al fin y al cabo, el retribucionismo es una teoría normativa acerca de la permisibilidad moral del castigo bajo ciertas condiciones ideales, no una teoría descriptiva de los sistemas penales vigentes. Los retribucionistas podrían perfectamente coincidir con KELLY en su diagnóstico crítico del sistema penal. Podrían, esto es, conceder que, en efecto, existe un problema consistente en que la imposición del castigo penal suele estar desvinculada de consideraciones relativas a la culpabilidad moral del infractor. Habiendo reconocido este punto, los retribucionistas podrían proponer reformas que contribuyan a reducir el espacio entre la responsabilidad penal y la reprochabilidad moral, de manera tal que la imposición del castigo penal esté supeditada al merecimiento (moral) del infractor. KELLY anticipa esta posible respuesta, pero sostiene que la misma no sería satisfactoria ya que cualquier propuesta de vincular al castigo penal con el reproche moral está destinada al fracaso. El problema, según la autora, no es contingente –no depende, esto es, de la configuración de un sistema penal concreto– sino estructural.

El problema de fondo, en la visión de KELLY, es epistémico: los juicios de reprochabilidad moral se apoyan en una presunción de *capacidad moral (moral competence)* –i.e., en la suposición de que resulta razonable esperar del agente objeto de reproche que actúe como debiera actuar– pero los tribunales no están en condiciones de acreditar tal extremo. En este punto, la autora reproduce las inquietudes de los escépticos acerca del libre albedrío, quienes sostienen que, dado que quienes somos y todo lo que hacemos está últimamente determinado por factores que exceden nuestro control, nunca somos responsables en el sentido requerido por la noción de “merecimiento”. Este es un tema extremadamente complejo, que excede ampliamente el espacio que se le dedica en el libro (capítulo 2). No obstante, a KELLY no le interesa ahondar en las sutilezas de la disputa filosófica entre compatibilistas e incompatibilistas, sino analizar las implicaciones que tal discusión tiene en el marco de la administración de justicia penal. El punto de la autora es que los tribunales se encuentran epistémicamente limitados para poder determinar si los infractores son o no moralmente responsables en el sentido requerido para establecer su reprochabilidad moral. En este sentido, señala: “la suposición de capacidad moral de la cual depende la reprochabilidad moral no puede ser establecida bajo la base de la prueba disponible ante un tribunal. Por lo tanto, la responsabilidad penal no debería depender de esa prueba” (p. 68).

Aún si este argumento no resultara persuasivo, KELLY sostiene que la culpabilidad moral no configura una “razón pública” del tipo que debería servir de apoyo al castigo penal. La idea aquí es que el reproche moral constituye tan solo *una* posible forma de responder ante la comisión de un acto indebido, pero no es la única forma admisible, y mucho menos se trata de una respuesta obligatoria. Existe un amplio rango de respuestas moralmente admisibles ante la comisión de un acto indebido, entre las cuales se enmarcan el perdón, la compasión, la comprensión, la exigencia de reparación, etc. Muchas de estas posibles respuestas resultan, además, compatibles con el rechazo del acto en cuestión. Esto implica que es posible repudiar el daño causado, honrar el dolor de las víctimas y afirmar la vigencia de los estándares normativos violados por el acto indebido, sin que para ello resulte necesario reprochar moralmente al infractor.

Muestra de ello es lo que ha ocurrido en muchos casos reales de terribles crímenes –algunos citados por la autora en el libro– cuyas víctimas han decidido perdonar al agresor, a pesar de que mantienen intacto su repudio frente al acto perpetrado en su contra. Si las víctimas de un acto dañino pueden optar por no condenar moralmente al agresor, sostiene KELLY, resulta implausible pensar que existe una obligación moral colectiva de condenar moralmente al infractor a través de determinadas acciones estatales. El carácter condicional, no categórico, del reproche moral, hace que la reprochabilidad moral del infractor no sea una buena candidata para justificar la imposición del castigo estatal en términos de razones públicas. Este argumento cobra especial relevancia contra las posturas que fundamentan la permisibilidad moral del castigo en una particular concepción de la justicia retributiva como imperativo categórico. Para estas versiones, el castigo retributivo del culpable es un requerimiento de justicia. Pero si existen otras formas igualmente admisibles de responder ante el infractor que no exigen que se lo condene moralmente, resulta difícil justificar por qué el Estado debería imponer, en nombre de todos, un tipo de respuesta en particular; a saber, la respuesta consistente en el reproche moral.

Hasta aquí he resumido los argumentos de KELLY en contra de las teorías retributivas y, de manera más general, en contra de las teorías que basan la permisibilidad moral del castigo en la reprochabilidad moral del infractor. Es el turno de analizar su propuesta alternativa para justificar el castigo penal. Según la concepción que defiende KELLY, las sociedades democráticas pueden recurrir al castigo como medio necesario para proteger los derechos de los ciudadanos y reducir el daño global. Su teoría constituye, por lo tanto, una justificación del castigo consecuencialista (pues el castigo se justifica en la medida que promueve ciertas consecuencias beneficiosas –i.e., la reducción del daño). Sin embargo, la autora pretende evitar las objeciones comúnmente dirigidas contra las teorías consecuencialistas. Así, al igual que la mayoría de los autores retribucionistas, KELLY rechaza la prevención general, por entender que esta supone utilizar de manera indebida a quienes son castigados, en la medida que se los trata como un medio para transmitir un mensaje ejemplificador al resto de la sociedad, de manera inconsistente con el respeto de su dignidad. Sin embargo, la autora sostiene que la prevención *especial* no padece los mismos problemas. Según su visión, la prevención especial es respetuosa de la autonomía de los ciudadanos, porque la amenaza e imposición del castigo se dirige a ellos como seres racionales, que pueden guiar su conducta de acuerdo con sus propios intereses y sus consideraciones morales. El rol del castigo, bajo esta postura, es añadir un desincentivo extra al cúmulo de razones disponibles –incluyendo razones morales y razones prudenciales– con las que cuenta una persona a la hora de decidir si lleva adelante una determinada acción o se abstiene de hacerlo. Es importante, para esta visión, que la persona a quien se dirige la amenaza del castigo *haya tenido la oportunidad* de evitar realizar la acción prohibida. De lo contrario, si la realización de tal acción fuera inevitable –porque el agente no domina sus actos o no puede

internalizar la amenaza del castigo como un desincentivo para no realizar la acción en cuestión— el castigo no cumpliría su función y por tanto no podría ser justificado. El sentido del castigo, para KELLY, es motivar a una persona para que no realice una acción que no debería realizar, asumiendo que cuenta con una *oportunidad razonable* para evitar llevar a cabo dicha acción (p. 134).

KELLY reconoce que el lugar central que ocupa en su teoría este concepto de “oportunidad razonable” puede dar lugar a una posible objeción; en efecto, a la misma objeción que ella enarboló contra el retribucionismo. Si el retribucionismo es implausible porque no podemos estar seguros de que el infractor sea moralmente competente en el sentido requerido para poder establecer su culpabilidad moral, la misma lógica implica que la teoría propuesta por KELLY debería rechazarse ya que tampoco podemos estar seguros de que el infractor haya tenido una oportunidad razonable para evitar actuar como actuó. Así, los ejemplos brindados por KELLY para sostener su crítica contra el retribucionismo, basados en supuestos de infractores que, aunque penalmente responsables, no son moralmente culpables (dado que no resultaba razonable, todas las cosas consideradas, esperar que actúen de otro modo), pueden ser reconstruidos como supuestos en los cuales tales personas no tuvieron una oportunidad razonable de evitar llevar a cabo la acción indebida.

KELLY intenta responder esta posible objeción apelando al principio de “reciprocidad” (*fairness*). Este principio exige que los casos similares sean tratados de la misma manera, y está íntimamente relacionado con la función de guía de la conducta de los ciudadanos que pretende cumplir el derecho: el derecho establece determinados estándares acerca de qué es razonable esperar de la sociedad *en general* y prohíbe ciertos actos a los fines de disuadir a quienes consideren realizarlos. Para poder cumplir con esta función, el derecho debe fijar pautas de conducta en términos generales: si lo hiciera teniendo en cuenta las características individuales de cada persona, no sería efectivo. De esta manera, el principio de reciprocidad exige que, en lugar de preocuparnos por establecer qué sería razonable esperar de una persona en particular teniendo en cuenta sus características personales y psicológicas, pongamos el foco en qué es lo que resulta razonable esperar de la persona promedio bajo circunstancias similares. Ello implica que las personas que han cometido un delito deben ser consideradas como miembros de un grupo: el grupo de infractores que han cometido el mismo tipo de delito bajo circunstancias similares (p. 137). La noción de reciprocidad aquí expuesta también tiene repercusiones a la hora de determinar la medida de la proporcionalidad entre el delito y el castigo. Según KELLY, los infractores no sólo deben responder por el daño concreto producido por su acto ilícito sino, además, por su contribución al daño agregado generado por todos los delitos similares cometidos en el marco de la sociedad en la que conviven. De esta manera, si en una sociedad determinada un delito en particular es especialmente recurrente y dañino, esto configura una razón para castigar más severamente a los autores de tal delito, quienes, una vez más, han de ser tratados como miembros del grupo relevante.

Esta teoría padece serios problemas. En primer lugar, la noción de “reciprocidad” utilizada resulta artificial, porque solo logra evadir la objeción que pretende rebatir a través de un recorte injustificado de las propiedades que resultan relevantes para establecer la semejanza entre dos casos distintos. Supongamos, siguiendo a KELLY, que A y B cometieron el mismo delito, pero A resulta ser una persona psicológicamente sana, de gran inteligencia, mientras que B padece un importante déficit cognitivo fruto de su consumo crónico de estupefacientes. Los casos de A y B son “similares” en su exteriorización material (dado que ambos cometieron el mismo delito),

pero no son similares en cuanto a la “oportunidad razonable” que tuvo cada sujeto para evitar realizar la acción en cuestión (A, debido a su inteligencia, tuvo una mayor oportunidad para evitar realizar tal acción). Con lo cual el problema persiste: si B, a diferencia de A, no tuvo una oportunidad razonable para evitar realizar la acción delictiva, no es posible asumir que sí la tuvo porque el principio de reciprocidad así lo demanda. Curiosamente, esto genera que la posición de KELLY pueda ser atacada con las mismas objeciones que ella formuló en contra del retribucionismo. Para la autora, un aspecto problemático del castigo retributivo es que este implica tratar al infractor *como si fuera moralmente culpable*, cuando en realidad no lo es. De manera similar, su teoría conlleva la posibilidad de tratar a un infractor *como si hubiera tenido una oportunidad razonable para evitar realizar la acción ilícita*, cuando en realidad no la tuvo.

En segundo lugar, parece poco respetuoso de la dignidad y la autonomía individual de los infractores, tratarlos como miembros de un grupo cuyos integrantes comparten ciertos rasgos similares y deben responder por su contribución al daño ocasionado a la sociedad por la clase de delito que cometieron, en lugar de tratarlos como individuos que son responsables por, y nada más que por, sus acciones libres como individuos autónomos. La abolición del concepto de reprochabilidad moral que promueve KELLY va acompañada de una ingeniería social de control del delito que es, en importantes aspectos, deshumanizante y ofensiva de la dignidad de las personas. Como en muchos otros aspectos, la ficción puede aquí resultar esclarecedora: “Un mundo feliz” y “La naranja mecánica” son obras maestras a tener en cuenta al analizar alternativas penales que proponen reemplazar el lenguaje del merecimiento y la retribución por el de la neutralización y la rehabilitación.

Retomando la idea de que existen dos ejes en *The Limits of Blame*, creo que el primero (la crítica a las teorías retributivas) resulta más persuasivo que el segundo (la justificación del castigo ofrecida por KELLY). Si bien la propuesta de la autora para justificar el castigo tiene problemas que parecieran difíciles de superar, sus argumentos en contra de las teorías que fundamentan la permisibilidad moral del castigo apelando a la reprochabilidad moral del infractor deben ser tomados en serio por todo aquel con inclinaciones retributivas. Para finalizar, quiero destacar dos grandes virtudes que posee el libro. La primera de ellas es que la autora integra de manera fluida dos corrientes literarias que, injustificadamente, rara vez habían sido conectadas: la literatura filosófica acerca de la responsabilidad moral, y los estudios empíricos sobre el sistema penal. La segunda es que los argumentos presentados son originales y están escritos en un lenguaje claro y de fácil lectura, reduciendo al mínimo las citas y notas al pie. Paradójicamente, ello es un signo de un conocimiento profundo sobre los temas en discusión. El resultado es un trabajo que representa una contribución fundamental a la literatura filosófica acerca de la permisibilidad moral del castigo.

***Cristina Martínez-Arrieta Márquez de Prado, El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 150 páginas***

Francisco de Borja Iriarte Ángel  
Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco  
fb.iriarte.angel@gmail.com

-

La obra de Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, estructurada en un capítulo introductorio, cuatro capítulos desarrollando los diferentes aspectos y un apartado final dedicado a la bibliografía, trata la cuestión del comiso y la recuperación de activos procedentes de actividades delictivas desde su introducción en el Código Penal de 1995 hasta hoy, centrándose, como es natural, en la normativa vigente; es por tanto, una obra *de lege lata*, que se centra más en los aspectos prácticos que doctrinales, con las ventajas que eso supone para el práctico del Derecho.

La breve *Introducción* nos plantea la cuestión que se desarrollará, “el análisis de la figura del decomiso y su tipología desde su inclusión como consecuencia accesoria del delito en el Código Penal de 1995” recordándonos que la actual regulación deriva del cumplimiento de las exigencias establecidas por la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea; es decir, que nos encontramos ante una cuestión *armonizada*, aunque sea parcialmente. También nos dice cuál es el objetivo de la obra, ser una herramienta práctica para la efectiva aplicación del comiso en la regulación dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cerrando la exposición con un capítulo dedicado a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos; ya adelanto que, en mi opinión, cumple el objetivo satisfactoriamente, centrándose en poner orden en un pequeño caos legislativo, huyendo de disquisiciones teóricas; únicamente echo en falta una visión un poco más crítica de la institución, pues, como iré desarrollando, creo que tiene aspectos que, al menos a mí, me despiertan ciertas reservas.

El capítulo II, titulado *Concepto del decomiso. Su naturaleza. Sucesión de reformas desde 1995* comienza acudiendo a la definición más reciente, la de la Directiva 2014/42/UE conforme a la que “el decomiso es la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”, aunque otros textos lo amplían a la acción de un Tribunal de cualquier orden jurisdiccional; nuestro Tribunal Supremo lo ha caracterizado como una consecuencia accesoria del delito, distinta de la responsabilidad civil o las sanciones administrativas. Plantea a continuación una de las principales características del comiso, su procedencia en los supuestos del origen ilícito de los fondos, con independencia de que su titular sea condenado penalmente, así como las tres categorías de bienes sobre las que opera: los medios o instrumentos del delito, los efectos que provengan de él, así como las ganancias que se produzcan.

A continuación aborda la naturaleza del comiso como “consecuencia accesoria del delito” de clara naturaleza sancionadora, y por tanto, distinta no sólo de la pena, sino también de las medidas de seguridad o la responsabilidad civil, entrando en sus presupuestos materiales y

procesales: (a) investigación del patrimonio, tanto de origen lícito como ilícito, preferentemente durante la instrucción y que podrá encomendarse a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, ORGA –de la que más tarde hablará–, (b) la petición *justificada* de parte en la calificación inicial y plenario, con el consiguiente debate observando el principio acusatorio, (c) acreditación del origen delictual del patrimonio, sin que sea necesario individualizar las actividades delictivas concretas de las que deriva, por lo que no es necesario el mismo canon de certeza que para enervar la presunción de inocencia, (d) que debe ser realizada por las partes acusadoras, sin perjuicio de las presunciones judiciales positivizadas, (e) motivación en la sentencia que lo determine, (f) con posible intervención de terceros afectados, como ya venía recogiendo la jurisprudencia, (g) derivando de una condena previa y, finalmente, (h) proporcional. Aspecto este último que me permito calificar de esencial para que la institución funcione bien, sin acabar en una privación desmesurada de activos como consecuencia de pequeñas actividades delictivas en ámbitos, por ejemplo, como el tráfico a pequeña escala de estupefacientes.

Acomete, en el siguiente apartado la regulación legal del comiso, empezando por la evolución normativa desde 1995, y siguiendo por las tres reformas producidas, con especial incidencia en la de 2015 que da lugar a la redacción vigente, para pasar a sus elementos, que ya no se limitan a los efectos del delito, sino que se amplía a los restantes bienes relacionados con la actividad delictiva, incluido su producto, asegurando la correcta formación de patrimonios; así, el decomiso se extenderá a las ganancias provenientes del delito, “cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar”. Frente a la amplia delimitación del producto del delito contenido en la Directiva 2014/42 la jurisprudencia ha adoptado una concepción más restrictiva –y razonable–, limitándolo a los efectos más directamente relacionados con el delito, rechazándolo respecto de los elementos accesorios.

Entrando en las clases de decomiso, inicia su exposición por (a) el directo u ordinario, cuyo objeto es la neutralización de peligrosidad objetiva de determinados bienes en una función de *prevención especial*, (b) el correspondiente a los delitos de comisión imprudente, de carácter potestativo para el juzgador y únicamente en supuestos de condena a prisión superior a un año –supongo que pensando en los delitos imprudentes al volante, en los que, en mi opinión, el decomiso del vehículo puede ser más *afflictivo* y efectivo para algunos implicados que un año de prisión suspendida–, (c) el ampliado, y que se extiende a bienes de procedencia delictiva derivados de delitos distintos del que es juzgado, (d) el acordado sin condena o (e) por valor equivalente o (f) de bienes de terceros, extendiéndose en el estudio de los cuatro últimos.

Respecto al *ampliado*, aplicable a un *numerus clausus* de delitos contenido en el artículo 127 bis del Código penal, y que requiere indicios fundados de que han existido otras actividades delictivas de las que han derivado ingresos. Tras un repaso de los antecedentes legislativos, incluidos los problemas que supuso la regulación aprobada con la Ley Orgánica 5/2010, se centra en su actual regulación, derivada de la adaptación por la LO 1/2015 de la Directiva 2014/42/UE, y que, nos adelanta, ha sido objeto de crítica doctrinal por considerar que da lugar a la inversión de la carga de la prueba en menoscabo del principio de presunción de inocencia, defecto que, para Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA es subsanado por la nueva regulación mediante la técnica probatoria de las presunciones judiciales; presunciones que, me permito comentar, más allá de que se vistan de otra cosa, tienen un riesgo evidente de inversión de carga de la prueba si son demasiado extensas o automáticas, por lo que deberán ser utilizadas con mucho cuidado, tanto por el legislador en su aprobación como por el juez en su aplicación práctica. Acudiendo a la regulación, el decomiso ampliado “podrá abarcar bienes, efectos y ganancias de personas que

hayan sido condenadas por uno de los delitos que se detallan en el art. 127 bis.1 CP, aunque no deriven del concreto delito cometido que sea objeto de condena, exigiéndose, en cualquier caso, que quede acreditado que provienen de una actividad delictiva anterior”. Definición que plantea problemas, pues ¿cómo se acredita que algo proviene de una actividad delictiva que no ha quedado acreditada?, llegándose a supuestos como el ventilado en *Geerings vs. Países Bajos*, en el que el TEDH dictaminó como contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, creo que con bastante sentido jurídico y común, el decomiso de bienes procedentes de una actividad por la que su autor había resultado absuelto. En materia probatoria la normativa permite al delincuente, para desvirtuar las presunciones judiciales, probar el origen lícito de los activos, con los problemas doctrinales antes señalados, aunque esta normativa ha sido convalidada por *Phillips vs. Reino Unido* o *Grayson Braham vs. Reino Unido*. Finaliza el presente apartado con una comparación con el decomiso ampliado por actividad delictiva del artículo 127 quinquies del Código.

El decomiso *sin condena* o sin proceso principal regulado en el artículo 127 ter procede en los supuestos de (a) fallecimiento del sujeto o existencia de una enfermedad crónica que impida su procesamiento, (b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos sean juzgados en un plazo razonable y (c) no se imponga pena por estar exento de responsabilidad penal o haberse extinguido ésta; aspectos en los que nuestro legislador se extralimita de lo requerido por la Directiva. Sus presupuestos son un proceso contradictorio y la existencia de una acusación formal o indicios racionales de criminalidad, con los consiguientes problemas doctrinales en cuanto a su naturaleza; para la autora es un decomiso de naturaleza penal, sin proceso principal y que “exige la acreditación en sentencia de la situación patrimonial ilícita a través de un proceso contradictorio”. Se trata de una posibilidad legal que me atrevo a definir como arriesgada en cuanto extrae responsabilidades que pueden ser significativas –parece que cuando hablamos de dinero todo es menos importante, pero no siempre es así– sin un proceso penal con todas sus garantías, simplemente bajo indicios racionales de criminalidad “en general”, no de la comisión de delitos concretos; aunque sea acordado por un Juez tras un procedimiento contradictorio esto no subsana un eventual desprecio a los principios básicos del Derecho sancionador. Esperemos que nunca se administrativice –y, mucho menos, se incentive económicamente–, como ocurre en otras jurisdicciones, porque se volvería aún más problemático.

El decomiso *por valor equivalente* alcanza no sólo a los activos de procedencia ilícita sino a los de procedencia lícita cuando aquéllos se hayan depreciado desde el momento de su adquisición hasta que se acuerde el decomiso. Para la autora se plantean tres cuestiones: (a) la posibilidad de extenderlo a todos los elementos, (b) la posibilidad de acordarlo en relación con terceros que los adquirieron, cuestión para la que no propone una respuesta global, sino caso a caso, y (c) su naturaleza preceptiva o potestativa, considerando que nos encontramos ante una indefinición legal que debía limitarse a los supuestos en los que la depreciación deriva de la actuación dolosa o imprudente del titular, como en otros países. Una vez más, criterios poco definidos, posibilidades abiertas y problemáticas, que pueden dar lugar a abusos inaceptables bajo el paraguas de la represión del delito y sus consecuencias, así como la protección de la sociedad.

Por último, está el decomiso *de bienes de terceros*, regulado en el artículo 127 quater; como en los anteriores, tras un repaso de los antecedentes legislativos y de la Directiva la autora trata su objeto, distinguiendo entre el decomiso de efectos o ganancias del delito, aplicable si una persona diligente hubiese tenido motivos para sospechar de su origen y el de otros bienes, en los que el adquirente debía conocer que con su acción dificultaba el comiso. En este sentido la

doctrina ha criticado que no se exculpe expresamente al tercero de buena fe o incluso al que incurre en culpa leve, cuestión que la autora soluciona por remisión a las presunciones del artículo 127 quater, pero que creo que debería haber sido expresamente recogida por aquello de que *in claris non fit interpretatio*, especialmente para los adquirentes a título oneroso de bienes sujetos a eventual decomiso; no puedo sino aplaudir esa crítica, porque las consecuencias para terceros de esa indefinición pueden ser extremadamente gravosas y manifiestamente injustas.

El siguiente capítulo (III), titulado *Autoblanqueo y decomiso*, se inicia, como los anteriores apartados, con un recorrido histórico por el delito de blanqueo, actividad que la autora define como “el conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o legalidad a bienes o activos de origen delictivo”. A continuación nos plantea el problema de la concurrencia de tipicidades y de respuestas penales a la formación ilícita de patrimonio, con los riesgos que ello supone de vulneración del principio *non bis in idem*, iniciando la cuestión con un recorrido por la evolución jurisprudencial, desde la consideración como conducta atípica consumida en el delito penado, hasta el pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 que admitió la posibilidad de un concurso real de delitos, aunque la jurisprudencia también haya recogido calificaciones de concurso de normas en supuestos, por ejemplo, de estafa o, incluso, de tráfico de drogas. Concluye estableciendo que nos encontraremos ante una única acción punible cuando las ganancias de origen ilícito formen parte del agotamiento del delito, procediendo el decomiso y no el delito de blanqueo. En todo caso una cuestión compleja más, con riesgos para principios básicos del Estado de Derecho, como ocurre casi siempre que nos enfrentamos al delito de blanqueo de capitales. Dentro de este capítulo nos recuerda que las conductas de un tercero pueden ser igualmente constitutivas de un delito de blanqueo –o incluso de frustración de la ejecución– si el adquirente conoce el origen ilícito de los bienes, con la posibilidad de decomiso de los bienes correspondientes (127 quater), desarrollando los problemas que hemos tratado más arriba.

*Regulación procesal del decomiso: el procedimiento de decomiso autónomo. La intervención en el proceso de los terceros afectados por el decomiso* es el título del capítulo IV. El procedimiento de decomiso autónomo es un nuevo cauce procesal incorporado a nuestro sistema en 2015, regulado en el 127 ter CP y que nos traerá de nuevo la discusión sobre la naturaleza del comiso sin condena, en todo caso, un procedimiento penal, salvo que se dirija contra un tercero poseedor como consecuencia de un negocio civil con causa ilícita, en la que será un procedimiento civil. Su objeto será el decomiso en supuestos de rebeldía, muerte o enfermedad; a pesar de la discusión doctrinal, parece que los supuestos son cerrados, quedando este procedimiento vedado a otros supuestos en los que no se ejercitó debidamente el decomiso, opción doctrinal que nos parece la más acertada para interpretar un procedimiento gravoso para su destinatario. La acción podrá dirigirse a lograr el decomiso en los supuestos de imposibilidad de enjuiciamiento antes citados y de reserva de acción por el fiscal, con la consiguiente simplificación del proceso principal –decomiso diferido–, que se iniciará una vez haya sentencia firme, sin perjuicio de adoptar las medidas aseguradoras necesarias. La mención a una sentencia firme –y no a una sentencia condenatoria firme– ha llevado a algunos autores a considerar que podrá acudir a estos supuestos en los casos de extinción o exención de responsabilidad, aspecto sobre el que me parece que debe hacerse una reflexión, pues si el legislador se ha equivocado lo que procede es una reforma legislativa, no una interpretación doctrinal o jurisprudencial *sanadora*. La competencia funcional recaerá en el órgano encargado del conocimiento de la causa penal –o que debiese haber encargado de la misma–; en cuanto a las normas procesales, recordar que (a) el procedimiento es el verbal civil, (b) la acción queda limitada al Ministerio Fiscal y (c) todos los

afectados estarán sujetos a la normativa civil sobre asistencia letrada. La jurisprudencia, tanto nacional como internacional venía reconociendo reglas para evitar la indefensión de terceros afectados por el procedimiento que han sido positivizadas por la normativa vigente, empezando por el importantísimo derecho a ser oído, esto es, a ser llamado al proceso, siempre que se le pueda identificar y localizar y la información en la que funda su pretensión sea cierta y no se considere que actúa como *testaferro* del encausado; posibilidad esta última que debe ser utilizada restrictivamente. Tras analizar las diferentes cuestiones procesales el capítulo concluye con los límites a la intervención del tercero afectado, que, en principio, excluye las cuestiones penales del acusado, a pesar de que, como dice parte de la doctrina acertadamente, puede que le afecten indirectamente.

El capítulo final (V), titulado *La recuperación y gestión de activos*, se inicia con un apartado dedicado a la *Oficina de recuperación y gestión de activos* –ORGA–, empezando por sus antecedentes en la Ley Orgánica 5/2010 culminados en la Ley Orgánica 1/2015 y el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre que dan cumplimiento a lo prevenido en la Directiva 2014/42/EU; se trata de un órgano de la Administración General del Estado, auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de “localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas...”, que podrá actuar a instancias de jueces y tribunales o de oficio, así como a instancias del Ministerio Fiscal dentro de las competencias de éste. En lo que en mi opinión es la administrativización –una más– de funciones que deberían ser judiciales o del Ministerio público, pero no del ejecutivo.

A continuación, la autora trata las contradicciones legales en relación con su ámbito de aplicación, que puede quedar reducido a las actividades delictivas en el marco de una organización criminal o a todas las actividades en las que cabe el decomiso ampliado del que hemos hablado más arriba; contradicción que la autora apunta ha sido resuelta en la práctica en favor de la opción más amplia por varias razones, que enumera y no podemos sino compartir. También trata diversos aspectos organizativos y de adscripción de la ORGA que afectan más al Derecho administrativo que al penal, incluyendo los convenios de colaboración suscritos con Fiscalía General del Estado, Consejo General del Poder Judicial, Plan Nacional sobre Drogas y Ministerio del Interior; sintéticamente, se organiza en (a) Subdirección General de localización y gestión de activos y (b) Subdirección General de conservación, administración y realización de bienes, a las que se une la Comisión de adjudicación, adscrita al Ministerio de Justicia.

Dentro de este capítulo se trata igualmente la investigación patrimonial, de especial interés para el proceso penal por (a) ser necesaria para asegurar las responsabilidades pecuniarias, (b) útil para obtener elementos probatorios y (c) porque en algunos casos la investigación estará encaminada a localizar los activos (Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado). Para el último de estos cometidos la Circular recuerda la posibilidad de acudir al auxilio de la ORGA, en concreto a la Subdirección General de localización y gestión de activos, quedando los otros dos fuera de sus cometidos. Los activos así localizados a instancias del Ministerio Fiscal –institución que goza de competencias para dirigirse directamente al Organismo– serán puestos a disposición del órgano judicial que deberá acordar el embargo.

Cuestión importante que trata la obra son los convenios suscritos con diversos organismos nacionales para la obtención de información que éstos tienen a su disposición, a la que puede acceder bien directamente bien a través del Punto Neutro Judicial; de igual manera se adscriben

a la ORGA agentes de la Policía Judicial. Para la localización a escala internacional los órganos judiciales pueden acudir a los organismos análogos a la ORGA creados a instancias de la Decisión del Consejo 2007/845/JAL, que, a su vez, pueden intercambiar determinada información directamente entre ellos, sin necesidad de intervención judicial; fuera de la Unión Europea puede acudir a las redes internacionales, foros de Naciones Unidas o del Consejo de Europa...

Sigue Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA la exposición tratando la normativa vigente desde 2015 referente a la gestión de activos judiciales, regulada en los artículos 367 bis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que pretende “solventar la problemática relacionada con la conservación y custodia de los bienes y efectos incautados, embargados o decomisados, con el fin de garantizar la satisfacción de su destino final a resultas del procedimiento, o, en su caso, la devolución a sus titulares, optimizando el valor de los bienes”; cuestión que creo relevante, pues basta con acudir a los medios de comunicación para ver los problemas que da el *control* judicial de determinados bienes, sean animales, sean vehículos de lujo, entre los más llamativos.

Para iniciar el estudio de esta cuestión considera necesario distinguir entre (a) bienes a expensas del proceso o piezas de convicción, (b) bienes embargados para satisfacer la responsabilidad civil o ser objeto de decomiso y (c) bienes decomisados por sentencia firme. Respecto a los bienes embargados, distingue entre las piezas de convicción, que deben conservarse, al menos en parte, hasta la sentencia firme, o los que deben conservarse a expensas del proceso, sea para satisfacer la responsabilidad civil, sea en garantía de futuros decomisos (y me atrevo a añadir, sea para ser devueltos a su legítimo titular, si no procede lo anterior). En cuanto a las medidas con los bienes, analiza las siguientes. Por un lado, el depósito como medida de conservación, orientado con un criterio de rentabilidad y siempre que sirva para los fines de ejecución y que no podrá ser articulado con el auxilio de la ORGA. Por otro, la realización anticipada, especialmente de los activos de lícito comercio cuando (a) sean perecederos, (b) el propietario haga expreso abandono, (c) los gastos de conservación sean superiores al valor del bien en sí, (d) su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, (e) se deterioren sustancialmente por el paso del tiempo y (f) cuando, debidamente requerido el propietario, no haga manifestación alguna. En los de ilícito comercio, obviamente, se procederá a su destrucción. Realización que deberá acordar el Juez que es instado a ello por el legitimado –Ministerio Fiscal, ORGA o las partes– salvo que (a) esté pendiente de resolución el recurso frente al embargo o decomiso o (b) la medida pueda resultar desproporcionada, y para cuya ejecución podrá ser auxiliado por la ORGA. Por otro lado, además, la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos del delito, que, ya nos adelanta la autora, no ha funcionado con los delitos de tráfico de drogas debido a la reticencia de los órganos judiciales y la defectuosa regulación. Con la nueva normativa procederá (a) cuando procediendo su realización anticipada con este sistema se obtenga un aprovechamiento mayor de su valor y (b) cuando se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público. Para lo que podrá acudir a la ORGA. Finalmente, está la cuestión de la administración judicial o intervención de sociedades embargadas. Estando la actividad excluida de la ORGA, este organismo sí ha puesto a los juzgados en contacto con entidades públicas que pudiesen encargarse de ello. En todo caso, como apunta Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA es necesario el previsto desarrollo reglamentario sobre aspectos decisivos de esta acción.

El destino de los bienes decomisados tiene una regulación, en palabras acertadas de la autora, “confusa y en ocasiones contradictoria” debido a que la reforma de 2015 ha mantenido duplicidades regulatorias. Con la nueva regulación, una vez satisfecha la responsabilidad civil y

los gastos de conservación, los efectos del decomiso serán adjudicados al Estado, quedando excluidos de la satisfacción de la responsabilidad civil los efectos del delito de tráfico de drogas o blanqueo de capitales, en los que se produce la antes adelantada contradicción. Dos interpretaciones nos ofrece la autora: considerar la normativa relativa al tráfico de drogas y blanqueo *lex specialis*, o entender que la regla general, más detallada, prevalece, quedando la decisión final en manos del juzgado encargado. Los fondos así obtenidos deben dedicarse a fines de interés público o sociales, conforme a la Directiva 42/2014, incluyendo proyectos en materia de aplicación de la ley y prevención de la delincuencia. En España los fondos procedentes del tráfico de drogas se integran en el Fondo del Plan Nacional sobre Drogas, que los gestionará; los procedentes del resto de los bienes serán transferidos al Tesoro Público, incumpliendo la Directiva. Concluye el capítulo –y el libro– tratando *La recuperación de bienes en el ámbito comunitario* –o, mejor, deberíamos decir de la Unión Europea, una vez superado el *Mercado Común*– empezando por el embargo y aseguramiento de pruebas, cuyas órdenes deberán ser inmediatamente ejecutadas a salvo de unas excepciones *numerus clausus* para continuar con el procedimiento de ejecución tanto cuando la orden proviene de la Unión Europea como de fuera de ésta.

En conclusión, nos encontramos ante una obra muy interesante y sugerente, que se enfrenta a una institución que, si bien no puede considerarse *nueva* –lleva años en nuestro ordenamiento, especialmente en lo referente al comiso de los instrumentos delictivos–, sí ha venido siendo poco ejecutada, con lo que mantiene un carácter novedoso desde la perspectiva práctica; esto supone que, en tanto los Tribunales no vayan perfilando su aplicación, nos enfrentaremos a dudas operativas, para algunas de las cuales Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA nos ofrece una propuesta dentro del maremágnum normativo en el que se encuentra.

Finalmente, como reflexión personal sobre la institución debo decir que me ofrece dudas, sobre todo en los supuestos en que operen las presunciones judiciales o estén implicados terceros, debiendo huirse de todo automatismo que dé lugar a la inversión –directa o indirecta– de la carga de la prueba, en tanto supondría una quiebra del Estado de Derecho, por graves y repulsivos que sean los hechos; parafraseando a F. FRANKFURTER, “la defensa de las libertades suele ir unida a gente poco recomendable”, pero eso no debe llevarnos a soluciones fáciles.

**Romina Rekers, La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2020, 186 páginas**

Manuel Francisco Serrano  
Universidad Nacional de San Luis – CONICET  
manu.602@gmail.com

-

En la obra de Romina REKERS, tal como su título lo indica, se ofrece una propuesta que logra un equilibrio reflexivo entre el republicanismo penal y el populismo penal para abordar el problema de la determinación de las penas y así evitar hechos de –la mal llamada– “justicia por mano propia”, como los linchamientos.

*La democratización republicana del castigo* lejos se encuentra de ser un texto de dogmática jurídica –acudiendo al concepto acuñado por Carlos NINO. Por el contrario, constituye una obra de filosofía política en la que se vislumbra claramente la labor filosófica de alguien que conoce el derecho penal, no en cuanto disciplina o práctica sino en cuanto filósofa preocupada por la violencia proveniente de los delitos. La autora se hace cargo de un problema real y concreto de nuestra sociedad: la violencia producto de la delincuencia, y propone el marco teórico del neo republicanismo de Philip PETTIT para abordarlo y solucionarlo. La violencia que encara REKERS no se limita a la que sufren las víctimas de los delitos, sino también a la que recae sobre los victimarios que son linchados por víctimas o terceros, luego de cometer un delito. Estas características de su obra me permiten afirmar que no se trata de un trabajo de contemplación filosófica alejado de la realidad concreta en la que se escribe. Todo lo contrario se observa al leerla. Constantemente se abordan casos y problemas contemporáneos de la Argentina: desde la sanción de las llamadas Leyes Blumberg hasta el estallido de linchamientos y la presentación del anteproyecto de código penal argentino –ambos del año 2014– son abordados como claros ejemplos de prácticas alejadas a los estándares propios del neorepublicanismo. El objetivo que se propone la autora en este libro es la defensa de un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas en abstracto. Más precisamente, REKERS defenderá la propuesta democrática, sobre todo de corte deliberativo, que pone el eje en la participación y deliberación de los ciudadanos en el ámbito público. Sin embargo, la democracia en este trabajo tiene una finalidad instrumental: promover la no dominación.

En la primera parte la autora propone una reconstrucción de la teoría neo republicana propuesta por BRAITHWAITE y PETTIT en *Non Just Desert: A Republican Theory of Criminal Justice*. Como es sabido, en esta obra ambos autores proponen una teoría republicana para pensar la justicia penal, donde la promoción de la libertad como no dominación constituye el objetivo que debe buscar el Estado en sus instituciones penales. Por otro lado, los autores se reconocen como democráticos deliberativos y contestatarios, de manera que el ideal republicano se logra no solo mediante la deliberación, sino garantizando mecanismos y oportunidades para que los ciudadanos controlen efectivamente las acciones estatales. En este sentido, el neorepublicanismo se presenta como una teoría consecuencialista, cuya finalidad es la de garantizar la libertad como no dominación. A lo largo del capítulo –y de todo el libro– REKERS ofrece un estudio meticuloso de la obra de

PETTIT, lo que le permite demostrar cómo el autor ha modificado algunos conceptos esenciales y cómo estas modificaciones impactan en la estructura de su teoría. Un claro ejemplo es el referido al concepto de libertad como no dominación: en un primer momento de su obra, PETTIT define a la dominación como la sujeción a un poder de interferencia arbitrario; mientras que en un momento posterior, la entenderá como la sujeción a un poder incontrolado.

Luego de enmarcar su propuesta en la teoría republicana, la autora ingresa de lleno al problema de la participación de la comunidad en la legislación penal. Aquí se encuentra claramente desarrollado el problema que le interesa resolver y que, en la literatura jurídica, se presenta como la discusión entre el populismo penal y el elitismo penal. El primero, asociado principalmente con una práctica política antes que a una postura teórica, privilegia las demandas populares de seguridad promoviendo una solución netamente punitiva, donde el aumento desmedido de penas y la limitación de beneficios procesales y de ejecución de la pena se presentan como políticas efectivas para lograr la disminución de delitos. El segundo, por contrario, busca aislar las decisiones de política criminal de la influencia popular, bajo el argumento de defender los derechos individuales que las masas buscan avasallar.

Teniendo en cuenta esta distinción, REKERS analiza a los diferentes autores que, compartiendo premisas republicanas, se preocupan por la justicia penal. En este sentido, va a distinguir dos grandes posturas: por un lado, el elitismo penal de BRAITHWAITE y PETTIT quienes entienden que la determinación de las penas debe quedar en manos de un consejo de política criminal, compuesto principalmente por especialistas en la temática, a fin de que no se dé lugar a la participación irracional de la masa de ciudadanos. Por otro lado, la autora nombra a teóricos republicanos/liberales como DUFF, MARTÍ y GARGARELLA quienes, aunque comparten su compromiso con el valor de la libertad política como no dominación, asignan a la participación ciudadana un lugar primordial en el ámbito penal. La cuestión central aquí radica en la función que se le da a la participación democrática en cada enfoque. Mientras que PETTIT le asigna un valor netamente instrumental para promover la libertad como no dominación; DUFF, MARTÍ y GARGARELLA parecerían –según la autora– promover la participación política como valor en sí, y no meramente instrumental.

A continuación, REKERS desarrolla su propuesta sobre la participación de la comunidad en la determinación de las penas. Al contrario que PETTIT, la autora privilegiará la participación de la comunidad, pero –a diferencia de MARTÍ, DUFF y GARGARELLA– lo hará por razones vinculadas a la promoción de la libertad como no dominación antes que en el autogobierno, entendido como participación activa de la ciudadanía. Para empezar, REKERS recupera las críticas que MARTÍ realiza a la propuesta del consejo de política criminal de PETTIT, centrando su análisis en la que plantea que los miembros del consejo pueden ser influenciados por grupos de poder, al igual que la ciudadanía. A su vez, REKERS remarca que una despolitización absoluta del consejo no es posible, ya que los técnicos responden a una determinada formación política y académica que influye en sus decisiones. Esto dificulta que representen las demandas e intereses de quienes no pertenecen a su clase, problema solucionable con la participación de la ciudadanía. En este sentido, MARTÍ remarca la falta de datos sobre las preferencias punitivas de la ciudadanía.

Para llevar a cabo esta tarea, REKERS ilustra la interferencia no controlada producto del delito mediante un ejemplo: un potencial asaltante (A) está dispuesto a interferir en las opciones de una potencial víctima (V) en un sistema penal que no protege de manera adecuada a los ciudadanos frente al delito. Como V sabe de la vigilancia de A, deja de ostentar objetos que

puedan ser interferidos por A. La vigilancia de quien ejerce un poder de interferencia no controlado por el sistema penal compromete por sí misma la libertad como no dominación de V. Un sistema de justicia republicano debe eliminar el poder incontrolado de interferencia que ejerce A, eliminando la opción de interferir y reemplazándola por una opción asociada a la penalidad. De esta manera, el sistema de justicia penal se presenta como una respuesta adecuada y legítima frente a los delitos.

Ahora bien, la autora afirma que esta respuesta icónica del neorepublicanismo no puede aplicarse sin más en sociedades que, como la argentina, están marcadas por altos niveles de pobreza y exclusión. En efecto, en estas sociedades ni la amenaza de castigo legal o ilegal (linchamientos o excesos de legítima defensa, entre otros) cambia la disposición de A de interferir a V. Esto se ve profundizado si, tal como lo afirma DUFF, la exclusión y la pobreza limitan las posibilidades de que los ciudadanos se sientan parte del sistema penal y, por lo tanto, sean disuadidos por sus normas. Con esto, surge una de las conclusiones más robustas de este trabajo: en contextos con desigualdades y exclusión, los sistemas penales tienen muy poca posibilidad de disminuir la interferencia de A. Solo las políticas destinadas a reducir la pobreza y la exclusión tienen la posibilidad de hacerlo. En otras palabras, REKERS expresamente reconoce que el sistema penal se encuentra profundamente limitado para solucionar los problemas vinculados a la dominación proveniente de interferencias arbitrarias de terceros (delincuencia) y que la solución de este problema requiere de políticas que ataquen la desigualdad. Al reconocer la desigualdad como causa de la delincuencia, lo que es necesario abordar –en primer lugar– es la desigualdad.

Esta limitación del sistema penal no significa que tenga un impacto nulo en la dominación. Sino que, por el contrario, afecta significativamente el aumento de dominación. Para ilustrarlo continúa con el ejemplo dado anteriormente: las demandas de mayor seguridad por parte de V, son captadas por políticos (E) que guiados por la lógica electoral aumentan las penas en abstracto, lo que produce un efecto negativo o nulo en la interferencia proveniente de A. Este proceso se reitera constantemente, llegando al mismo resultado negativo o nulo con respecto a la disminución de los delitos. Frente a esta falta de soluciones efectivas, el tipo de interferencia que suele adoptar V es violenta y colectiva, bajo la forma de linchamientos o excesos en la legítima defensa que cuentan con amplio apoyo popular. Sin embargo, este apoyo no puede ser interpretado como una inmoralidad colectiva. La autora propone una respuesta más compleja: estos responden a la empatía que genera V en dos sentidos: primero, porque el Estado no le garantiza a V protección frente a la interferencia arbitraria de terceros; segundo, porque V ha sido apartado de la determinación de las penas y sus sentimientos de resentimiento frente al delito son constantemente ignorados por la elite o manipulados por políticos populistas.

Con los linchamientos, la situación se vuelve paradójica: los sujetos que ocupaban el lugar de V ahora se ubican en A, y los sujetos que ocupaban el lugar de A ahora se ubican en V. Con fundamentos diferentes, se llega a la misma conclusión: hay pre condiciones para la responsabilidad que no se cumplen, el más importante es que el derecho penal no habla el mismo lenguaje normativo que sus destinatarios, lo que genera impedimentos para el juicio que bloquea la legitimidad para llamar a responder a los delincuentes por sus delitos. Teniendo presente esto, REKERS sostiene que, aunque A y V sean culpables y existan limitaciones para que respondan en un juicio, hay un tipo de exclusión por el cual el derecho penal puede ocuparse: promover la participación de V en la determinación de las penas. La exclusión de V no solo afecta a su libertad como no dominación, sino que impacta en la de A. De esta manera, la democratización del

derecho penal –para REKERS– es un *second best* en relación con las políticas de inclusión y eliminación de la pobreza.

Una de las características más sobresalientes de esta obra es que no se limita a proponer una tesis normativa acerca de la participación popular en la determinación de las penas, sino que desarrolla las estrategias que se deben seguir para lograr los cambios institucionales que permitan la promoción de la libertad como no dominación. Esta estrategia, en línea con PETTIT y BRAITHWAITE, es el incrementalismo. Este ordena que una vez implementada una reforma debe producirse información sobre su impacto a los fines de estabilizarla y promover nuevas reformas en un sentido similar. Como es altamente dependiente de los resultados de su implementación, requiere hacer algunas concesiones para ganar –a largo plazo– mayor libertad como no dominación. En este sentido, la autora afirma que aceptar la participación de la comunidad en la determinación de las penas implica reconocer que, en el corto plazo, se aumentarán los montos de las penas; mientras que solo a largo plazo se advertirá una disminución de las penas en concreto, producto de la aplicación del principio de parsimonia (que exige la eliminación de los límites mínimos) y del aumento de la participación de los jurados en los juicios.

La importancia de esta obra radica en los interrogantes que invita a realizar. Soy plenamente consciente que pueden surgir más puntos de diálogo. Sin embargo, me ceñiré a dos.

El primer punto que encuentro problemático en la obra de REKERS –también en PETTIT– es la afirmación de que el principio de parsimonia exige la eliminación de los límites mínimos a las escalas penales, de tal manera que cada tipo penal cuente únicamente con un límite de pena máximo. BRAITHWAITE y PETTIT caracterizan este principio como aquel por el cual la carga de la prueba ante cualquier intervención de la libertad debe recaer sobre quien la propone, mientras que su ausencia o eliminación no se debe justificar. De aquí que la parsimonia exige que no se establezcan penas mínimas porque el tribunal debe quedar en situación de poder decidir, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del delito y del delincuente, si la libertad se promueve de modo más eficaz actuando con clemencia. REKERS toma este principio de tal manera que se convierte en una de las premisas que sostienen las modificaciones institucionales necesarias para promover la libertad como no dominación. El problema principal de esta propuesta surge ante los delitos graves, en los que hay una exigencia por parte de la víctima y la comunidad en que se castigue efectivamente al delincuente y no se aplique una pena menor. Esto no significa satisfacer deseos de venganza, sino reconocer el valor de ciertos bienes jurídicos y el castigo mínimo que corresponde ante su violación. Los homicidios, abusos sexuales y delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones se presentan como un ejemplo típico de exigencia de pena significativa a fin de que el derecho continúe hablando el lenguaje normativo de la comunidad. De aquí que la propuesta se presenta problemática. En este sentido, el principio de parsimonia y la teoría republicana debería poder ofrecer alguna posible solución a este problema.

En segundo lugar, con respecto a las estrategias para lograr los cambios institucionales que exige la propuesta de la autora, un punto que resulta llamativo es el reconocimiento de que el neo republicanismo debe aceptar el aumento de penas en el corto plazo. En efecto, REKERS brinda una excelente defensa de la participación popular en la determinación de las penas de los códigos penales, una defensa que ataca directamente al elitismo penal y al populismo penal. Sin embargo, la autora plantea que la participación de la comunidad en la determinación de las penas requiere aceptar que estas se aumentarán en el corto plazo. Solo a largo plazo se advertirán los

efectos epistémicos, tanto de la deliberación y de la participación regida por el principio de parsimonia como del estrechamiento de la distancia de la práctica del castigo. Esto es así porque el aumento de la participación en los jurados permitiría que la aplicación de penas concretas no se vea afectada por el aumento de penas en abstracto. Si, además, se logra eliminar los mínimos, esto sería mucho más positivo.

Entiendo que esta postura puede ser interpretada de tres maneras diferentes. La primera es que la participación no implique una disminución de las penas en abstracto, sino el hecho de que los ciudadanos efectivamente formen parte de la comunidad penal y, por lo tanto, puedan ser llamados a responder si violentan sus normas. Si se interpreta de esta manera, entonces se cae en la postura de DUFF y los demás republicanos liberales democráticos como MARTÍ y GARGARELLA, donde el valor de la participación juega un rol protagónico o compartido con la dominación.

Otra interpretación más caritativa –en el sentido propuesto por Donald DAVIDSON– sería que para REKERS la participación popular no funciona por sí sola, sino que debe ser acompañada por una serie de políticas y reformas legislativas que promuevan la libertad como no dominación. Doy por hecho que esto es lo que piensa la autora desde el momento en que afirma que su propuesta forma parte de una teoría integral republicana que abarca diversos subsistemas. Sin embargo, aún esta interpretación puede llevar a pensar que, al fin y al cabo, es más importante eliminar las penas mínimas y promover la participación de los jurados populares en los procesos penales que la participación popular en la determinación de las penas. En efecto, una de las características de los jurados es la deliberación para alcanzar un resultado reflexivo –de ahí la exigencia de unanimidad. Si a esto se le suma solo un límite máximo de pena, tranquilamente podría suceder que los jurados no vean modificadas las penas que aplican aunque aumenten los límites máximos.

La tercera posibilidad es interpretar que el aumento de penas a corto plazo demuestre un impacto nulo o negativo en la cantidad de delitos que se cometen, de esta forma, el incrementalismo obligaría a demostrar esto para posteriormente disminuir las penas hasta el límite en que su disminución pueda significar un aumento de delitos. Esta interpretación genera una dificultad práctica en el sentido de que conocemos que los aumentos de penas no impactan positivamente en los índices de delitos y, sin embargo, continuamos aumentando las penas y rara vez las disminuimos.

Estas dos observaciones no pretenden ser concluyentes o buscar derribar la tesis de REKERS. Por el contrario, más que críticas a su trabajo, vislumbran interrogantes propios de la filosofía del castigo, la justicia penal y las políticas penales en nuestras sociedades. La participación política en materia penal, lejos se encuentra de ser un problema resuelto, pero no cabe duda que el aporte de REKERS es fundamental para continuar pensando.