

Equivalentes funcionales de la pena retributiva

Comportamiento postdelictivo y significado comunicativo del hecho punible

Federico Montero

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez

Prof. Dr. Omar Palermo

Tesis Doctoral UPF 2021
Departamento de Derecho



A la memoria de mi padre: «por el placer de acariciar la redondez de una idea nueva». A mi madre, condicio sine qua non. Y a Sofi, que al llegar lo cambió todo.

Resumen

Con base en la distinción entre injusto culpable (suceso histórico) y hecho punible (concepto dinámico), el trabajo propone un modelo teórico para la identificación, clasificación y análisis de determinados comportamientos posteriores al quebrantamiento culpable de la norma. Para ello, se sirve de dos herramientas básicas. En primer lugar, se adopta una teoría retributivo-comunicativa de las acciones punitivas, enmarcada en una concepción del Derecho (penal) como praxis agencial colectivamente construida. En segundo lugar, se recurre al campo sociológico y se adopta el método comparativo del funcionalismo de las equivalencias. Una vez depuradas estas herramientas teóricas y metodológicas, se establecen los lineamientos centrales del modelo. A partir de allí, se identifican y clasifican los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Finalmente, se seleccionan tres institutos concretos para poner a prueba la capacidad de rendimiento del modelo.

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen dem (als historisches Ereignis konzipierten) schuldhaften Delikt und der (nach dem dynamischen Begriff bestimmten) Straftat wird in der vorliegenden Dissertation ein theoretisches Modell für die Identifizierung, Klassifizierung und Analyse bestimmter Verhaltensweisen vorgeschlagen, die nach der schuldhaften Verletzung der Verhaltensnorm ausgeführt werden. Zu diesem Zweck werden zwei grundlegende Instrumente verwendet. Erstens wird eine expressive Theorie der vergeltenden Strafe angenommen, die in einer Auffassung des (Straf-) Recht als kollektive Handlungspraxis eingebettet ist. Zweitens wird auf die Soziologie zurückgegriffen und die vergleichende Methode des Äquivalenzfunktionalismus angewendet. Diese theoretischen und methodologischen Instrumente werden verfeinert, um die Grundzüge des Modells festlegen zu können. Davon ausgehend, werden die potenziellen funktionalen Äquivalente der vergeltenden Strafe identifiziert und klassifiziert, um schließlich drei bestimmte Institute auszuwählen, bei denen die Leistungsfähigkeit des Modells getestet wird.

Based on the distinction between a criminal offence (conceived as a historical event) and a punishable fact (dynamic concept), in my doctoral thesis I present a theoretical frame for the identification, classification and analysis of certain behaviours carried out after the violation of a primary norm. To do so, I use two basic tools. Firstly, I defend a concrete version of a retributive-communicative justification of punishment, which is framed in a conception of the (criminal) law as an agent-collectively constructed praxis. Secondly, I turn to the sociological field in order to incorporate the comparative method of functionalism of equivalences. Once these theoretical and methodological tools have been refined, the central outlines of the model are grounded. From this point, I identified and classified the potential functional equivalents of retributive punishment. Finally, three concrete institutes have been selected to test the model's performance capacity.

Índice

RESUMEN	V
ABREVIATURAS	XV
INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

LO ABSOLUTO Y LO RELATIVO EN LA TEORÍA DE LA PENA

I. INTRODUCCIÓN	11
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	12
1. El predominio del <i>ne peccetur</i>	12
2. KANT: de la racionalidad estratégica a la racionalidad axiológica	15
3. La sistematización de FEUERBACH	18
III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL	21
1. Origen y consolidación. Breve exposición	21
2. Las deficiencias de la clasificación tradicional	25
2.1. Insuficiencia.....	25
2.2. Inexactitud	26
2.3. Los efectos perniciosos sobre el contenido de la teoría de la pena	29
IV. LINEAMIENTOS DE UNA PROPUESTA ALTERNATIVA: SOBRE «LO ABSOLUTO» Y «LO RELATIVO» EN LA TEORÍA DE LA PENA	33
V. CONCLUSIONES	36

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN.

METODOLOGÍA ABSTRACCIONISTA Y METODOLOGÍA FUNCIONAL

I. INTRODUCCIÓN	41
II. MÉTODO ABSTRACCIONISTA: LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO ECUMÉNICO Y FUNCIONALMENTE ASÉPTICO DE PENA	42
1. Presupuestos metodológicos generales	42

2. Los problemas metodológicos	45
2.1. El problema <i>prospectivo</i> de la individuación	46
2.2. El problema <i>retrospectivo</i> de la relevancia	48
3. Poner a prueba los resultados. El análisis de un concepto « <i>valorativamente neutro</i> » de pena	51
III. MÉTODO FUNCIONAL. VINCULAR EL PLANO CONCEPTUAL Y JUSTIFICATIVO.....	63
1. Consideraciones generales	63
2. Consideración crítica de posibles objeciones	66
2.2. El argumento « <i>intuitivo-open question</i> »	67
2.2. El argumento del « <i>fraude de etiquetas</i> »	70
2.2. El argumento del « <i>definitional stop</i> »	71
IV. CONCLUSIONES	73

CAPÍTULO III

JUSTIFICACIÓN Y CONCEPTO DE PENA RETRIBUTIVA

I. INTRODUCCIÓN	79
II. EL OBJETO DE LA JUSTIFICACIÓN	80
1. Problema metodológico y solución: la reconstrucción racional de los conceptos..	80
2. Acción punitiva como objeto de justificación	84
3. Las demandas concretas de justificación	89
III. LINEAMIENTOS GENERALES DE UNA TEORÍA RETRIBUTIVA.....	94
1. Derivados del principio libertad-responsabilidad	95
1.1. La coacción punitiva es una praxis agencial	96
1.2. El presupuesto pragmático: la libertad de voluntad	97
1.3. Responsabilidad en términos reactivos	100
2. Derivados de la secuencia conceptual delito-pena	101
2.1. El comportamiento del ciudadano. La norma de conducta como esquema de atribución de sentido	101
2.2. Norma de sanción y acción punitiva.....	105
2.3. La relación entre deber de cooperación y deber de soportar la punición	106
3. Merecimiento de pena	109
3.1. El alcance del merecimiento: el « <i>deber de soportar la punición</i> » como reflejo de la « <i>facultad punitiva</i> » del Estado (<i>ius puniendi</i>)	110

3.2. El contenido del merecimiento: sujeto, objeto y base de merecimiento	113
4. La prestación retributiva como dimensión ilocucionaria de la formulación de un reproche	116
4.1. La dimensión ilocucionaria del reproche punitivo	117
4.2. La confirmación «dinámica» del Derecho	119
4.3. Las condiciones constitutivas para la formulación de un reproche punitivo	122
5. La restricción de derechos como símbolo del merecimiento de pena.....	125
IV. EL CONCEPTO DE PENA RETRIBUTIVA.....	130
1. La materia prima: recapitulación.....	130
2. La estructura.....	131
3. El concepto funcional de la pena retributiva y sus ventajas.....	134
V. CONCLUSIONES.....	136

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV

FUNCIONALISMO DE LAS EQUIVALENCIAS Y EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA RETRIBUTIVA

I. INTRODUCCIÓN	143
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	144
1. Función y equivalentes funcionales. Breve introducción	144
2. El « <i>funcionalismo de la causalidad</i> » y sus problemas metodológicos	146
3.1. La transición semántica ilícita	150
3.2. La circularidad	152
3. El rescate del método: LUHMANN y el « <i>funcionalismo de las equivalencias</i> »	154
3.1. Nuevo concepto de función. La distinción entre teoría y método funcional	154
3.2. El funcionalismo de las equivalencias. Lineamientos generales de un método comparativo	157
III. EQUIVALENTES FUNCIONALES EN DERECHO PENAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL	159
1. La etapa germinal de los equivalentes funcionales de la pena	160
2. El desarrollo de los equivalentes funcionales de la pena	163
IV. EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA RETRIBUTIVA	166

1. El problema de referencia	167
2. El cumplimiento de la norma como mecanismo para poner en concordancia el concepto y la existencia del Derecho	169
3. Deber de cooperación, delito y deber de soportar la acción punitiva	171
4. Los equivalentes funcionales de la pena retributiva. Lineamientos generales ...	173
5. Identificación de potenciales equivalentes funcionales (especial referencia al ordenamiento español)	179
6. Clasificación de los potenciales equivalentes funcionales	182
V. CONCLUSIONES	188

TERCERA PARTE

CAPÍTULO V

DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

I. INTRODUCCIÓN	193
II. LA PROBLEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO	195
III. CONSIDERACIONES SOBRE LA TENTATIVA	197
1. El fundamento de la punibilidad de la tentativa	197
2. El injusto culpable de la tentativa	202
2.1. La distinción entre dos clases de injusto de tentativa: <i>perfecta e imperfecta</i>	203
a. La tentativa como instituto homogéneo	206
b. La tentativa como instituto heterogéneo	208
2.2. Tentativa imperfecta y norma de comportamiento	210
a. La tentativa imperfecta como injusto ficticio. La consideración « <i>como si</i> ».....	211
b. Toma de postura: la tentativa imperfecta como injusto precario.....	215
c. La legitimidad retributivamente precaria (de la tentativa imperfecta).....	217
IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO	222
1. El desistimiento: ¿un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento?.....	223
1.1. Breve descripción	223
1.2. Algunos problemas	230
a. Las formas del desistimiento como reverso de la tentativa acabada e inacabada...	231

b. La intervención delictiva	233
c. Desistimiento y deber de garante por injerencia: ¿un sistema cerrado de imputación?.....	236
d. Los requisitos objetivos y subjetivos del desistimiento	241
e. Síntesis crítica	251
2. El desistimiento de la tentativa como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción	254
V. EL DESISTIMIENTO COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA	258
1. Oportunidad para desistir: la tentativa imperfecta	262
2. Requisitos del desistimiento funcionalmente equivalente	268
2.1. La necesidad de exigir requisitos al desistimiento	268
2.2. Los requisitos de un desistimiento funcionalmente equivalente	271
A. La eficacia del desistimiento. El esfuerzo serio y voluntario	272
B. La voluntariedad	281
a. Teorías psicológicas y normativas. La necesaria normativización de la voluntad... ..	282
b. La voluntariedad: ¿un reverso de los elementos subjetivos del injusto culpable?... ..	284
c. Las dimensiones de la voluntariedad	285
d. La dimensión cuantitativa.....	286
e. La dimensión cualitativa	291
VI. COMPORTAMIENTO POSTERIOR A LA TENTATIVA PERFECTA	299
1. Comportamiento posterior a la tentativa perfecta, pero previo a la producción del resultado lesivo	300
2. Comportamiento posterior a la consumación	303
VII. CONCLUSIONES	307

CAPÍTULO VI

LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

I. INTRODUCCIÓN	317
II. LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA	319
III. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA	320
1. Consideraciones preliminares	320
2. El déficit de legitimidad retributiva de la norma de comportamiento de la defraudación tributaria	324

2.1. El fundamento de la defraudación tributaria desde la perspectiva del bien jurídico...	324
a. La orientación patrimonial	324
b. La orientación funcional	327
c. Las tesis eclécticas	330
2.2. El fundamento de la defraudación tributaria desde la perspectiva del binomio <i>autonomía-solidaridad</i>	336
IV. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA: ESTRUCTURA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA	342
1. El contenido estructural de la regularización tributaria en los ordenamientos jurídico-penal español y alemán (breve esbozo)	342
2. Fundamento y naturaleza jurídica de la regularización tributaria.....	345
2.1. La naturaleza jurídica	346
a. La regularización como <i>elemento negativo del tipo</i>	346
b. La regularización como <i>causa de exclusión de la antijuridicidad</i>	352
c. La regularización como <i>causa de extinción de la responsabilidad criminal</i>	353
d. La regularización como <i>causa de supresión o levantamiento de pena</i>	355
2.2. El fundamento de la regularización tributaria	358
a. El fundamento político-fiscal	358
b. El fundamento jurídico-penal	361
c. El fundamento mixto	366
V. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA RETRIBUTIVA	368
1. Ubicación normativa	368
2. El fundamento jurídico-penal: la justificación de la pena retributiva	369
3. Requisitos de una regularización funcionalmente equivalente	372
3.1. El carácter voluntario del comportamiento regularizador	372
a. La dimensión cuantitativa	374
b. La dimensión cualitativa	378
3.2. El carácter personalmente imputable de la regularización tributaria	379
3.3. El reconocimiento de la deuda	380
3.4. El pago de la deuda	381
3.5. La necesaria intervención de la administración	384
3.6. Resumen y ventajas	385
VI. BREVE EXCURSO SOBRE LA (MAL LLAMADA) «REGULARIZACIÓN TARDÍA»	387
VII. CONCLUSIONES.....	390

CAPITULO VII

ATENUANTE GENÉRICA DE CONFESIÓN

I. INTRODUCCIÓN	397
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	398
1. Aproximación conceptual: la dimensión procesal y sustancial de la confesión ...	398
2. Atenuante « <i>extrínseca</i> » de confesión: un « <i>comportamiento postdelictivo</i> » y « <i>supererogatorio</i> »	403
III. EL FUNDAMENTO DE LA ATENUANTE DE CONFESIÓN	411
1. El fundamento utilitario de la confesión	411
1.1. La confesión como contribución a la economía y eficiencia en el proceso penal.....	412
1.2. La utilidad para los testigos	414
2. Valoración crítica	415
2.1. El carácter confuso y endeble de la fundamentación utilitaria	415
2.2. Su incapacidad para explicar los requisitos de la confesión	417
2.3. El problema de la « <i>atenuante de análoga significación</i> »	420
IV. LA CONFESIÓN COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA RETRIBUTIVA....	421
1. Ubicación normativa	422
2. El fundamento de la atenuante de confesión: la teoría de la pena	422
3. Requisitos de una confesión funcionalmente equivalente	426
3.1. La voluntariedad como elemento nuclear del atenuante por confesión	426
a. La dimensión cuantitativa	428
b. La dimensión cualitativa.....	432
3.2. La declaración del responsable: veracidad, completitud y puesta a disposición de las autoridades	433
3.3. La imputación personal de la confesión	436
4. El alcance variable de la equivalencia funcional por confesión: ¿ <i>Ganz bekannt – halb gebüßt?</i>	438
5. La « <i>atenuante de análoga significación</i> » en el Código penal español	441
5.1. La progresiva flexibilización jurisprudencial de la atenuante analógica	441
5.2. La « <i>confesión tardía</i> »: ¿una atenuante de análoga significación?	443
5.3. La « <i>confesión involuntaria</i> »: una atenuante creada mediante « <i>analogía institutionis in bonam partem</i> »	447
V. CONCLUSIONES	449

CAPÍTULOS AUXILIARES

CAPÍTULO A-I	453
CAPÍTULO A-II	459
CAPÍTULO A-III	477
CAPÍTULO A-IV	481
CAPÍTULO A-V	485
CAPÍTULO A-VI	497
CONCLUSIONES GENERALES	503
BIBLIOGRAFÍA	515

Abreviaturas

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AP	Actualidad Penal
art./arts.	artículo/artículos
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
Cap.	Capítulo
cfr.	confróntese
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
ed.	edición
(ed.)/(eds.)	editor/editores
EPC	Estudios penales y criminológicos
et al.	Et álíi
FS	Festschrift (Libro homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LH	Libro Homenaje
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.	nota
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
nm.	número marginal
p./pp.	página/s
PE	Parte especial
PG	Parte general
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RGDP	Revista general de Derecho Penal
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RP	Revista penal
s./ss.	siguiente/s
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
t.	tomo
v.	Volumen
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del problema

En la dogmática jurídico penal, la mayor parte de los esfuerzos académicos han estado destinados al desarrollo de las categorías del injusto culpable (su contenido y los vínculos que existen entre ellas). Como consecuencia de esos esfuerzos, el concepto dogmático del delito parece haber alcanzado un grado de complejidad y sistematización extraordinario.¹ Esta situación es, en cierta medida, lógica: indagar en el concepto de delito no es la expresión de un mero «*un interés por lo desagradable*»,² sino la expresión de una legítima preocupación por sistematizar, de la forma más precisa posible, los presupuestos que deben concurrir para la imposición de una pena. Ahora bien, a pesar del grado de desarrollo que ha alcanzado el concepto dogmático del delito, cabe señalar lo siguiente: la sistemática del hecho punible no está exenta de déficits y excesos sistemáticos. En este sentido se ha señalado que, por un lado, existe una tendencia generalizada a adoptar un esquema de pensamiento excesivamente binario, así como también a resistir la utilización de categorías conceptuales graduales. Por el otro, la dogmática jurídico-penal no ha logrado sistematizar todo aquello que puede incidir sobre la posibilidad de ejercer (o la intensidad con la que se ejerce) la facultad punitiva del Estado.³

Esta tesis doctoral pretende ser una contribución destinada a aminorar el segundo de los déficits mencionados, por lo que conviene precisarlo con un poco más de detalle. Para ello, debemos recordar que el sistema del hecho punible, en última instancia, no es más que un conjunto de conocimientos con el cual atribuimos sentido a la conducta humana. Y esa atribución de sentido tiene un objetivo primordial: distinguir el ámbito de lo punible del ámbito de lo no punible. Como consecuencia, la tarea de la dogmática radica en lo siguiente: sistematizar todo aquello que resulta relevante a estos efectos. Sin embargo, existe todavía un déficit importante a este respecto: es posible hallar numerosos hechos, circunstancias e institutos que, a pesar de que poseen una relevancia considerable en dicha praxis de atribución de sentido, no han sido atendidos con la profundidad que parece necesaria.

Entre esos institutos, hechos o circunstancias que adolecen de una cierta sistematización, adquieren aquí una particular importancia los comportamientos –del autor o de terceros– que tienen lugar una vez ya producido el quebrantamiento culpable

¹ SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, p. 52: la «*sistemática del delito de cuño alemán es la expresión científicamente más desarrollada de un lenguaje de la imputación*».

² PAWLIK, «La pena retributiva y el concepto de delito», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 77.

³ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 15; EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 55 ss.

de una norma de comportamiento punitivamente reforzada. En efecto, en la medida en que la dogmática moderna pretenda tomar en serio la dimensión comunicativa de la praxis punitiva, parece estar obligada a aceptar la relevancia de esos comportamientos, pues es evidente que estos pueden incidir sobre el juicio responsabilidad personal que se formula al agente. Dicho de modo preciso: toda dogmática que ponga el acento en la dimensión comunicativa de la conducta humana, parece estar obligada a hacer una distinción entre el *delito* como acontecimiento estático (el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento) y el *hecho punible* como algo dinámico (una expresión de sentido comunicativo).⁴

Sin embargo y por diversas razones, nuestra ciencia siempre ha exhibido una cierta tendencia a «*atrincherarse en el fuerte del injusto y la culpabilidad*». ⁵ Por supuesto, esto no significa que los comportamientos y circunstancias posteriores al delito constituyan un ámbito de conocimiento completamente inexplorado. De hecho, en la doctrina alemana y española existen numerosos trabajos y monografías que se han ocupado de estas cuestiones. Con la afirmación anterior, únicamente se pretende poner de manifiesto un déficit comparativo: el nivel de atención que la doctrina ha dedicado a estos comportamientos postdelictivos resulta infinitamente menor que el destinado a las categorías dogmáticas del injusto culpable. Brevemente: la dogmática no ha tenido demasiado interés en estudiar lo que sucede después del quebrantamiento culpable de una norma de conducta punitivamente reforzada. Y es ese desinterés lo que ha provocado, en una medida no despreciable, el *déficit de sistematización* de todo aquello que tiene lugar «*más allá del Rubicón de la culpabilidad*». ⁶

Precisamente en el marco de esta deficiencia, se inserta el objetivo de esta investigación. Aquí se intentará delinear, al menos en sus aspectos esenciales, un marco teórico que permita fundamentar, identificar y clasificar algunos comportamientos posteriores al delito (posteriores al quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento legítima) que pueden modificar el sentido comunicativo del hecho punible (expresión de sentido jurídico-penalmente relevante).⁷ Se trata de construir un

⁴ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción...», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, p. 20; EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático...*, 2007, p. 62; FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret* (3), 2014, pp. 1 ss.; EL MISMO, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, p. 277; WOLTER, «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, pp. 35 ss.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático...*, 2007, p. 52. En este sentido, WOLTER, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, p. 32, señala que una dogmática orientada exclusivamente al injusto culpable ha quedado obsoleta, precisamente, porque desatiende a la posibilidad, prevista por múltiples tipos de la parte especial, de pronunciar culpabilidad sin imponer pena alguna; similar, NAUCKE, «Schwerpunktverlagerung im Strafrecht», *KritV*, 1993, pp. 148 s.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático...*, 2007, p. 52.

⁷ La propuesta es tributaria del sistema bipartito, asentado en la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, formulado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 606 ss.

modelo teórico que, de modo fundado y sistemático, permita atribuir capacidad expresiva a determinados comportamientos postdelictivos. A esos comportamientos, en virtud de dicha capacidad expresiva, les asignamos aquí la categoría de «*equivalentes funcionales de la pena retributiva*» y, a partir de allí, analizamos el impacto que su realización puede producir sobre la facultad punitiva del Estado.

2. La estructura formal de la investigación

El cuerpo principal de esta tesis doctoral tiene siete capítulos, organizados en tres partes. Pero tiene también seis capítulos auxiliares, en los que se profundizan algunos detalles (o se toma parte en ciertas discusiones) que, en mi opinión, no pueden considerarse indispensables para esta investigación. Sin embargo, los contenidos allí desarrollados están estrechamente vinculados a los temas trabajados, por lo que su lectura puede ser útil para lograr una comprensión acabada de los mismos. Dado que introducirlos en el cuerpo principal entorpece el hilo conductor de la investigación, he considerado oportuno situarlos al final del trabajo y relegarlos a la categoría de capítulos auxiliares. En el cuerpo principal y momento oportuno, he incluido una pequeña llamada que remite al capítulo auxiliar correspondiente. Para facilitar la navegación a través del trabajo, estas llamadas y las referencias internas incluidas en las notas al pie de página están dotadas de un hipervínculo que conduce automáticamente al capítulo, apartado o punto correspondiente.

3. La estructura material de la investigación

La construcción de un modelo teórico sobre potenciales equivalentes funcionales de la pena solo puede tener éxito si, previo a ello, contamos con algunas herramientas teóricas y metodológicas. En efecto, una equivalencia funcional es una relación de similitud entre dos institutos con respecto a un determinado punto de referencia (se trata, en esencia, de aplicar un método comparativo). En nuestro caso, resulta obvio que este punto de referencia debe venir dado por alguna propiedad atribuida a la consecuencia jurídica que denominamos pena. Para llevar a cabo nuestro objetivo, entonces, necesitamos que la teoría de la pena nos proporcione algunas cuestiones sustanciales, pero también que el funcionalismo de las equivalencias nos aporte su particular método comparativo.

A. Primera parte

A partir de lo anterior, parece lógico destinar la primera parte de esta investigación al estudio de la teoría de la pena. Tradicionalmente, este bloque de conocimientos ha sido concebido como un debate filosófico-jurídico acerca de las *razones* por las cuales se permite al Estado aplicar, sobre un ciudadano y de forma intencional, un mal o un sufrimiento. En el Capítulo inicial de la tesis (I), pretendo poner de relieve que esa

forma de entender la «teoría de la pena» es insuficiente y, por ello, parcialmente incorrecta. Es necesario, en mi opinión, redefinir este bloque de conocimientos, ampliando su objeto. La «teoría de la pena» no es solo un debate sobre las *razones* que hacen permisible una praxis punitiva (plano justificativo); dicho debate también tiene un plano conceptual, a saber, la cuestión de cómo se construye y qué contenido tiene el *concepto* de la pena estatal. A partir de la re-definición de su contenido, se modifica también el criterio de distinción entre las diferentes posturas en materia de filosofía del castigo: lo que define a una cierta teoría de la pena es la relación que el plano conceptual mantiene con el plano justificativo. Una primera posibilidad (que denominamos «*método abstraccionista*») considera que el concepto de pena es previo e independiente a la justificación. La otra (que llamamos «*método funcional*»), pretende vincular ambos planos y construir un concepto de pena cuyo contenido es «*permeable*» a la justificación.

En el Capítulo siguiente (II), realizamos un análisis crítico de las premisas metodológicas y los resultados obtenidos por la orientación abstraccionista. Respecto de lo primero, intentaremos demostrar que la pretendida prioridad lógica del plano conceptual en relación con el plano justificativo, no es más que una ilusión teórica. Respecto de lo segundo, pondremos en evidencia que un concepto funcionalmente aséptico de pena estatal (de contenido «valorativamente neutral») tiene poca capacidad de rendimiento para la ciencia penal. Nos inclinamos, entonces, por la segunda de las alternativas mencionadas, estableciendo los lineamientos básicos de una perspectiva funcional para la construcción del concepto de pena. En consecuencia, dicho concepto no puede considerarse lógicamente previo ni tampoco independiente de la justificación de la praxis punitiva. El contenido del concepto, entonces, se vuelve relativo a la justificación: la función forma parte del concepto de la pena estatal.

A partir de las premisas obtenidas, el Capítulo siguiente (III) resume los lineamientos centrales de la teoría de la pena retributivo-comunicativa que en esta investigación se defiende.⁸ Para ello, siguiendo el método de la reconstrucción racional de los conceptos, se distingue entre la acción punitiva –como objeto de referencia del plano justificativo– y el concepto de pena –como producto o construcción dogmática–. Una vez delimitado el objeto sobre el que versa el debate justificativo, se desarrollan los lineamientos centrales de una teoría retributivo-comunicativa de las acciones punitivas. Esto nos permitirá obtener los contenidos necesarios para proceder, en un ulterior paso, a la construcción del concepto funcional de la pena retributiva. En dicho concepto, los contenidos quedarán ordenados bajo una estructura trimembre, compuesta por un principio regulador de sentido (el merecimiento), un conjunto de propiedades (fenoménicas o normativas) y una prestación retributiva (la confirmación dinámica del

⁸ Adviértase que, en la medida en que se propone trabajar con un concepto de pena rico en contenido valorativo, no se habla aquí de una «teoría retributiva de la pena», sino de una «teoría de la *pena retributiva*».

Derecho). Finalmente, cerramos la primera parte poniendo de relieve la mayor capacidad de rendimiento que posee este concepto; entre otras cosas, porque hace particularmente fructífera la búsqueda de equivalentes funcionales de la pena (retributivo-comunicativa).

B. Segunda parte

La segunda parte de la investigación se compone de un Capítulo único (IV) que abarca dos bloques de contenido. Con el desarrollo del primer bloque, pretendemos obtener algunas herramientas metodológicas. Para ello, es indispensable realizar algunas consideraciones sobre la idea de función, el funcionalismo de la causalidad y el método comparativo del funcionalismo de las equivalencias. En el segundo, nos abocamos a la construcción de un modelo teórico sobre equivalentes funcionales de la pena retributivo-comunicativa. Un paso preliminar consiste en hacer un breve estado de la cuestión para poner de relieve cómo se incorporó la idea de «equivalentes funcionales» al Derecho penal y, en especial, el posterior desarrollo que ha tenido. Esto nos proporcionará algunos elementos teóricos que, junto con las herramientas metodológicas del primer bloque de contenido, constituyen la base sobre la que comenzaremos a edificar nuestra propuesta. Nos encontramos aquí con el punto bisagra de la investigación, pues el concepto funcional de pena retributiva (obtenido en la primera parte) se combina con el método comparativo del «*funcionalismo de las equivalencias*» para dar lugar a la construcción de una teoría general sobre los equivalentes funcionales de la pena retributiva. En este modelo, se utilizan tres criterios generales para identificar comportamientos (posteriores a la comisión de un injusto culpable) con posible capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible. Una vez identificados esos comportamientos, el Capítulo cierra con un esquema de clasificación de los mismos y una posterior selección (fundada) de tres potenciales candidatos, cuyo análisis detallado tendrá lugar en la tercera parte.

C. Tercera parte

En la tercera y última parte del trabajo, pondremos a prueba la capacidad de rendimiento del modelo. Para ello, hemos seleccionado tres institutos concretos: el desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la atenuante genérica de confesión. Lo que impulsa su candidatura es, por un lado, que todos ellos constituyen comportamientos voluntarios del propio autor y, por tanto, con buenas chances para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible. Por otro lado, y en virtud de sus características diversas, esa selección nos provee un buen campo de pruebas para analizar la capacidad de rendimiento del modelo. En efecto, nos encontramos con equivalentes funcionales totales y parciales (respecto del deber de soportar la punición),

con alcance general y particular (respecto de las figuras delictivas a las que se aplican), y con o sin similitud estructural (respecto de las acciones punitivas).

El Capítulo V está dedicado al desistimiento de la tentativa. Luego de delimitar la problemática fundamental a la que nos enfrenta el instituto (la impunidad de la tentativa ya ejecutada), se organizan dos ámbitos de consideraciones para dar respuesta a esa problemática. En primer término, dirigimos nuestra atención al injusto culpable de tentativa. Se distingue aquí entre dos clases de injustos cualitativamente diferentes: tentativas perfectas e imperfectas. Esto nos permite delimitar el campo de aplicación del desistimiento: se trata de un instituto interno a la tentativa imperfecta, pues dicho injusto culpable supone el quebrantamiento de una norma de comportamiento cuya legitimidad es «retributivamente precaria». En segundo término, se afronta la cuestión de su naturaleza jurídica y ubicación sistemática. En esta investigación, el desistimiento es un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción; un comportamiento posterior a la tentativa imperfecta y funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva por su previa comisión. A partir de aquí, focalizamos nuestra atención en analizar, con cierto detalle, el impacto que esta idea produce sobre los requisitos del desistimiento. Finalmente, el Capítulo cierra con un análisis sobre la posibilidad de considerar el comportamiento posterior a la tentativa perfecta (pero previo a la producción del resultado lesivo) y la conducta posterior a la consumación, como potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Esto permite dar curso al estudio del siguiente instituto.

En el Capítulo VI analizamos la regularización tributaria, un instituto que, si bien proviene del Derecho Tributario, posee una relevancia significativa en la praxis punitiva. Nuevamente, se distingue aquí entre dos ámbitos de consideraciones. En primer lugar, afrontaremos aquellas cuestiones referidas al delito de defraudación tributaria, lo cual nos permitirá advertir el carácter «interno a la defraudación» de este instituto. En este sentido, afirmaremos que la punibilidad condicionada de este delito es consecuencia del déficit de legitimidad retributiva del que adolece la norma de conducta quebrantada por el autor de la defraudación tributaria. En segundo lugar, dirigimos la mirada a la regularización tributaria. Se identifican aquí los requisitos estructurales de del instituto y la problemática que su incorporación al sistema punitivo genera, a saber: un uso descontrolado del instituto produce un efecto corrosivo sobre la función prospectiva de la norma de comportamiento. Luego, se realiza un análisis crítico sobre el estado de la cuestión doctrinal relativo a la naturaleza jurídica y el fundamento de la regularización tributaria. El objetivo aquí es poner de relieve las deficiencias teóricas y el carácter insatisfactorio de las consecuencias dogmáticas a las que llegan los modelos al uso. A partir de allí, delineamos nuestra hipótesis alternativa: la regularización tributaria constituye un comportamiento posterior a la consumación material del delito, materialmente distinto pero funcionalmente equivalente al deber de soportar la punición

por la previa defraudación. Si estamos en lo cierto, encontraremos dos ventajas importantes: por un lado, podremos hacer una interpretación coherente y sistemática de sus requisitos; por otro, limitaremos de modo racional y fundado su ámbito de aplicación, evitando el efecto corrosivo antes mencionado. El Capítulo cierra con un breve excursus sobre la (mal) llamada «regularización tardía», cuyo único objeto es poner de manifiesto que, el fundamento de dicha atenuante, no puede equipararse al de la regularización tributaria ni tampoco emparentarse al instituto de la confesión.

El Capítulo VII cierra la investigación con el análisis de la atenuante genérica de confesión. Para ello y en primer lugar, debemos delimitar el objeto de estudio: se traza aquí una distinción fundamental entre la dimensión procesal y la dimensión sustancial de la confesión. En este Capítulo, solo nos ocupamos de esta última, esto es, de analizar el comportamiento postdelictivo y supererogatorio que da lugar a una atenuante extrínseca al injusto culpable. Una vez delimitado el objeto de estudio, en segundo lugar, se hace un análisis crítico del fundamento utilitario sobre el que la doctrina mayoritaria asienta el efecto atenuante de la confesión voluntaria. Frente a ello, formulamos nuestra propuesta alternativa: la confesión puede considerarse un equivalente funcional de la pena retributiva, en la medida en que se trata de un comportamiento con capacidad para afectar la dimensión comunicativa del hecho punible. Por último, se extraen las consecuencias sistemáticas que esto genera hacia el interior del instituto (sus requisitos y el grado de equivalencia funcional) y las repercusiones que produce sobre la atenuante analógica y la «confesión involuntaria».

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

«LO ABSOLUTO» Y «LO RELATIVO» EN LA TEORÍA DE LA PENA

*«Die Unterscheidung würde zuerst gemacht von C. Sal. Zachariä [...] durch „System der relativen Strafgerechtigkeit“ dasjenige bezeichnet, welches „des Zweck der Strafe als notwendiges Merkmal in den Begriff derselben [...], und durch „System der absoluten Strafgerechtigkeit“, dasjenige, „nach welchem in den Begriff der Strafe schlechterdings nicht das Merkmal von einem Zweck derselben aufgenommen wird [...].“»**

V. WÄCHTER, *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht.*
1877.

* «La distinción fue realizada inicialmente por C. Sal. Zachariä [...], a través de la descripción de, por un lado, el llamado «sistema de legitimación relativo de la pena», en el que la finalidad de la pena constituía una necesaria característica del concepto mismo [...]; y, por el otro, el llamado «sistema de legitimación absoluto de la pena», en el que la finalidad del objeto de ninguna manera puede quedar incluida entre las características de su concepto [...]».

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de la justificación del castigo, es un lugar común en la doctrina comenzar señalando lo siguiente: estamos ante un tema que ha sido motivo de indagación filosófica desde la antigua Grecia. Al margen de la escasa utilidad que presenta este dato para el estado de la discusión actual, creo que puede servir para formular una advertencia al lector: estamos ante un asunto complejo y debe situar en un nivel razonable sus expectativas. La advertencia es especialmente importante en esta primera parte de la investigación, pues nuestro interés principal no está en debatir el contenido sustancial de las diferentes posturas para la justificación del castigo. Desde otro lugar, mi pretensión es aportar una nueva perspectiva sobre el problema, más bien metodológica, que intentará poner de relieve algunas cuestiones sobre las que, según creo, no se ha reflexionado lo suficiente todavía.

En el ámbito del Derecho penal, cuando uno se acerca al bloque de conocimientos que llamamos «*teoría de la pena*», advierte rápidamente dos cosas. La primera tiene que ver con una cuestión de contenido: la teoría de la pena se concibe, tradicionalmente, como un debate filosófico-jurídico acerca de las *razones* que justifican –en el sentido de hacer permisible– que el Estado pueda infligir, sobre un ciudadano y de forma intencional, un mal o sufrimiento específico. La segunda es más bien metodológica: para dar cuenta de ese debate, generalmente se distingue entre teorías *absolutas* y *relativas* de la pena. Sin embargo, veremos luego en detalle, la capacidad de rendimiento de esa clásica taxonomía, hace tiempo, viene siendo fuertemente cuestionada por la doctrina.

En este primer Capítulo de la investigación, pretendo poner de relieve que las dos cuestiones mencionadas en el párrafo precedente se encuentran intrínsecamente relacionadas. Para ser más precisos: tomando como punto de partida el análisis crítico de esa clasificación tradicional, me propongo mostrar que las deficiencias que afectan a la cuestión metodológica también han producido efectos perniciosos sobre la cuestión sustancial. En concreto: entender a la «*teoría de la pena*» como un debate exclusivamente ceñido a las *razones* que hacen permisible la aplicación de un sufrimiento intencional, es incorrecto; y en esa comprensión restrictiva de la teoría de la pena, mucho ha tenido que ver la clásica taxonomía mencionada.

Para esta tarea, el Capítulo ha sido dividido en tres bloques de contenido. Dado que el punto de partida puede situarse en la apreciación crítica de la clasificación tradicional, el Apartado II bien podría considerarse una antesala conceptual. En efecto, aquí solo se proporciona una breve exposición sobre las líneas argumentales en pugna que, a principios del siglo XIX, cristalizaron en la clasificación tradicional. Esta breve exposición se estructura con base en tres hitos históricos de la filosofía del castigo: el

predominio del pensamiento preventivo, la irrupción del racionalismo valorativo-kantiano, y la posterior sistematización jurídica realizada por FEUERBACH.

Una vez puestos en materia, dedicamos el Apartado III al análisis crítico de la clasificación tradicional que distingue entre teorías *absolutas* y *relativas* de la pena, poniendo de relieve su escasa capacidad de rendimiento (actual e histórico). Para ello, se comienza por aclarar el *origen* de esa taxonomía, así como también los *criterios* con los que la doctrina califica a una posición como partidaria de una teoría absoluta o relativa (1). A partir de aquí, se resumen las principales objeciones que se han formulado contra esta clasificación (2); en concreto, su carácter *insuficiente* (2.1) e *inexacto* (2.2). Por último, haremos foco en un aspecto crítico que, hasta ahora, ha sido mayoritariamente desatendido. Detrás de esta clasificación, en los términos en los que es tradicionalmente concebida, se esconde una velada toma de posición restrictiva del contenido de la «teoría de la pena» en su conjunto; y esto es lo que, en mi opinión, resulta verdaderamente problemático (2.3).

Utilizando como disparador la última de las críticas mencionadas, el Apartado IV propone una perspectiva metodológica alternativa para trabajar en el marco de la teoría de la pena. En concreto, propone redefinir este bloque de conocimientos de modo tal que se amplía su objeto: la teoría de la pena no es (solo) un debate sobre las *razones* que justifican el ejercicio del *ius puniendi* (plano justificativo), sino también acerca de cómo se construye el *concepto* de la pena estatal (plano conceptual). La clasificación entre las diversas posturas, por tanto, debe hacerse en función de la clase de vínculo que existe entre ambos planos.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. El predominio del «*ne peccetur*»

A pesar de las imprecisiones que le son propias a la historia antigua, todo indica que en la filosofía griega pueden hallarse, ya delineados, dos modelos distintos de justificación del castigo: «*punitur, quia peccatum est*» vs. «*punitur, sed ne peccetur*». Como es sabido, la doctrina atribuye a ARISTÓTELES cierta preferencia del primero por sobre el segundo: para este filósofo, el vínculo entre delito e imposición de la pena se asienta sobre la idea de *justicia correctiva o compensatoria*; esto significa: delito y pena serían magnitudes conceptuales que deben ser *compensadas*.⁹ La línea contraria, generalmente se reconduce a PROTÁGORAS: quien castiga con razón, no lo hace por la injusticia pasada «*pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro,*

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1993. Véase al respecto, v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht, t. I*, 1925, § 21, III.3., p. 462; PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, pp. 81 ss.; EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2006, pp. 18 ss. y 54 ss. La retribución es, en Aristóteles, un principio general e igualador de justicia que, como tal, no solo se aplica al castigo, sino a toda consecuencia jurídica que se conceptualice como reacción frente a la realización de actos injustos.

para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias». ¹⁰ En esta dicotomía, la segunda línea parece haber tenido una salida airosa, dando paso al clásico aforismo latino «*nemo prudens punitur quia peccatum est, sed ne peccetur*».

Según el análisis que propone HASSEMER, ¹¹ el aforismo puede descomponerse en tres partes distintas: [a] El *nemo prudens punit* (nadie que sea prudente castiga a otro), literal e individualmente considerado, constituye la propuesta de un mundo que, *prima facie*, resulta significativamente mejor que el actual. En ese mundo, se habría logrado eliminar cualquier forma de castigo y, por supuesto, «¿quién no querría un mundo sin castigos?». ¹² [b] El *quia peccatum est* (porque se ha pecado), siempre según HASSEMER, nos dice más de lo que la propia frase aparenta. Desde un punto de vista positivo, es cierto que la afirmación nada dice acerca de las razones por las cuales se castiga. Pero desde un punto de vista negativo, la frase dice mucho acerca de la vinculación que la justificación del castigo mantiene con el hecho cometido: *ninguna*. El *peccatum* forma parte del pasado (lo que está detrás de nosotros) y resulta completamente irrelevante para la justificación de la actividad punitiva. [c] El *sed ne peccetur* (sino para que no se peque), completa la fórmula: el castigo, en definitiva, solo debe aplicarse en la medida en que nos garantice un bienestar futuro.

El debate antiguo fue retomado, luego de la Edad Media, por el iusnaturalismo racionalista del siglo XVI. De hecho, en una contribución decisiva, GROCIO matizó el antagonismo, distinguiendo entre la razón *real* y la razón *jurídica* para la imposición del castigo. ¹³ Conforme con esta distinción, la existencia de un *derecho subjetivo* (natural) a castigar, solo puede derivarse de la previa comisión de un hecho delictivo; esa es la razón *real* del castigo. ¹⁴ Sin embargo, *el ejercicio* de esa facultad, para ser *legítimo*,

¹⁰ La traducción ha sido tomada del texto disponible en <http://www.filosofia.org/cla/pla/protbil.htm>, N° 324ª. El texto pertenece a una cita que Platón atribuye a Protágoras en un diálogo de oposición a la defensa que de la posición contraria haría Sócrates. Similar, JAKOBS, «La pena estatal: significado y finalidad», en JAKOBS *et al.*, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (Estudios de Derecho penal funcionalista)*, 2006, p. 15; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, 2014, p. 2.

¹¹ HASSEMER, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, 2016, pp. 47 ss.

¹² HASSEMER, *¿Por qué castigar?...*, 2016, p. 48. Pese al atractivo melódico de la propuesta, es fácil advertir –como también lo hace este autor– que una eliminación de toda instancia sancionatoria no constituye una propuesta plausible, al menos no en el estadio de desarrollo que exhiben las sociedades modernas occidentales. Tal modo de vida –asentado sobre el perdón incondicionado– se presenta como una configuración normativa inexistente y sin capacidad de rendimiento para ofrecer orientación alguna en cualquier sociedad actual. En otras palabras, si se afirma que la aplicación de la pena es completamente irrazonable, necesariamente debe aceptarse la posibilidad de existencia de un mundo social racional sin su existencia. Modestamente, creo que la capacidad de esta propuesta para ofrecer posibilidades de orientación real en la práctica del contacto social actual, es nula.

¹³ Véase la exposición de JAKOBS, en EL MISMO *et al.*, *Función de la pena...*, 2006, pp. 15 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, pp. 5 ss.

¹⁴ Este componente reactivo parece dotar al propio concepto de la pena de un tinte retributivo: que la «*poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis*», de hecho, es algo reconocido de forma unánime por cualquier teórico de la pena. Sobre el particular, véase Capítulo III, Apartado II, punto 2 (p. 84).

debe contar también con una *razón jurídica* que, según el autor, solo puede venir dada por una *finalidad útil*.¹⁵ Al margen de la mayor o menor simpatía que se tenga con la distinción conceptual de base,¹⁶ ahora interesa destacar que, a partir de este momento, la justificación de la práctica punitiva –si bien no distinguía todavía entre fines preventivos generales y especiales–¹⁷ estuvo gobernada de forma prácticamente ininterrumpida por una racionalidad *estratégico-instrumental*.

Según creo, el predominio de esa clase de argumentación se debe a dos razones fundamentales. Por un lado, la justificación preventiva posee, efectivamente, una mayor capacidad retórica: «*mientras que el “ne peccetur” es capaz de expresar plásticamente el núcleo de fundamentación de la teoría preventiva, el “quia peccatum est” resulta, en ese sentido, descolorido*». ¹⁸ Por el otro, dicha justificación resulta enteramente compatible con la teoría del Estado que, inspirada también en una racionalidad estratégico-instrumental, sostenía el movimiento contractualista del siglo XVII. Mejor dicho: el hecho de que la teoría del Estado haya sido sostenida sobre la base de argumentos estratégico-instrumentales, constituye el germen intelectual de la justificación preventivista del castigo estatal.¹⁹

El contractualismo iusnaturalista (representado por HOBBS, LOCKE –en el siglo XVII– y ROUSSEAU –en el siglo XVIII–) constituye, como es sabido, una línea de pensamiento que

¹⁵ En GROCIO, una pena sin utilidad no solo se encontraría prohibida por el Derecho positivo estatal, sino también ya por cualquier ordenamiento jurídico natural que pretenda tener validez racional. Véase, con mayores referencias, JAKOBS, en EL MISMO *et al.*, *Función de la pena...*, 2006, p. 17.

¹⁶ Distinguen también entre motivo real y razón jurídica, PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 80; LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 21: «*reina unanimidad en que la pena, al menos de acuerdo con su concepto, es retribución a algo que ya ha sucedido [...]; por ello, el fundamento real de la pena esto es, la culpabilidad] reposa en el pasado, aunque su fundamento final [...] se encuentre referido al futuro*». Sin embargo, como veremos luego, la cuestión no se soluciona al reconocer que, en su concepto, la pena *es retribución* para luego defender una teoría *preventiva* acerca de los fines que justifican su utilización. Esto es más bien una trampa argumental que consiste en erigir a la retribución como presidente honorario del concepto para, luego, permitir que la prevención domine la discusión justificativa. En detalle, Capítulo II, Apartado II, punto 3 (p. 51).

¹⁷ En este sentido, SCHÜNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal», *ADPCP* (49-I), 1996, p. 191, refiere que: «[...] *la teoría de la pena de la Ilustración en realidad consistía en una mezcla de consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales en contra de las que se dirigía precisamente la polémica de Kant en su Metafísica de las costumbres*». Una cita de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2015, § 12, puede aportar un resumen de este confuso estado de la cuestión en relación a los fines asignados al castigo: «[el] *fin, pues, no es otro, que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas, y aquél método de imponerlas, que guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo*».

¹⁸ PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 81.

¹⁹ Al respecto, fundamental, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1982, p. 26. En esta línea, lleva razón BETEGÓN, *La justificación del castigo*, 1992, p. 28, cuando destaca la importancia reformista que tuvo la segunda mitad del siglo XVIII para la cuestión penal, siendo esos años constitutivos de la etapa histórica en la que fecunda el germen que garantizó la larga vigencia de las teorías preventivas de la pena.

sintetiza la corriente política del individualismo con el racionalismo filosófico y los intereses económicos de la burguesía incipiente de la época. En lo tocante a la teoría del Estado, estos autores adoptaron una hipótesis de partida común: la celebración de un pacto o contrato social constituye –por antonomasia– la herramienta que permite al hombre escapar del estado de naturaleza e ingresar en la civilización. Puede decirse, entonces, que GROCIO,²⁰ LOCKE²¹ y HOBBS²² compartían una misma estructura argumental: una racionalidad estratégica-instrumental. Sin embargo, los acuerdos entre estos autores no llegaron mucho más allá de este presupuesto contractualista: las posiciones mantenidas en relación a las características del estado de naturaleza previo, así como respecto de los rasgos esenciales de la sociedad civil (a la que se daba lugar con el contrato) son ampliamente heterogéneas.²³

2. KANT: de la racionalidad estratégica a la racionalidad axiológica

El predominio de la racionalidad estratégica-instrumental y la orientación preventiva de la filosofía del castigo que le es propia, se mantuvieron incólumes hasta que, casi un siglo después, irrumpió el pensamiento kantiano.²⁴ Dejando de lado la mayor o menor

²⁰ GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz*, 1925, t. I, p. 15 y 16: «[...] la utilidad se añade al derecho natural: porque quiso el autor de la naturaleza que estuviéramos solos y fuéramos débiles y necesitados [...] a fin de obligarnos más a procurar la sociedad, y la utilidad dio ocasión al derecho civil; porque esa comunidad o sujeción que dijimos comenzó a establecerse por razón de alguna utilidad».

²¹ LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 1969, p. 93, afirma que la única razón por la cual el hombre estaría dispuesto a renunciar a su absoluta libertad y someterse a la autoridad del gobierno civil, se asienta en el hecho de que, en el estado de naturaleza, no puede garantizarse que sus derechos no sean atropellados por otros hombres.

²² Si bien es cierto que los presupuestos filosóficos de partida de cada uno son distintos, sus argumentaciones y conclusiones en materia de filosofía del castigo poseen una misma naturaleza consecuencialista. En efecto, a pesar de la inexistencia de un orden normativo previo y la imposibilidad de existencia conceptual del delito fuera de las normas estatales, en HOBBS, el estado de naturaleza no está completamente ausente de reglas: existen, al menos, *reglas de prudencia* que son útiles a la supervivencia del individuo. Y entre esas reglas, se cuenta aquella según la cual deben omitirse, siempre, las penas que no presenten utilidad alguna de cara al futuro. En palabras del autor, según la regla de naturaleza séptima: «[en] la venganza (esto es, la retribución de un mal por otro mal) no se debe observar la magnitud del mal pasado sino la magnitud de lo bueno por venir. De aquí se deriva la prohibición de castigar con cualquier otra intención que no sea la mejora del ofensor o la dirección de otras personas»; HOBBS, *Leviathan: or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651, p. 117.

²³ Si el estado de naturaleza es histórico o imaginado o si se caracteriza por ser belicoso o pacífico, no es algo sobre lo que pueda predicarse precisamente acuerdo entre los filósofos de la Ilustración. Mientras que en HOBBS el estado de naturaleza se caracteriza por una situación de caos y lucha permanente, LOCKE ve en ella un estado de libertad e igualdad absoluta, pero insuficiente. Del mismo modo, el sistema político absolutista pero limitado al que daría lugar el contrato social de origen hobbsiano difiere, en esencia, del sistema contractualista democrático sostenido por ROUSSEAU. Véase, con mayores referencias, CORTINA ORTS, «Estudio preliminar», en KANT, *La Metafísica de las costumbres*, 1989, p. LIX.

²⁴ Sobre la posición kantiana como oposición intelectual frente a la tradición sostenida por la Ilustración, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 11, haciendo alusión a la «irrupción del pensamiento kantiano»; SCHÜNEMANN, *ADPCP* (49-1), 1996, p. 191; recientemente, MAÑALICH, «Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres», *Revista de ciencia política*

relevancia de sus aportes, es ampliamente reconocido que la obra de KANT representa una crítica axiológica al modelo preventivo, cuya meta declarada era erradicar los amplios excesos punitivos en los que estaba incurriendo el Estado.²⁵ La fuerza de sus críticas fue tan grande que, en gran medida, es lo que ha conservado vigente hasta hoy su filosofía del castigo.²⁶ Cualquier teoría actual sobre la pena estatal debe sortear –en mayor o menor medida– los «*test de racionalidad axiológica kantiana*»: la prohibición de instrumentalización del hombre y la necesaria existencia de un baremo para la determinación de la pena (que la vincule con el hecho delictivo en virtud de cuya comisión se impone).²⁷

Sobre el contenido y la interpretación de estos principios en el sistema filosófico kantiano, no entraremos aquí en detalle.²⁸ A los fines pretendidos, nos basta con poner de manifiesto el espíritu crítico de su obra. Para KANT, una justificación de la pena exclusivamente asentada en un concepto de racionalidad *estratégico-instrumental*, representa el producto de una aplicación errónea del empirismo teórico a las ciencias del espíritu. En efecto, esta perspectiva concibe a la pena estatal como una *mera habilidad técnica* que extrae sus fines de la naturaleza y, por tanto, necesita asentarse en una *antropología empírica*. Y es allí donde radica el germen de su disonancia armónica con la idea de justicia que, en definitiva, dio lugar a los excesos estatales en perjuicio del individuo. Su principal aporte crítico consiste, entonces, en haber demostrado que las teorías «*ilustradas*» de la pena se han mantenido dentro del ámbito de lo *cognitivo*

(38-3), 2018, pp. 507 ss. Los postulados introducidos por KANT en el contexto filosófico previamente reseñado, si bien no pueden dejar de reconocerse como una expresión también perteneciente al movimiento contractualista de la época, aparecen como algo de naturaleza extraña, con algunos matices completamente diferentes a esa perspectiva. Véase a continuación el texto.

²⁵ Sin embargo, como afirma JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 25, sería algo temerario –e incluso incorrecto– entender la posición de Kant como un simple intento de objetar las premisas utilitaristas de la pena. Sobre ello *infra*, puntos 1.2 y 3.1. En detalle, Capítulo A-II (pp. 459 ss).

²⁶ Es posible que sea ese particular tono radical de sus críticas lo que, en definitiva, genera que algunos de sus planteamientos (tal y como han sido expuestos) resulten incoherentes con otros de sus propios postulados. Sobre el particular, con mayores referencias, Capítulo A-II (pp. 459 ss).

²⁷ Conforme con ello, si se procede de forma estratégico-utilitaria y se castiga al autor en mayor medida de lo merecido, la persona resulta confundida con el objeto de los derechos reales y pierde la personalidad innata que siempre debe mantener; PÉREZ DEL VALLE, «Poena forensis y retribución», *InDret* (3), 2020, pp. 218 ss. Sobre el imperativo categórico que prohíbe la instrumentalización del hombre, JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 28, señala que tal prohibición, «*aunque no se pueda entender como absoluta, sí que ha tenido una amplia aceptación*»; GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, p. 135, la califica de “irrenunciable”, «*precisamente porque puntualiza la idea de que, en el trato que le da a las personas, el Estado siempre tiene que tratarlas como tales*».

²⁸ Véase GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 129 ss.; JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, pp. 28 ss.; MAÑALICH, *Revista de Ciencia Política* (38-3), 2018, pp. 507 ss.; PÉREZ DEL VALLE, *InDret* (3), 2020, pp. 218 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2017, pp. 256-257.

natural (del *homo phaenomenon*) y, como consecuencia, les hace falta un «*hervor normativo*».²⁹

La solución, para KANT, consiste en liberar al Derecho penal de la subordinación que padece respecto de esos fines instrumentales. Por eso, su propuesta pretendió cambiar el núcleo argumentativo, eliminando la perspectiva empírica en la que se asentaba la racionalidad técnica e inaugurando, con ello, una nueva visión filosófica sobre los cimientos de una perspectiva normativista y *axiológicamente* vinculada;³⁰ en palabras de JAKOBS:

*«Kant sustituye el principio cognitivo “¿cómo conducir a los individuos” por el principio normativo “¿qué se merece una persona?”, consiguiendo con ello un concepto de pena en el que [quien] sufre el castigo queda transformado de un objeto de tratamiento orientado estratégicamente en un sujeto que “no tiene más remedio que confesarse a sí mismo que se le ha tratado correctamente y que su destino es completamente adecuado a su comportamiento”».*³¹

Para llevar cabo ese cambio de perspectiva, KANT escindió dos cuestiones que tradicionalmente estaban unificadas: *el fundamento jurídico* y *la cuestión regulativa* del Estado.³² Mientras que *la idea de regulación* (administración) del Estado puede efectivamente reconducirse a la teoría del contrato social, su *fundamento jurídico* no puede ser explicado de esa forma. Para KANT, el fundamento del Estado se asienta en una pura necesidad racional, de carácter *axiológica* y *no-instrumental*: el ingreso del hombre a la sociedad civil no es el producto de un contrato social inspirado en la mera conveniencia individual, sino más bien un mandato de toda razón que busca la realización de la libertad. Brevemente: la legitimación de la existencia del Estado no tiene como fundamento último la mera protección de lo mío ni de lo suyo, sino que constituye el único mecanismo viable para la materialización de la libertad real.³³

En el estado de naturaleza no existen límites a la arbitrariedad, por lo que cada individuo estaría sujeto a la coacción exterior de los demás. Como consecuencia, cada individuo se

²⁹ JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 21.

³⁰ BETEGÓN, *La justificación...*, 1992, p. 29; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 12.

³¹ JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, pp. 25-26.

³² En KANT, «[El] contrato social es la regla y no el origen de la constitución estatal. El contrato social no es el principium de la fundamentación del Estado, sino el de la administración del Estado y contiene el ideal de la legislación, del gobierno y de la justicia pública». En este sentido, se ha afirmado que, en el sistema kantiano, «la idea de contrato sirve como modelo de perfección para sistematizar la experiencia, porque no está destinada a constituir la, sino a regularla». Véase, CORTINA ORTS, en KANT, *La Metafísica...*, 1989, p. LXIII. Aludiendo también a la «concepción del contrato social en cuanto idea regulativa de la razón práctica», BETEGÓN, *La justificación...*, 1992, p. 24. Haciendo hincapié en estas particularidades, SCHÜNEMANN, *ADPCP* (49-1), 1996, p. 192 y nota 14, afirma que la idea de contrato se encuentra en un segundo plano en el idealismo alemán, lo cual queda en evidencia cuando se observa la polémica mantenida entre KANT y BECCARIA.

³³ CORTINA ORTS, en KANT, *La Metafísica...*, 1989, p. LXI y nota 113.

vería obligado a dañar a los demás para subsistir y, en ese esquema, ninguno de ellos podría ser verdaderamente libre. Dado que la libertad es la condición necesaria e indispensable para el desarrollo de la moralidad, la ausencia de libertad no permitiría al individuo cumplir con el imperativo categórico de mejorar moralmente. Por tanto, el abandono del estado de naturaleza e ingreso en el estado civil constituye, para KANT, el único medio al alcance de los hombres que les permitiría el cumplimiento de su deber de no dañar a otro y, de esa forma, es el primer paso en la materialización de la libertad y la moralidad.

Una vez sustituido el concepto de racionalidad estratégica por el de racionalidad axiológica (una racionalidad inspirada en principios valorativos), las razones que justifican la práctica punitiva adquieren, lógicamente, una estructura distinta. La correcta aplicación de la *poena forensis* no solo requiere que «antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho... [el autor] tiene que haber sido juzgado digno de castigo»³⁴, sino también que, una vez encontrado digno de castigo, su imposición se materialice sin consideración alguna respecto de la utilidad futura. En resumen: KANT puso de relieve que, pese al atractivo melódico de la fundamentación preventiva del castigo, anida en su seno una obscena falta de consonancia armónica con la justicia. De la mano de sus ideas, la racionalidad estratégico-instrumental que había cristalizado previamente en el aforismo «*nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*», comenzaba a ser acorralada.

3. La sistematización de FEUERBACH

FEUERBACH se define a sí mismo como alguien nutrido en el espíritu kantiano y, de hecho, sus aportes teóricos tienen numerosos puntos de contacto con la filosofía jurídica de KANT.³⁵ En primer lugar, [a] ambos coinciden respecto de la finalidad de la existencia del Estado (asegurar las condiciones externas de la libertad recíproca de los ciudadanos);³⁶ en segundo lugar, [b] FEUERBACH también participa de la concepción dualista del hombre (inicialmente inaugurada por DESCARTES);³⁷ y, por último, [c] el

³⁴ KANT, *La metafísica...*, 1989, p. 166.

³⁵ FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts*, p. XXV ss.: «[nadie] puede venerar al sabio de Königsberg más fervientemente que yo, ni reconocer con más profunda gratitud los méritos que este gran pensador ha adquirido para la filosofía y la humanidad, para el mundo y la posteridad». La cita ha sido tomada de GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 44, nota 22.

³⁶ El paso del estado de naturaleza al estado civil, tampoco para Feuerbach se justifica por razones de prudencia, sino que, en verdad, se trata del mecanismo para la materialización de la libertad. Sobre la similitud del concepto de Estado en FEUERBACH y KANT, véase GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 42. Remarca las diferencias entre ambos autores, NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, pp. 64 y ss.

³⁷ Brevemente, se sostiene que el hombre posee una doble esencia: es parte del mundo de los sentidos, en el que reina la causalidad (dimensión fenomenológica); pero también es parte del mundo de las normas e ideas, donde reina la libertad (la dimensión nomológica). En cuanto existencia física, el *homo phaenómeno* es parte del mundo fenomenológico dominado por la causalidad y aquí, por definición, no existe espacio para la libertad. Cada acción humana podría explicarse recurriendo a los impulsos y

penalista introdujo una estructura de análisis en esta materia que, a decir verdad, se asienta en una famosa distinción metodológica kantiana, a saber: la distinción entre el «concepto de pena» y las «finalidades y fundamentos» que justifican o legitiman la punición.

Con base en esta distinción, el primer paso de FEUERBACH será determinar los límites conceptuales de este «objeto de estudio». Para ello, afirma que el teórico de la pena debe procurar obtener una definición real o *esencialista* del objeto, pues entiende que «[el] interés científico exige necesariamente que [el hombre de leyes] describa el objeto según su verdadera esencia, de forma completa y con total pureza...».³⁸ Sin embargo, esta pretensión a nivel conceptual ha sido calificada, en primer lugar, como algo metodológicamente desacertado;³⁹ un error originado en ciertos resabios del «pensamiento esencialista» que todavía se encontrarían presentes en FEUERBACH.⁴⁰ En segundo término y desde un punto de vista sustancial, lo cierto es que este autor tampoco proporciona una definición de pena muy diferente a las ya reconocidas por la doctrina mayoritaria de la época. En efecto, se limitó a señalar que la *ratio essendi* del concepto se asentaba en una concreta propiedad fenomenológica: se trata de un *mal sensorial* que el poder supremo (representado en la sociedad civil) impone a un sujeto en razón de «[...] haber cometido acciones contrarias a la ley y, precisamente, solo por esto».⁴¹ Una vez definida la pena como un mal sensorial-retributivo, el segundo paso consiste en precisar las condiciones que habilitan el uso legítimo de ese objeto por parte

motivos que a su vez pueden explicarse recurriendo a otros fenómenos, en una cadena causal infinita. Sin embargo, como *homo noumenon*, el hombre también vive en un mundo que se encuentra más allá del tiempo y del espacio, en el que no reina la causalidad sino la libertad. El hombre se encuentra así, «con cada uno de sus pies en diferentes mundos: como *homo phaenomenon* [...] él está determinado; y como *homo noumenon* [...] él es libre»; GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 49.

³⁸ FEUERBACH, «Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede», en LÜDERSSEN (hrsg.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1968, pp. 61 y ss.

³⁹ Como veremos luego, una estrategia esencialista podría ser metodológicamente válida para ciertos objetos de las ciencias naturales. Sin embargo, esto no puede aplicarse, de igual modo, a los conceptos jurídicos. Dicho de otro modo, los conceptos jurídicos no poseen una existencia previa a la teoría que los formula y utiliza. Al respecto, con mayores referencias, Capítulo II, Apartado II, punto 2.2 (pp. 48 ss.); véase también SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 44 y ss.; ATRIA, *La forma del Derecho*, 2016, p. 142.

⁴⁰ En particular, GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 210, ha afirmado que: «[...] el error básico de la metodología de Feuerbach [es] [...] servirse [...] de una definición ingenua y esencialista [...] es decir, intentar definir la esencia del objeto de estudio».

⁴¹ La definición ha sido tomada de GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 45. Tal como veremos luego (Capítulo II), no resulta sorprendente que el concepto de Feuerbach remita a las acciones contrarias a la ley como *única razón* en virtud de la cual pueden imponerse penas. No es una casualidad que todo defensor de una teoría preventiva sobre la justificación de la práctica punitiva incluya elementos retributivos en su concepto de pena. Este recurso les resulta particularmente útil a estos autores pues, como dijimos, una vez transformado el retribucionismo en *presidente honorario perpetuo* del plano conceptual, creen poder eliminar sus argumentos en el plano justificativo. Esto es, a todas luces, una barrera definicional. Sobre el particular, véase Capítulo II, Apartado II, punto 3 (pp. 51 ss.).

del Estado. Es en este punto que el autor se distancia de la visión kantiana del mundo pues, para FEUERBACH, el Derecho constituye una «*institución de fines puramente terrenales*»;⁴² no pertenece al mundo de las ideas o de lo normativo, sino al mundo de lo sensible o fenoménico.⁴³

Este matiz, repercute profundamente en el concepto de persona con el que se trabaja en el ámbito jurídico, así como también en la concepción de los principios que lo gobiernan. En efecto, si el Derecho pertenece al mundo fenomenológico (gobernado por la causalidad y el determinismo), el hombre del cual se ocupa el Derecho no es, como afirmaba KANT, el *homo noumenon* sino, más bien, el *homo phaenomenon*. Este cambio de perspectiva producirá consecuencias fundamentales en relación a la fundamentación del castigo, pues el *homo phaenomenon* no actúa por respeto o desprecio a la norma (algo que resulta propio del *homo noumenon*), sino exclusivamente guiado por impulsos de índole sensible, es decir, por miedo a la consecuencia jurídica con que se amenaza su infracción.

Desde el punto de vista metodológico, es importante destacar aquí la clara distinción formulada por Feuerbach entre el plano conceptual y el plano justificativo de la teoría de la pena. Asimismo, y hacia el interior del plano justificativo, FEUERBACH introdujo *dos estructuras* de análisis que, en esta materia, se consideran fundamentales. Por un lado, la «*estructura formal*» de la justificación, según la cual pueden distinguirse dos clases de consideraciones teóricas diferentes, dependiendo de la actividad estatal (a la que el castigo estuviera vinculado y) que se pretende legitimar. En este sentido, el autor distinguió entre las razones que justifican la *conminación* penal y las razones que justifican la *imposición* concreta de una pena.⁴⁴

Crítico con esta estructura, NAGLER entiende que «*la “pena”, en el sentido de la amenaza de pena, la imposición de pena y la persecución penal, constituye un concepto uniforme. Hay que abandonar de una vez por todas cualquier idea de ambigüedad interna. El concepto de castigo es absolutamente cerrado. [...] La pena amenazada por*

⁴² GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 49.

⁴³ La diferencia radica en que, para FEUERBACH, la libertad como autonomía forma parte exclusiva de la razón práctica. Por el contrario, la libertad que forma parte de la razón teórica es, en verdad, solo la libertad como concepto negativo y sin determinación alguna. Por esta razón, en clara diferencia respecto de KANT, la libertad moral no constituye la base de la imputación jurídico penal: «*la realidad de las leyes jurídicas no depende de la realidad de una libertad (interna), sino de la posibilidad de la coacción de preservar la libertad jurídica*»; FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, 1800, p. 134 (la cita ha sido tomada de GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 49, nota 58).

⁴⁴ Entre las ventajas de esta «*estructura formal de la teoría de la pena*», deben mencionarse cuestiones didácticas, pues no todas las teorías se basan por igual en ambos elementos; pero también cuestiones sustantivas, dado que la conminación y la imposición de pena representan una restricción de la libertad con contenido completamente diferente para los ciudadanos. Un paralelismo –no completamente congruente, por cierto– puede trazarse entre esta dicotomía *conminación/imposición* y la distinción, introducida en el siglo XX, entre pena como institución y pena como acto particular; cfr. GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 162.

*la ley penal, la pena impuesta por un juez a raíz de la comisión de un delito, la pena ejecutada por la autoridad de ejecución, todo está compuesto por la misma sustancia».*⁴⁵

Por otro lado, consciente de que no todo lo necesario puede ser permitido –así como tampoco lo útil, por el solo hecho de serlo, puede ya considerarse legítimo–, FEUERBACH introduce otra estructura analítica que, por oposición a la anterior, se denomina «*estructura material*» de la justificación.⁴⁶ Conforme con ella, es posible distinguir entre el *fin o utilidad* y el *fundamento jurídico* de la conminación y de la imposición de pena.

Para una breve exposición sobre estas estructuras
véase [Capítulo A-I](#) (pp. 453 ss.)

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

Lo expuesto en el apartado anterior, si bien breve y esquemático, nos da un panorama introductorio sobre el estado de la cuestión que, en materia de filosofía del castigo, existía al momento en el cual tuvo lugar la «*consagración teórica definitiva*» que divide a las teorías de la pena en absolutas y relativas.⁴⁷ Se trata, en efecto, de la metodología expositiva más divulgada entre los autores y «*con la cual todo científico del Derecho penal [...] debe estar familiarizado*».⁴⁸ A pesar de su éxito didáctico (y de que su utilización ha permanecido –hasta no hace mucho– prácticamente incuestionada), lo cierto es que la mayoría de los autores que la utiliza no ha reparado en su origen histórico. Pero además, tampoco existen estudios detallados acerca de cuáles son los *criterios* mediante los cuales se distingue entre teorías absolutas y teorías relativas.⁴⁹ Por esa razón, parece que un buen punto de partida radica en analizar de dónde viene y cuál es el contenido de esta clasificación tradicional (1). Luego, se mencionan las críticas y efectos perniciosos que, en mi opinión, ha generado la utilización de la misma (2).

1. Origen y consolidación. Breve exposición

En la filosofía del castigo y hasta donde alcanzo, la distinción fue introducida por ZACHARIÄ en el año 1801: según el filósofo alemán, las posiciones relativas a la teoría de la pena podrían agruparse en, por un lado, el «*sistema de legitimación relativa*» y,

⁴⁵ NAGLER, *Die Strafe: Eine Juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, p. 76.

⁴⁶ En detalle, GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 163 ss. y 399 ss.

⁴⁷ La expresión es de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, nota 90 y p. 327, respectivamente.

⁴⁸ HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», en V. HIRSCH et al. (coord.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, t. 2, 2011, p. 11.

⁴⁹ Señala esta deficiencia, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, pp. 3 s., 17 ss.

por el otro, el «sistema de legitimación absoluta».⁵⁰ Sin embargo, como veremos luego y en detalle, el criterio a partir del cual ZACHARIÄ trazó esta clasificación, guarda importantes diferencias respecto de los criterios que utilizamos actualmente. Por ahora, solo interesa destacar que, a partir de una paulatina pero continua simplificación de esos criterios, la binaria taxonomía encontró una rápida recepción y un profundo arraigo posterior en la manualística tradicional alemana.

C. MARTIN (1825) afirmaba que las teorías relativas son aquellas que consideran a «la finalidad específica del castigo como esencial; absolutas [aquellas] que prescindan de todo ello».⁵¹ BAUER (1825) sostenía que «[las] teorías absolutas no conectan al castigo con fin alguno, manteniéndolo como una mera consecuencia de la existencia misma de la ley y el acto ilícito».⁵² En la misma línea, ABEGG (1836) afirmaba: «es absoluta aquella teoría en la que el fundamento de la pena reside en la esencia de la justicia entendida como una demanda de la razón superior. [...] El concepto de las teorías relativas descansa en que ellas toman la pena como un medio para alcanzar un fin».⁵³ También hizo mella en la obra de KÖSTLIN (1855) «Las teorías absolutas son aquellas que justifican la pena, no en relación a una finalidad externa a ellas mismas, sino simplemente como la consecuencia necesaria del delito; la pena se justifica por y para sí misma. Las relativas [...] se justifican a través de finalidades».⁵⁴ Desde una perspectiva algo distinta, se introdujo en el influyente Tratado de FEUERBACH (1847), quien define a las teorías absolutas como aquellas en las que la justificación de la pena se «construye sin contar con su naturaleza de ser un medio para lograr un fin determinado, sino sólo a través de los crímenes cometidos como una demanda de justicia».⁵⁵

⁵⁰ ZACHARIÄ, «Beantwortung der Preisfrage», *Archiv des Criminalrechts, Dritten Bandes, Viertes Stück* (disponible online en <http://dlc.mpg.de/dlc/view/escidoc:25665:7/recto-verso>). Este artículo, de hecho, fue publicado poco tiempo después de que las principales obras de KANT (y algunas de FEUERBACH) hayan visto la luz. Aluden también a esta fuente, v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, p. 457; v. WÄCHTER, *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht. Einleitung und Allgemeiner Teil*, 1877, t. I, b. 6, § 2; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 26.

⁵¹ MARTIN, *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminalrechts*, 1825, § 10.

⁵² BAUER, *Grundlinien des philosophischen Criminalrechts*, 1825, § 9. A continuación, afirma que «de esta forma, el castigo no se explica sino sólo por referencia a la respuesta retributiva [Wiedervergeltung], y [así] no se necesita más que de una ley positiva y de un comportamiento criminal para aplicar una pena al autor». Es necesario aclarar, sin embargo, que BAUER refiere la existencia de distintas corrientes en las teorías absolutas, reconociendo así que, entre los propios defensores de estas teorías, pueden encontrarse diferencias significativas. Así, mientras algunos solamente persiguen con la pena una respuesta retributiva de índole ideal, otros buscan que la represalia sea de clase material. Otros, encuentran en la aplicación del castigo un método de restablecer la igualdad ante la ley que ha sido perturbada o incluso la destrucción del injusto en términos de daño intelectual.

⁵³ ABEGG, *Lehrbuch des Strafrechts – Wissenschaft*, 1836, §§ 36 y 37.

⁵⁴ KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, AT, 1855, §§ 118/2.

⁵⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Recht*, 1847, § 7. Sin embargo, al igual que Bauer, Feuerbach distinguió dos diferentes tendencias en las teorías absolutas: las teorías de la compensación o réplica (dentro de las que ubicaba la retribución moral, la retribución jurídica, la teoría de la expiación, la teoría del restablecimiento de la armonía y la teoría del restablecimiento del Derecho ante la voluntad particular del autor) y las teorías de la justicia (entre las que contaba a la teoría de la pena como una exigencia derivada del imperativo categórico, la

La clasificación entre teorías absolutas y relativas, así trazada, parece consistir en una contraposición de dos posiciones antagónicas que, poco a poco, comenzó a adquirir cada vez mayor intensidad. La contraposición es producto de la identificación entre, por un lado, la idea de la *retribución* (la filosofía idealista alemana) con una teoría desprendida de fines; y, por otro, entre la idea de *prevención* como teorías que persiguen lograr ciertos fines. Luego de esta identificación, la «*polarización ideológica*»⁵⁶ generada por la lucha de escuelas de fines del siglo XIX no hizo más que dar forma definitiva a la dicotomía. Así las cosas, un amplio sector de la doctrina refiere hoy en día que, en el marco de la teoría de la pena, con el término «*absoluto*» se hace referencia a los autores que pretenden desvincular el «instrumento» punitivo de las finalidades que, a través de su utilización, se intentan conseguir.⁵⁷ Con un matiz diferente, otro sector de la doctrina parece identificar las teorías absolutas con una orientación «*allende-de-lo-trascendental*»; mientras que las relativas parecen asociarse a un objetivo «*aquende-de-lo-social*».⁵⁸ En consecuencia, es posible sostener que la doctrina actual trabaja, en general, con *dos criterios* para identificar a las teorías absolutas.⁵⁹

+ Conforme con el primero, bajo esa denominación deben agruparse aquellas posiciones teóricas que, para justificar la utilización del instrumento punitivo, no tienen en cuenta los efectos del castigo. La justificación es *absoluto ab effectu*⁶⁰ y, por eso, se

fundamentación de la pena como imitación de la justicia divina, como realización de la justicia proporcional o, finalmente, como preservación del ordenamiento normativo asentado sobre el principio general de la justicia).

⁵⁶ La expresión es de FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, p. 97.

⁵⁷ ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3/2 ss.; KREY/ESSER, *AT*, 4ª ed., 2011, § 132; HÖRNLE, en v. HIRSCH *et al.* (coord.), *Strafe – Warum?...*, t. 2, 2011, p. 28; LA MISMA, «§ 12 Straftheorien», en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch des Strafrechts*, t.1, 2019, pp. 507 ss.; FREUND- ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2009, § 1, 2., nm. 4/5; NAUCKE, *Derecho penal: una introducción*, 2006, § 139; KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 2/9; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, L.3, nm. 11; FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, p. 3.

⁵⁸ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 5; similar, RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano...*, 2017, p. 30, ha afirmando que dichas teorías se han separado «*de los criterios consecuencialistas o de utilidad para asentar su punto de anclaje en una exigencia categórica de justicia*».

⁵⁹ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, pp. 18 ss., identifica hasta cinco variantes. Sin embargo, dos de ellas no suponen teorías sobre la justificación de la pena, sino posiciones filosóficas según las cuales la aplicación del castigo –por ser expresión de un poder divino o “majestuoso”– no necesita ser justificado. En nuestro marco de organización político-jurídica, se puede prescindir de esto. Por último, la calificación que hace HÖRNLE sobre la posición de MOORE, según la cual, también este autor negaría la necesidad de justificación del castigo por considerarlo algo “intrínsecamente valioso”, resulta –en mi opinión– inexacta.

⁶⁰ Véase FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 22. También utilizada por NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, p. 11.

trataría de teorías «*libres de finalidades*». ⁶¹ Para estos autores, se dice, la práctica punitiva se encuentra de espaldas al futuro, pues mira exclusivamente hacia al pasado.

+ De acuerdo con el segundo, una teoría absoluta no exige una desvinculación total entre pena y cualquier clase de efecto. Tal desvinculación, en verdad, solo tiene lugar respecto de *determinada clase* de efectos, a saber: las consecuencias empírico-sociales. Como consecuencia, las teorías absolutas se definen, según este criterio, como aquellas que pretenden alcanzar, a través del castigo del autor, el valor supremo y metafísico de la justicia. ⁶² Solo tan loable tarea constituye, para estos autores, el único fin que permite legitimar la pena; por ello, se las denominaba «*teorías de la justicia*». ⁶³

Una mención especial merece, por su especificidad, la propuesta de JAKOBS. Para este autor, existe un acuerdo doctrinal respecto de que toda pena tiene una función y, por lo tanto, la discusión debe girar en torno a si el *contenido* de la pena debe determinarse *exclusivamente* en virtud de la función social que esta desempeña o si, por el contrario, puede afirmarse que el *concepto* de la pena estatal «*tiene un contenido independiente de su función*». En palabras del autor: «*En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyo contenido surge [...] exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al 'si' de la pena, también su medida o límite máximo. Consiguientemente, son relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social*». ⁶⁴ Como resultado de esta distinción entre *contenido* del concepto y *función* de la pena, JAKOBS pretende escapar de la denominación clásica: ya no se trata de *teorías absolutas*, sino de *elementos del concepto de pena* que, a partir de una determinada teoría de la justificación, pueden considerarse *absolutos* (independientes de la función que la pena desempeña). ⁶⁵

⁶¹ HÖRNLE, en V. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?...*, 2011, p. 28. Es la propia autora quien luego, de forma escéptica, se pregunta si realmente sería posible hallar una teoría así construida. En el mismo sentido, WEIGEND, «Kommentar zu T. Hörnle Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien», en V. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?...*, 2011, p. 31.

⁶² Véase, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*; 6ª ed., 2011, § 4; HASSEMER, *¿Por qué y con qué sentido se aplican las penas?*, en EL MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, p. 108. En sentido similar, RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano...*, 2017, p. 30, ha afirmado recientemente que dichas teorías se han separado «*de los criterios consecuencialistas o de utilidad para asentar su punto de anclaje en una exigencia categórica de justicia*». Matizando su posición anterior, ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3, nota 7, afirma que esta distinción no es más que una mera diferencia terminológica.

⁶³ BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, p. 1: «*[...] la disputa giraba en torno a si los fundamentos del Derecho penal podían asentarse en la 'justicia' o en la 'conveniencia': las teorías absolutas se llamaban a sí mismas con orgullo 'Teorías de la Justicia', las relativas se jactaban de ser las 'Teorías de la finalidad'*».

⁶⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1997, p. 20.

⁶⁵ Destaca también la particularidad de este enfoque, frente al tradicional, ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, 2017, p. 10.

2. Las deficiencias de la clasificación tradicional

En el apartado anterior, hemos resumido los criterios principales con los que la doctrina distingue entre teorías absolutas y relativas de la pena. La variedad de posiciones teóricas que pueden incluirse en cada uno de estos polos, y entre medio de ellos, es amplísima. Aquí, sin embargo, no nos ocupamos de su exposición y tampoco me detendré en las múltiples objeciones sustanciales que han sido dirigidas a cada una de ellas.⁶⁶ Desde otro punto de vista, mi interés está puesto en evidenciar las *deficiencias metodológicas* de las que adolece y los *efectos perniciosos* que produce esta forma de afrontar el análisis de la teoría de la pena.

2.1. Insuficiencia

Uno de los defectos más denunciados de esta clasificación radica en su carácter insuficiente: al tratarse de una taxonomía binaria, no puede dar cuenta de aquellas teorías que, como consecuencia de las falencias de ambos «tipos puros de respuestas»,⁶⁷ toman elementos de ambas concepciones.⁶⁸ En breve: en una clasificación binaria, no hay donde ubicar las denominadas «teorías mixtas o de la unión» (*Vereinigungstheorien*).⁶⁹

Las teorías mixtas pueden ser clasificadas, a grandes rasgos, en dos grupos. El primero reúne a quienes subordinan la prevención a la retribución, asegurando que el respeto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad constituye el mejor medio para lograr los fines preventivos («*adecuación a fines por medio de la justicia*»).⁷⁰ El segundo, se

⁶⁶ Lo problemático de cada uno de los modelos resulta ampliamente conocido y, a los fines de esta investigación, es innecesario insistir en ello. Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3/1 ss.

⁶⁷ La terminología pertenece a FERRANTE, en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. III, 2015, p. 2087.

⁶⁸ En palabras de V. HIRSCH, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 143: «la dicotomía absoluto/relativo ha impedido un análisis de la justificación de la pena, pues requiere que ésta o bien haya de ser exclusivamente preventiva o bien deontológica y retributiva. Ninguno de los dos modelos puros nos satisface». Similar, KINDHÄUSER, «Retribución, culpabilidad y pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, p. 154: «[...] la disputa entre teorías absolutas y relativas de la pena no posee demasiado sentido, pues la pena estatal sirve, de hecho, a una doble función. Por una parte, en lo que se refiere al daño (a la validez [fáctica] de la norma) del que debe responder el autor, es retributiva (*punitur quia peccatum est*) y, por otra, en lo que se refiere a la persistencia de la validez [fáctica también] de la norma, es preventiva (*punitur ne peccetur*)».

⁶⁹ Las modalidades de las teorías de la unión son diversas. Cabe destacar, entre ellas, [a] la teoría de la armonización (JESCHECK/WEIGEND); [b] la teoría de la prevención limitada por la culpabilidad (ROXIN, y con modificaciones recientes, GRECO); y [c] teoría de las variantes preferenciales (principalmente, STRATENWERTH).

⁷⁰ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 167 y ss. En la línea teórica que pretende «conciliar» la oposición entre adecuación a fines y justicia, el autor incluye a ciertos penalistas hegelianos –ABEGG, KÖSTLIN, BERNER, MERKEL, SCHMIDT, BINDING, BELING Y NAGLER–; acusando a estas propuestas de no

asentaba sobre la pretensión de construir un sistema que solo retribuya en la medida de lo preventivamente necesario. Solo así se impediría la aplicación de penas que sean justas pero inútiles, o bien eficaces pero injustas.⁷¹

En mi opinión, esta objeción es poco relevante. En primer lugar, no se trata de un argumento novedoso. A esta insuficiencia se refería ya v. WÄCHTER, señalando que el esquema binario no daba cuenta de las posiciones que «*buscan intermediar [tejer conexiones] entre las teorías absolutas y las finalidades provenientes de las teorías relativas*». ⁷² En segundo lugar, carece de sustento material pues, a decir verdad, la objeción no trasciende la mera cuestión terminológica. De hecho, puede invertirse el argumento: las teorías que supuestamente quedan ‘fuera’ de la clasificación binaria, se denominan (¡precisamente!) *teorías de la unión* porque combinan elementos de los extremos opuestos. Si en esto radicara el problema, para su solución bastaría con un simple replanteo terminológico de la discusión: *modelos puros vs. modelos mixtos* (o bien con incluir en la clasificación una tercera categoría bajo la rúbrica de teorías dualistas o mixtas de la pena). Modificada la terminología, el argumento pierde su fuerza y, sin embargo, no hemos aportado nada sustancialmente relevante a la discusión.

2.2. *Inexactitud*

La doctrina especializada, cada vez con mayor frecuencia, señala que la clasificación entre teorías absolutas y relativas no solo es insuficiente, sino también *inexacta*. Esa taxonomía, por tratarse de una simplificación didáctica (y bastante burda) de la original, no permite dar cuenta de la discusión actual,⁷³ pues no puede reflejar –de forma fiel– la complejidad de las posiciones que pretende clasificar (en mi opinión, nunca pudo).⁷⁴ La evidencia más clara de esta deficiencia se encuentra, como bien destaca HÖRNLE, en la poca claridad del criterio que define *lo absoluto* de las teorías sobre la justificación de la

constituir, en verdad, una propuesta de solución para la tensión señalada, sino una renuncia a solucionarla.

⁷¹ Críticamente, JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 149, afirma que estas teorías, en realidad, «*no unen nada –o es poco lo que unen- en un todo, sino que suman funciones abiertas y latentes de la pena, por regla general, en el marco de una función que limita a todas las demás... [y terminan por ser] ‘un revoltijo’*». En el mismo sentido, señala FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 215: «*los defectos expuestos por cada teoría no se resuelven con una combinación entre modelos que tienen fundamentos y fines contrapuestos*».

⁷² v. WÄCHTER, *Beilagen zu...*, 1877, t. I, B. 6, § 2, p. 12. De hecho, en concreta relación a las teorías retributivas (a las que definía como «*teorías cuyo punto de partida radica en que la existencia y la determinación de la medida de la pena sólo puede asentarse en el delito cometido y la culpabilidad que en él se funda*»), afirmaba que «*no podrían calificadas ni de absolutas ni de relativas*».

⁷³ Insiste en ello ANDRISSEK, *Vergeltung...*, 2017, pp. 10 y 87; también, ZIMMERMAN, *Verdienst...*, 2012, p. 7, al afirmar que «*la característica de ausencia total de finalidad no puede aplicarse fácilmente a las teorías más recientes de la retribución, razón por la cual resulta difícil distinguirlas de las teorías relativas de la pena*».

⁷⁴ Para un análisis detallado sobre las razones que impiden clasificar las posiciones de KANT y HEGEL como teorías absolutas de la pena, véase Capítulo A-II.

pena.⁷⁵ Como hemos visto, si se identifica a las teorías absolutas como aquellas posiciones que desvinculan el fenómeno punitivo de «*todo efecto*», tal y como señalaba BELING, estamos ante un parámetro absurdo, bajo el cual «*no hay nadie que no sea relativista*».⁷⁶ Si se identifica a las teorías absolutas con el valor metafísico de la justicia, se produce la falsa identificación, ya mencionada, entre teorías absolutas y retribución de la filosofía idealista (alemana).⁷⁷

Dicha inexactitud, por lo demás, no es una deficiencia privativa del criterio con el que se identifica a las teorías absolutas.⁷⁸ Por el contrario: los criterios que definen a las *teorías relativas* de la pena son también imprecisos y han sufrido embates. De hecho, el propio FEUERBACH argumentaba contra la tendencia doctrinal que entendía las teorías relativas de la pena como opuestas a las teorías de la justicia (o absolutas). Tal antagonismo, según afirmaba, «*no corresponde, porque también las relativas pretenden obtener lo justo*».⁷⁹

Al respecto y con mayor vehemencia, afirmaba también v. WÄCHTER que «[...] *las teorías relativas también son denominadas teorías de la utilidad o [...] del interés. Pero, sin embargo, [...] con ello se cae en algo injusto, pues la mayoría de las teorías relativas [...] de ningún modo pretenden poner la utilidad en el lugar del Derecho. Por lo general, buscan también para la pena un fundamento jurídico y demostrar que la misma puede coincidir con la idea del Derecho*».⁸⁰

Caracterizar la idea de retribución como algo completamente desentendido de cualquier fin, a decir verdad, parece más un recurso argumentativo tendencioso (generalmente motorizado por los partidarios de una teoría preventivo-profiláctica del castigo) que una herramienta eficaz para describir los postulados filosófico-jurídicos de los autores que

⁷⁵ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, p. 3; LA MISMA, en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch...*, 2019, p. 519.

⁷⁶ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 3; ZIMMERMAN, *Verdienst...*, 2012, p. 47: «*la tradicional contraposición entre teorías consecuencialistas y anticonsecuencialistas de la pena, según la cual las primeras justifican la pena por sus consecuencias beneficiosas, mientras las segundas por su conexión con el delito cometido y con indiferencia respecto de las consecuencias, ya no puede mantenerse*».

⁷⁷ MIR PUIG, *Función de la pena...*, p. 26: «[...] *fueron [...] Kant y Hegel, quienes [...] defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. [...] ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo*»; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, 1962, t. I, p. 79: «*precisamente la cualidad de la pena retributiva estriba en su carácter absoluto desligado de todo fin, tal como se manifiesta en la exigencia de Kant de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad humana*»; BACIGALUPO, *PG*, 2ª ed., 1999, p. 31. También ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, § 3/2; KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 2/9 parece equiparar directamente las teorías absolutas con la retribución de KANT y HEGEL.

⁷⁸ KAUFMANN, Arthur, «Über die gerechte Strafe», en HIRSCH/KAISER/MARQUARDT (eds.) *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 429.

⁷⁹ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14ª ed., op. cit., § 7, nota 1, p. 33-34.

⁸⁰ v. WÄCHTER, *Beilagen zu...*, 1877, t. I, B. 6, § 2, p. 12.

recurren a ella.⁸¹ Sin entrar en detalles, pues no es posible –ni tampoco necesario– establecer con precisión en qué momento comenzó esta identificación, interesa destacar aquí que, cada vez con mayor frecuencia, la doctrina especializada señala la falsedad de este paso.⁸² Al respecto, HÖRNLE ha puesto de manifiesto que, en la discusión alemana, esta tendencia ha llegado incluso al absurdo de etiquetar con el rótulo de absoluta a cualquier teoría de la pena que no esté directamente vinculada a la idea de prevención del delito.⁸³ Esto no es casual: mediante esa identificación, las posiciones de los autores así etiquetados se vuelven especialmente vulnerables a la crítica desde los postulados de un Estado social y democrático de Derecho.

Respecto de este falso paralelismo entre retribución y ausencia de fines, por un lado, debería resultarnos curioso que diversos autores clásicos hayan optado, conscientemente, por dejarla de lado. Entre ellos, puede mencionarse a V. HIPPEL, quien se declara partidario de distinguir entre fines de la pena constantes (la retribución) y variables (prevención general o especial); pues, en su opinión, la «pena retributiva» debe conceptualizarse de un modo que, hoy en día, parece bastante cercano a lo que conocemos como pena orientada a la prevención estabilizadora del Derecho.⁸⁴ Tampoco NAGLER, en uno de los estudios más profundos sobre el fenómeno punitivo, hace mención a esta clasificación, lo cual es un fuerte indicio de que, a esa altura, ya se consideraba poco fiable.⁸⁵ Por otro lado, muchos de los autores de principios del siglo XIX que optaron por utilizar la clasificación, de hecho, entendían a la retribución como una teoría relativa, en tanto consideraban que esta persigue, como finalidad principal, el restablecimiento del ordenamiento jurídico.

En este sentido, BAUER sostuvo (en 1830) que la pena puede dirigirse «o bien a lesiones del ordenamiento jurídico *pasadas* o a (posibles) *futuras*, y con ello dirigirse a la **retribución** en las primeras, o bien a la **prevención** en las últimas. Según esta diferenciación, las **teorías relativas se dividen en teorías de la retribución y teorías de la prevención**. Las teorías de la retribución (...) centran la finalidad [de la pena] en la superación del daño ideal causado mediante la violación del Derecho a la realidad

⁸¹ FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, p. 8, afirma que es necesario «analizar por qué razones y en qué medida las teorías retributivas se pueden identificar con teorías absolutas».

⁸² Sobre el problema del paralelismo, señala HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, p. 17: «además [de que quienes definen a las teorías como absolutas son los partidarios de la prevención] se origina un nuevo problema, que viene dado por la difundida equiparación en Alemania entre “teorías absolutas” y Kant y Hegel».

⁸³ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, 2ª ed., p. 3.

⁸⁴ En palabras de V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, p. 500, la retribución justifica la punición sobre la base del «restablecimiento de la perturbación arbitraria del equilibrio de los mandatos de autoridad, preservando así la validez del ordenamiento jurídico [...]».

⁸⁵ NAGLER, *Die Strafe...*, 1918.

jurídica». ⁸⁶ Actualmente, son muchos los autores que insisten en calificar a la retribución como una teoría que, en estos términos, debería considerarse como relativa. ⁸⁷

Por último, una rápida mirada a la filosofía del idealismo alemán (representada en KANT y, sobre todo, en HEGEL), deja completamente desfasada esa caracterización. En este sentido, la temprana despedida que dio KLUG a estos autores, no hace más que situar, al propio KLUG, en la posición de víctima de aquello que –poco después– advertía con elegancia FOUCAULT: para escapar de HEGEL es necesario saber cuántos de sus pasos hemos seguido y cuántos de nuestros recursos contra él, en realidad, forman parte «*de sus propios artificios*»; de modo tal que, en el final del camino emprendido contra HEGEL todavía «*acecha, inmóvil*» el propio HEGEL. ⁸⁸ Ahora bien, es muy posible que este repaso por la filosofía idealista nos distraiga de nuestro objetivo inmediato; por lo que se realización queda relegada a un capítulo auxiliar. ⁸⁹

Para un análisis detallado de esta cuestión,
véase [Capítulo A-II](#) (pp. 459 ss.)

2.3. Los efectos perniciosos sobre el contenido de la teoría de la pena

Las desventajas teóricas señaladas no agotan las objeciones que es posible formular a esta clasificación. De hecho, tampoco constituyen las razones principales por las que, en mi opinión, debe abandonarse (o, al menos, modificarse sustancialmente). El problema fundamental de la distinción entre teorías absolutas y relativas, tal y como se encuentra estructurada en la actualidad, es bastante más profundo.

En el Apartado II del Capítulo, hemos puesto de manifiesto que, al menos desde KANT (y antes que las posiciones filosófico-jurídicas sobre el castigo «*cristalizaran de modo definitivo*» en la clasificación tradicional), era un lugar común distinguir –al interior de la teoría de la pena– entre el plano conceptual y el plano justificativo. Sin embargo, tal y como adelantamos en la introducción de este Capítulo, cuando uno se aproxima a la «*teoría de la pena*» en la actualidad, es fácil advertir que tal distinción, salvo honrosas excepciones, ha quedado desdibujada. El bloque de conocimientos que conocemos

⁸⁶ BAUER, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung Beurteilung aller Strafrechtstheorien*, 1830, pp. 300 y ss. La traducción ha sido tomada de LESCH, *La función de la pena*, 1999, nota 13, p. 5; el destacado es propio. Actualmente, FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 1, 2., nm. 5, p. 2., sostienen que la teoría de la retribución expresiva es una teoría relativa (la finalidad que justifica el castigo está en la restitución del Derecho).

⁸⁷ KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *GA*, 1989, p. 504; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 109; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 43; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 1/20; WOHLERS, «Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?»; *GA* (7), 2019.

⁸⁸ FOUCAULT, *El orden del discurso*, 1972, p. 45.

⁸⁹ Su lectura puede proveer de algunas herramientas teóricas importantes para los siguientes pasos de la investigación.

como teoría de la pena se identifica, normalmente, con el plano de la *justificación*; de modo que esa teoría no es más que un debate exclusivamente ceñido a las *razones* que permiten al Estado infligir, sobre un ciudadano y de forma intencional, un mal o sufrimiento específico.

En este punto, me propongo argumentar lo siguiente: ese “recorte” de la teoría de la pena constituye un efecto pernicioso que ha sido provocado, en gran parte y precisamente, por la simplificación didáctica mencionada en el punto anterior. Y es que, tal y como se encuentra delineada en la actualidad, la clasificación presupone, de entrada, que todos los participantes de ese debate (sobre las razones que justifican la utilización de un instrumento represivo) compartimos un mismo punto de partida, a saber, un mismo concepto de pena estatal. Brevemente: en ese planteamiento metodológico, el concepto de pena ya ha sido pre-concebido (sin haber dado discusión alguna al respecto) como una herramienta de producción al servicio de un fin. El origen de esta deficiencia, entonces, parece encontrarse en el proceso paulatino de reducción de complejidad que ha sufrido la originaria clasificación de ZACHARIÄ. Analicemos con un poco más de detalle la propuesta original de este autor.

Según dijimos, la clasificación fue inicialmente introducida en un texto de 1801. Sin embargo, su desarrollo teórico tuvo lugar en una obra posterior, dedicada a la filosofía del Derecho criminal y publicada en 1805, donde ZACHARIÄ expuso los conceptos (y la estructura clasificatoria) de las infracciones del ciudadano y del *ius puniendi* del Estado.⁹⁰ Aquí prescindimos de las primeras⁹¹ para focalizarnos exclusivamente en las segundas y respecto de las cuales, ZACHARIÄ toma el siguiente punto de partida: el concepto del derecho a castigar que posee el Estado, depende de la concreta teoría que sobre el origen del poder estatal se adopte.⁹²

En este punto, como es sabido, el recurso paradigmático utilizado en la época era la metáfora del contrato (ya sea en su versión de *pacto constitutivo* o bien en su versión de *pacto traslativo*).⁹³ No sorprende, entonces, que el filósofo alemán realizara, en el § 16 de esa obra,

⁹⁰ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechtes*, 1805.

⁹¹ Los injustos, en sentido estricto o jurídico, se definen como «acciones que se encuentran en contradicción con una norma jurídica» (§ 6) y pueden clasificarse también en absolutos y relativos. El carácter relativo de los injustos tiene que ver con la mutua relación proporcional que existe entre ellos: hay injustos más o menos graves (§ 7). El carácter absoluto de las infracciones puede descansar [a] en la diversidad de la acción delictiva (sus motivos, efectos o forma), [b] la diversidad de las leyes a las que el injusto afecta (normas de requerimiento o normas de prohibición) o [c] en la diversidad de las penas a cuya aplicación da lugar el injusto (§§ 8 y 9).

⁹² Dado que la teoría de la pena es una cuestión estrechamente vinculada a la teoría del Estado, las afirmaciones de ZACHARIÄ no son un producto aislado de su filosofía política. Una exposición acerca de la filosofía contractualista e idealista y su conexión con la legitimidad del castigo puede hallarse en SEELMANN, «Contractualismo, idealismo y legitimación de la pena», en EL MISMO, *Estudios de Filosofía y Derecho penal*, 2013, pp. 84 ss.

⁹³ Véase SEELMANN, «Hegels Straftheorien», en v. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe-Warum?...*, 2011, p. 85.

una primera distinción que refleja precisamente esta dicotomía: «*el poder punitivo del Estado, o bien puede ser visto como [un poder] transferido al Estado, o bien como [un poder] que por ley le corresponde*», es decir, que le es propio.

1. En el primer supuesto del §16 [que el poder punitivo haya sido transferido al Estado], se distinguen dos posibles orígenes del poder punitivo:

[a] el *ius puniendi* del Estado proviene de alguna deidad (§ 17);

[b] el *ius puniendi* ha sido *transferido directamente por sus miembros* a través de la realización de un pacto o contrato social (§18). En este último supuesto, introduce ZACHARIÄ una nueva distinción adicional, según que la transmisión tenga lugar:

[b.1] por pacto *constitutivo* (§ 19), supuesto en el cual el poder punitivo estatal *nace* con la creación misma del Estado civil. En este modelo, se extraen las siguientes consecuencias:

[1] el derecho a aplicar penas no existía en el estado de naturaleza;

[2] el *ius puniendi* se asienta en el consentimiento de los súbditos; y

[3] ***la finalidad de la pena es una característica indispensable del concepto jurídico de la pena.***⁹⁴

[b.2] por *pacto traslativo* (§ 20); lo cual implica asumir que, en el estado de naturaleza, los súbditos gozan de un derecho natural a prevenir la comisión de delitos a través de la pena. En virtud de un contrato, ese derecho natural es *transferido* al Estado, de modo que aquí ZACHARIÄ extrae las siguientes consecuencias:

[1] el derecho a castigar, si bien *no en acto*, pero *sí en su fundamento*, existía ya en el estado de naturaleza.

[2] ***también aquí el concepto de la pena debe contener, necesariamente y como característica esencial, su finalidad.***⁹⁵

[3] si bien el carácter necesario de la legislación penal no puede ser inmediatamente deducido de aquellos principios, sí puede ser mediatamente obtenido a través de los principios más generales a los que se refiere la legitimidad del poder del Estado.

2. En el segundo supuesto descrito en el §16, el *ius puniendi* no ha sido transferido al Estado. La facultad de castigar se concibe aquí como un *derecho propio del Estado*, creado por la ley que ese mismo Estado ha instituido de forma posterior a su creación. La legislación práctica hace nacer el derecho a castigar y también carga sobre el Estado un *deber jurídico* de aplicación del castigo frente a la comisión de delitos. En este supuesto, afirma el filósofo alemán, quien viola una disposición legislativa (en virtud de la relación según la cual el derecho a la libertad de

⁹⁴ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 19, 2), c): «*Der Zweck der Strafe ist eine notwendiges Merkmal des Begriffs der juristischen Strafe*».

⁹⁵ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 20, 2), b): «*Der Begriff der Strafe enthält notwendig das Merkmal ihres Zweck*».

acción y la felicidad deben presentar correspondencia)⁹⁶ se hace merecedor de la sanción penal.⁹⁷ Aquí, y a diferencia de la posición anteriormente expresada, es evidente que

[a] en el estado de naturaleza no existe derecho a castigar alguno; y que

[b] *en el concepto de la pena no puede incluirse la finalidad o propósito que con ella se busca.*⁹⁸

Si bien es cierto que el texto presenta un carácter críptico y abierto a diferentes interpretaciones, no parece posible negar que –siguiendo la metodología kantiana– ZACHARIÄ distingue dos grandes grupos de consideraciones distintas: por un lado, aquellas que pertenecen al plano conceptual; por otro, las finalidades que pertenecen al plano justificativo. Y la cuestión central radica, según el modelo de ZACHARIÄ, en establecer cómo se vinculan ambos planos: en determinados sistemas, las finalidades del castigo forman parte del concepto mismo de la pena estatal; en otros, esas finalidades no pueden introducirse en el concepto. En el primer caso, el sistema se cataloga como *relativo* mientras que, en el *segundo*, se califica como absoluto.

De hecho, en esta línea interpretativa, v. WÄCHTER describe la clasificación en los términos siguientes: «[...] realizada inicialmente por Zachariä [...], a través de la descripción de, por un lado, el llamado «sistema de legitimación *relativo* de la pena» en el que **la finalidad de la pena constituía una necesaria característica del concepto mismo** [...]; y, por el otro, el llamado «sistema de legitimación *absoluto* de la pena», en el que **la finalidad del objeto de ninguna manera puede quedar incluida entre las características de su concepto** [...]».⁹⁹

En los términos originalmente propuestos, la teoría de la pena se compone de dos planos analíticamente distinguibles, de modo que ambos se consideran relevantes a la hora de formular la clasificación. Sin embargo, la simplificación paulatina del criterio originariamente propuesto por ZACHARIÄ, en favor de lo didáctico, ha eliminado de la teoría de la pena cualquier tipo de referencia a la dimensión del concepto y su vínculo con la justificación. Es precisamente ese recorte lo que provoca que la doctrina mayoritaria clasifique las diferentes posiciones, atendiendo *exclusivamente* al plano justificativo, es decir, solo en función de las razones que legitiman la utilización de un instrumento que, aparentemente, ya ha sido pre-concebido.¹⁰⁰

⁹⁶ En un sistema de orientación kantiana, no sorprende que la relación entre merecimiento de sufrimiento y comportamiento injusto sea un correlato de la relación entre libertad de acción y merecimiento de felicidad. Al respecto, véase el Capítulo A-2.

⁹⁷ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 21, 1).

⁹⁸ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 21, 2).

⁹⁹ v. WÄCHTER, *Beilagen zu...*, 1877, t. I, B. 6, § 2.

¹⁰⁰ ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3/1.a.

En resumen: la mayor deficiencia de esta clasificación, al menos como se encuentra actualmente formulada, radica en el efecto pernicioso que produce, pues nos ha ocultado parte del debate que es necesario sacar a la luz. En efecto, salvo honrosas excepciones, la mayoría de las ocasiones se pasa completamente por alto una cuestión de relevancia trascendental para la teoría de la pena, a saber: la *relación* que mantiene el plano conceptual con el plano justificativo. Para expresar la objeción de modo preciso: la simplificación didáctica y extrema del criterio original ha terminado por excluir del debate la dimensión conceptual y, con ello, asume que todos partimos de un *mismo concepto* de pena estatal. De hecho, a esta incorrecta y velada asunción, se refería BELING ya en 1908:

*«Antes, se buscaba la coincidencia de las teorías en el objeto al que se consagraba la investigación: la pena. [Si] la pena era considerada como algo fijo en sus rasgos esenciales, solo quedaba por determinar el sentido de su aplicación. Por lo tanto, se formulaba el problema en los siguientes términos: ¿debe el castigo solo destinarse a la retribución, o debe caracterizarse exclusivamente como una medida que regula la prevención de nuevos crímenes? Esta formulación es absolutamente inadmisibile, porque ya el punto de partida [común] de las teorías se ha desmoronado por completo. Actualmente, unas toman como punto de partida una determinada naturaleza [o característica esencial] de la pena y entonces formulan la pregunta acerca de la finalidad, a cuyo cumplimiento esa pena es llamada; mientras que las otras, parten de una finalidad determinada y derivan, a partir de ella, las consiguientes características de la pena».*¹⁰¹

IV. LINEAMIENTOS DE UNA PROPUESTA ALTERNATIVA: «LO ABSOLUTO» Y «LO RELATIVO» EN LA TEORÍA DE LA PENA

Según hemos visto, la «*teoría de la pena*» es generalmente entendida como un debate acerca de las razones que justifican la imposición intencional de un mal al ciudadano. Una vez reducida la teoría de la pena a la dimensión justificativa, clasificar una cierta posición como relativa o absoluta, depende de si se considera que debe existir (o no) una relación entre ese instrumento punitivo y el cumplimiento de determinados fines (socialmente útiles). Este esquema de análisis, dijimos, es el producto de una restricción injustificada: limitar el debate al plano justificativo –como un problema entre pena y fines justificadores–, nos obliga a asumir, de entrada, que todos compartimos un *mismo concepto* de la pena estatal (que, por cierto, ninguna vinculación debería tener con las finalidades que justifican su utilización). En otras palabras: la pena ya ha sido preconcebida como una herramienta para la obtención de un efecto, por lo que solo queda discutir qué clase de efectos pueden justificar el hecho de utilizarla.

¹⁰¹ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 3.

Para poder volver a considerar el problema en toda su extensión, es necesario ampliar el objeto de la discusión, introduciendo en la teoría de la pena el plano conceptual. Más preciso: la cuestión determinante para la teoría de la pena, en el sentido expuesto originalmente por ZACHARIÄ, radica en la clase de *relación* que mantiene el *plano conceptual* con el *plano justificativo*.¹⁰² A partir de aquí, cambia la perspectiva con la cual clasificamos las distintas posiciones de los autores, haciendo más inteligible el debate. En efecto, conforme con esta perspectiva, una teoría de la pena debería caracterizarse como *absoluta* en la medida en que pretenda mantener aislados los planos conceptual y justificativo. En la terminología de ZACHARIÄ, una teoría de la pena es *absoluta* cuando considera que «*en el concepto de la pena no puede incluirse la finalidad o propósito que con ella se busca*».¹⁰³ Por el contrario, un sistema debería considerarse *relativo* cuando reconoce la existencia de un *vínculo fuerte* entre el concepto y la justificación. En este modelo, no es posible construir un concepto ecuménico y valorativamente neutro de la pena estatal, pues tal concepto *depende* de la justificación. Para recurrir, nuevamente, a los términos de ZACHARIÄ: «*la finalidad de la pena es una característica indispensable del concepto jurídico de la pena*».¹⁰⁴

De hecho, si se vuelve sobre los pasajes extraídos de la obra de ZACHARIÄ, no solo parece confirmarse esta idea, sino que, además, se *contradice* la interpretación dominante. En efecto, según el criterio dominante, una teoría absoluta justifica el castigo sin hacer referencia alguna a fines. Pero resulta que dicha interpretación encontrará serias dificultades para explicar la segunda afirmación contenida en el § 21, b) de la obra de ZACHARIÄ. Según dice allí el autor, incluso cuando se califica a un sistema como absoluto, de ello no se sigue –necesariamente– que las sanciones no tengan propósito o finalidad alguna. Dicho de otro modo, el hecho de que la finalidad del poder punitivo no integre el concepto jurídico de la pena, no significa que la sanción –en sí misma– carezca de propósito.¹⁰⁵ Ampliar el objeto de debate y considerar también el plano conceptual, explica perfectamente esa afirmación: en una teoría absoluta, no se trata de desvincular el *la pena* del *efecto* (mediante su utilización); sino de desvincular el *plano conceptual* del *plano justificativo*. Un sistema absoluto puede, perfectamente, propiciar la persecución de fines o propósitos mediante el castigo; lo que no puede hacer es incluir dichas finalidades o funciones en el concepto mismo de la pena. Dicho de modo sintético: lo característico de un sistema absoluto (y que lo distingue de los relativos) es que considera al concepto jurídico de la pena como algo independiente de dichas finalidades.

¹⁰² Similar, WOHLERS, *GA* (7), 2019, pp. 425-426.

¹⁰³ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 21, 2), b).

¹⁰⁴ ZACHARIÄ, *Anfangsgründe...*, 1805, § 19, 2), c).

¹⁰⁵ «*Hiermit wird jedoch keineswegs die Beziehung der Strafen auf gewisse Zweck ausgeschlossen, in so fern diese anderes, dem Rechte unbeschadet, erreichbar sind*».

Bajo la perspectiva que aquí se propone, entonces, un sistema es *absoluto* en la medida en que trabaja con un concepto de pena previo e independiente, «*impermeable*», a la justificación. Un sistema es *relativo* en la medida en que construye un concepto de pena «*permeable*» a (o a la luz de) la justificación de la praxis punitiva: es el *concepto* mismo de pena lo que se vuelve *relativo* (a las razones que justifican el ejercicio del *ius puniendi*). Modificar el criterio clasificatorio, como es evidente, altera la clasificación de las posiciones doctrinales: muchos de los sistemas que conocemos como relativos serían ahora, bajo este nuevo paradigma, absolutos; y a la inversa: muchos sistemas tradicionalmente catalogados como absolutos, se volverán relativos. Sin embargo, para evitar confusiones, estimo prudente dejar de lado la «*incandescente y finalmente renunciabile*»¹⁰⁶ terminología «absolutas–relativas» y replantear los diversos enfoques utilizando una denominación distinta. En este sentido, sería posible distinguir, por un lado, a los autores que participan de lo que, sin pretensión de originalidad alguna, he llamado «*método abstraccionista*»; por el otro, existirían autores que propician un «*método funcional*».

Adoptar la primera alternativa, como veremos en el Capítulo siguiente, nos obliga a trabajar con dos premisas metodológicas de base (que ya pueden advertirse aquí). La primera consiste en *subordinar* la discusión sobre la justificación de la praxis punitiva a la obtención previa de un acuerdo sobre el concepto de la pena. La segunda premisa es, en parte, consecuencia de la anterior y, a decir verdad, afecta mayormente al plano conceptual. Dado que se trata de algo lógicamente previo a la justificación, el concepto debe obtenerse sin hacer referencia alguna a las razones que justifican la praxis punitiva. Dicho de otro modo: solo cuando hayamos formulado un «*concepto ecuménico*» (o universalmente válido) de pena, será posible entrar en la discusión sobre las razones que permiten justificar su utilización por parte del Estado. En palabras de BELING, el concepto de pena constituye, para esta primera opción metodológica, un «*punto de partida*».

La segunda alternativa, por su parte, trabaja con premisas metodológicas diferentes: si bien es necesario reconocer la distinción analítica entre lo conceptual y lo justificativo, estos planos no pueden considerarse desvinculados entre sí; por el contrario, se encuentran profundamente vinculados. La supuesta subordinación del debate justificativo a la previa obtención de un concepto ecuménico o universalmente válido de pena es, en verdad, una falsa ilusión teórica. Según sostiene esta línea, la construcción de un concepto jurídico de pena estatal no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta la

¹⁰⁶ La descripción pertenece a HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, 2ª ed., p. 61. El término utilizado por la autora es el adjetivo *schillernd*, generalmente traducido como iridiscente o deslumbrante, queriendo reseñar que el concepto brilla de forma tal que la observancia y comprensión de su verdadero carácter se hace prácticamente imposible.

dimensión justificativa de la práctica punitiva.¹⁰⁷ La pena estatal, entonces, no puede considerarse un «concepto ecuménico» y neutral, sino una entidad conceptual rica en contenido valorativo que, nuevamente con BELING y tal como anticipara HEGEL, representa «*un punto de llegada*».¹⁰⁸

V. CONCLUSIONES

1. A principios del siglo XIX, los principales carriles de argumentación sobre los que ha discurrido el debate sobre la teoría de la pena, cristalizaron en la tradicional clasificación entre teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

2. En términos generales, las *teorías absolutas* han sido definidas sobre la base de [a] una completa desvinculación de la práctica punitiva respecto de fines; o [b] la idea de Justicia como valor metafísico. Las *teorías relativas*, por el contrario, como aquellas que justifican el castigo en la medida en que sea capaz de producir un determinado efecto socialmente útil. Esta forma de concebir las categorías *absoluto-relativo*, a decir verdad, no es más que el producto de un paulatino proceso de simplificación (que tuvo fines didácticos) de una distinción teórica más compleja, originalmente formulada por ZACHARIÄ.

3. Este difundido esquema clasificatorio, adolece de tres deficiencias básicas:

3.1. Resulta insuficiente, pues su capacidad de rendimiento ha quedado actualmente mermada. La mayoría de las reflexiones actuales sobre el tema no admiten ser catalogadas en esos términos.

3.2. Es inexacta pues, a raíz de la simplificación extrema que conlleva, las categorías absoluto-relativo no reflejan el pensamiento de los autores incluidos en cada una de ellas.

3.3. Produce efectos perniciosos, pues dicha simplificación nos hace perder de vista una cuestión trascendental (que se encontraba presente en la distinción originaria): el plano conceptual de la pena y su relación con el plano justificativo.

¹⁰⁷ Esta es la metodología que, expresamente, adopta BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 1913, pp. 203-236. En una línea similar, MOORE, *Placing Blame*, 1997, p. 25, afirma que la pregunta por las propiedades definitorias de la pena resulta directamente *ininteligible* si no se dispone previamente, en alguna medida, de una respuesta a la pregunta de por qué se imponen penas. Véase también, MAÑALICH, «La pena como retribución», *Estudios Públicos* (108), 2007, pp. 118 ss.; ATRIA, *La forma del Derecho*, pp. 145 ss.

¹⁰⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 4; HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., 1999, § 99: «*la teoría de la pena es una de las materias peor tratadas en la moderna ciencia positiva del Derecho, porque en ella el entendimiento no es suficiente, sino que se trata, esencialmente, de llegar hasta el concepto*». Similar, NAGLER, *Die Strafe...*, 1918, pp. 8 ss, 23 ss., 28 ss.

4.- Afrontar el problema en toda su extensión, nos exige ampliar el objeto de la teoría de la pena: dicho bloque de conocimiento no puede quedar restringido al plano exclusivamente justificativo (como un debate de razones que hacen permisible infligir sufrimiento), sino que debe integrar también el plano conceptual. Cuando se introduce la dimensión conceptual en la teoría de la pena, se modifica el criterio relevante para clasificar las orientaciones teóricas en esta materia. La verdadera dicotomía es más bien metodológico-conceptual y radica en determinar si y, en su caso, cómo se relaciona el plano conceptual con el plano justificativo.

4.1. Una teoría es *absoluta* en la medida en que pretende mantener aislado el plano conceptual del plano justificativo, subordinando la discusión sobre lo segundo a la condición de haber obtenido un concepto ecuménico de pena. Una teoría absoluta asume, entonces, que el concepto de pena es un punto de partida, una entidad *previa e independiente* («impermeable») a la justificación.

4.2. Una teoría es *relativa* cuando vincula los niveles de análisis conceptual y justificativo. Como consecuencia, al margen de la posición retributiva o preventiva que se sostenga, el concepto constituye aquí un punto de llegada, una construcción teórica «*permeable*» a la justificación. Brevemente: el concepto se vuelve relativo a la función.

5.- Con el objeto de evitar confusiones terminológicas, se abandona aquí la terminología *absoluto-relativo*. La dicotomía relevante entre estas orientaciones es más bien metodológico-conceptual y, por tanto, la cuestión radica en si podemos asumir una perspectiva abstraccionista y trabajar con un concepto valorativamente neutral de pena, o bien optamos por una metodología funcional, que vincule el plano conceptual con el plano justificativo.

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

SISTEMA ABSTRACCIONISTA Y SISTEMA FUNCIONAL

«[...] Die tiefere Grund dafür, weshalb es untunlich ist, die „Strafe“ als das Untersuchungsobjekt voranzustellen, so, als ob die Aufgabe nur die sei, ihre Funktionen ans Licht zu stellen, liegt darin, dass die Strafe ein reines νοούμενον [Noumenon] ist. In der realen Welt gibt es keine „Strafe“. [...] Die Strafe ist so wenig eine natürliche Erscheinung, dass vielmehr das Verbrechen der Freiheitsberaubung von der strafweise erfolgenden Freiheitsberaubung, die zivilistische Schuldzahlung von der Geldstrafe qua faktische Ereignisse völlig ununterscheidbar sind».*

BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908.

* «La razón más profunda de por qué es inviable anteponer la “pena” como objeto de investigación [...] radica en que la pena es un puro νοούμενον [númeno]. En el mundo real no hay “pena” alguna. [...] El encierro y la retención de un ser humano [...] recién adquieren para nosotros el significado de “pena” [...] a través de una relación de pensamiento. [...] Solo el sentido que conferimos al proceso en cuestión deja que este aparezca como “punición”. [...] La pena es un fenómeno natural en la misma escasa medida en la que el encierro, generado por el delito de privación de la libertad, representa la ejecución de una pena [...]; el pago de una deuda civil y la pena de multa son eventos que, fácticamente, son indistinguibles».

I. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo anterior pusimos de relieve que, en la actualidad y con frecuencia, el bloque de conocimientos que llamamos «teoría de la pena» se identifica con un debate exclusivamente justificativo. De modo preciso: la teoría de la pena queda restringida a un debate sobre las *razones* que justifican infligir, sobre un ciudadano y de modo intencional, un mal o sufrimiento. Esa restricción, también dijimos, es un efecto pernicioso provocado, en gran parte, por la simplificación didáctica y paulatina que ha sufrido la original clasificación de ZACHARIÄ. Como consecuencia, la actual forma de concebir a «teoría de la pena», con algunas excepciones, ha perdido de vista la distinción y el vínculo entre el plano conceptual y justificativo, cuestiones que estaban en el centro de las consideraciones de KANT, FEUERBACH y ZACHARIÄ.

Desde el punto de vista adoptado en esta investigación, la distinción analítica entre los planos no solo es posible, sino esencialmente correcta y debe ser respetada. De hecho, según dijimos, volver a considerar el problema en toda su extensión nos exige ampliar el objeto de la discusión e incorporar, precisamente, la dimensión conceptual. A partir de esta premisa, dimos el siguiente paso: la cuestión determinante en el debate sobre las teorías de la pena, radica en la clase de relación que el plano conceptual mantiene con el plano justificativo. Conforme con esta nueva perspectiva, una primera posibilidad consiste en trabajar con un concepto de pena previo e independiente a la justificación; la otra, construir un concepto de pena «*permeable*» a la justificación. Se trata, entonces, de dos modelos metodológicos diferentes: «*método abstraccionista*» y «*método funcional*».

En este Capítulo II, nos ocupamos de analizar las premisas metodológicas y los resultados obtenidos por cada una de estas variantes. El Apartado II se dedica a estudiar –críticamente y en detalle– el primero de esos modelos, pues constituye la alternativa elegida por la doctrina dominante. Para ello y, en primer lugar, se presentan los presupuestos metodológicos y conceptuales con los que este modelo trabaja (1); en segundo término, se señalan sus deficiencias metodológicas principales (2); finalmente, intentaré demostrar que los resultados o conclusiones sustanciales a los que llega son también deficientes en algunos puntos (3).

En el Apartado III, se establecen los lineamientos generales de la metodología alternativa o funcional (1) y se hace un análisis crítico de las potenciales objeciones metodológicas a las que nos podríamos ver enfrentados (2). Un detallado desarrollo teórico de esta perspectiva alternativa no puede ser afrontado en este momento y quedará relegado al Capítulo III. El Apartado IV, por último, expone brevemente las conclusiones.

II. MÉTODO ABSTRACCIONISTA: LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO ECUMÉNICO Y FUNCIONALMENTE ASÉPTICO DE PENA

La distinción analítica entre el plano conceptual y el plano justificativo es, en el ámbito de la teoría de la pena, irrenunciable. En esta investigación, esa distinción es crucial porque, precisamente, constituye un presupuesto para entender el criterio a partir del cual distinguimos dos modelos metodológicos distintos (si el criterio radica en la clase de *vínculo* entre ambos planos, debe asumirse que ambos son analíticamente distinguibles).¹⁰⁹ El primero de esos modelos, del que nos ocupamos en este Apartado, pretende trabajar con un concepto de pena lógicamente previo e independiente al plano justificativo. Según creo, un concepto de pena como este (*impermeable* a la justificación), solo puede ser construido a través del método de la abstracción, lo que significa, seleccionando aquellas propiedades del mundo que consideramos individualmente necesarias, y en conjunto suficientes, para tener por habido el concepto. De allí proviene su denominación como «*modelo abstraccionista*». Veamos con un poco más de detalle sus premisas y consecuencias metodológicas.

1. Presupuestos metodológicos generales

Quienes se inscriben en este modelo, ya sea de modo implícito o explícito, adoptan dos premisas metodológicas importantes. Conforme con la *primera*, es necesario *jerarquizar* los planos conceptual y justificativo, de manera tal que cualquier análisis sobre teoría de la pena debe presentar el siguiente orden específico: primero debe formularse un *concepto* de pena para, luego, discutir por qué puede estar *justificado* utilizarla. Solo una vez que hemos *descubierto* aquello que la pena *es*, estamos en condiciones de entrar a debatir las razones destinadas a justificar su utilización por parte del Estado.¹¹⁰

En palabras de MCPHERSON: «*la idea es que uno puede, y de hecho debe, descubrir primero lo que la palabra castigo significa para después, de forma subsecuente y como operación independiente, desarrollar alguna “teoría” acerca de la justificación de la*

¹⁰⁹ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 2/1.a-i; § 3/1.a.; HÖRNLE, en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch...*, 2019, pp. 517 ss.; VOLK, «Alles Strafe, oder was? – Zum Begriff der Strafe», en JUNG *et al.* (coord.), *FS-Müller*, 2008, pp. 709 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 58; EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 14 ss.; GRECO, *Lo vivo y muerto...*, 2015, pp. 205 ss.; NEUMANN, «Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe», en PAWLIK *et al.* (coord.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 437 ss.; v. HIRSCH, *Past or Futur Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, 1985, pp. 51 ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., 1997, p. 9; FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención...*, 2007, pp. 528 ss.; PÉREZ BARBERÁ, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret* (4), 2014, p. 3; MAÑALICH, *Estudios*, 2007, pp. 121 ss.

¹¹⁰ Sobre el supuesto carácter «*ideológicamente neutro*» de estas distinciones entre los planos, así como la distinción entre pena como institución y pena como acto particular, véase BEDAU/KELLY, «Punishment», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2015; disponible online en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment>.

clase de acción que llamamos castigo». ¹¹¹ También ARMSTRONG describe esta metodología, precisamente, como un «orden lógico [que consiste en] primero decidir qué cosa es el castigo para luego decidir si esa cosa está moralmente justificada o no». ¹¹²

La segunda premisa es una consecuencia de la primera y afecta de forma más intensa al plano conceptual. Dado que el debate sobre la justificación solo puede afrontarse una vez que se ha logrado obtener un concepto de la pena estatal, es necesario trabajar con un concepto que todos los participantes del debate (sobre el uso legítimo que se hace de ella) acepten como punto partida indiscutido. El concepto de pena, entonces, no es más que una «[descripción] del objeto de la posterior indagación normativa, para distinguirlo de otros fenómenos». ¹¹³ La idea consiste, entonces, en despejar el plano conceptual de cualquier elemento que pueda presentar caracteres normativo-valorativos, dando lugar así a la construcción de un concepto de pena puramente descriptivo y a-valorativo, que garantice la pretensión de validez universal (el carácter ecuménico) del mismo. Dicho brevemente: es necesario blindar el contenido del concepto, haciéndolo «impermeable» a la justificación. Y es que, de lo contrario, «la clase de finalidad de la pena vendría predeterminado por el concepto». ¹¹⁴ En palabras de GRECO:

Dado que «[la] pregunta por la definición de la pena tiene una diferencia analítica con la pregunta por los presupuestos de justificación de la pena: entonces, ningún argumento que atañe a un presupuesto de justificación de la pena, en particular ningún argumento de las llamadas teorías de los fines de la pena, puede decir algo respecto de los presupuestos conceptuales de la pena». ¹¹⁵

Conforme con las premisas expresadas, el concepto de pena debe permanecer como algo valorativamente neutro, puramente descriptivo o, mejor dicho, «funcionalmente aséptico». En este modelo, la pena es un fenómeno que existiría en el mundo ya antes que el teórico proponga un esquema para legitimar su utilización: para definirla, entonces, es necesario observar el mundo en el que esa pena «se encuentra». Como consecuencia, la construcción de este concepto de pena solo puede tener lugar mediante el procedimiento de la abstracción: de un determinado fenómeno, se abstraen las propiedades que se consideran individualmente necesarias y en conjunto suficientes para tener por habido el concepto.

¹¹¹ MCPHERSON, «Punishment: Definition and Justification», *Analysis* (28-1), Octubre 1967, p. 21.

¹¹² ARMSTRONG, «The Retributivist Hits Back», *Mind* (LXX), 1961, p. 476.

¹¹³ HÖRNLE, en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch...*, 2019, p. 518.

¹¹⁴ HÖRNLE, en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch...*, 2019, pp. 517 s.

¹¹⁵ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 216. Adhiriendo expresamente también a esta perspectiva, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención...*, 2007, p. 44: «el concepto de pena tiene que ser más un punto de partida que un punto de llegada [...] ¿Qué es la pena? Conceptualmente, ésta es una pregunta previa a la de ¿para qué la pena?».

El concepto de pena aparece aquí como una descripción de un sustrato perteneciente de la realidad; como producto de una «porción de realidad» seleccionada –abstraída– por el agente. Al conjunto de propiedades que el agente selecciona para dar lugar al concepto, se le denomina *intensión* («magnitud del contenido»); a los objetos de la realidad que conforme a esas propiedades resultan subsumibles bajo ese concepto, se le denomina *extensión*. A partir de aquí, se promulga la conocida regla básica: «*a mayor intensión, menor extensión*»; y viceversa: todo «*incremento de la extensión del concepto corresponde a una progresiva disminución de su contenido [intensional]*». ¹¹⁶

Todo concepto «*funcionalmente aséptico*» de pena presentará, entonces, la estructura básica siguiente: una yuxtaposición de propiedades que, generalmente, asienta su eje de rotación sobre alguna que se considera nuclear (el sustantivo). De hecho, la mayoría de los conceptos de pena con que trabaja la doctrina dominante responden a esta estructura: la pena es un *mal*, un *dolor*, un *sufrimiento*, una *consecuencia desagradable*, etc. Sobre esta base, orbitan todas las demás propiedades accesorias: la clase de mal en la que consiste, el sujeto que lo inflige, el agente sobre el que recae, etc. Dado que más adelante nos ocuparemos de analizar, críticamente y en detalle, los resultados a los que llega esta metodología, ¹¹⁷ por ahora y a efecto ilustrativo basta con ejemplificar mediante la famosa definición formulada por HART respecto del «*caso central o estándar del castigo*»: un *dolor* (o alguna otra consecuencia normalmente considerada no placentera), que se impone *a un ofensor (real o supuesto)*, *a raíz de* la realización de una ofensa contra las normas, de forma *intencional* y por una *autoridad* constituida en virtud del sistema legal contra el cual se comete la ofensa. ¹¹⁸

WRINGE, ha ofrecido una caracterización similar de estas perspectivas, a las que agrupa bajo la denominación de «*Minimal Conceptions of Punishment*» (MCP). Según este autor, todos aquellos que participan de una MCP, coinciden en lo siguiente: cualquier trato que dispensemos a un sujeto, para poder ser denominado castigo, debe cumplir con cuatro condiciones (individualmente necesarias y en conjunto suficientes); a saber: tratamiento severo (o mal), infligido sobre un malhechor (o sospechado malhechor), por una autoridad apropiada y en respuesta a una infracción especificable. ¹¹⁹

¹¹⁶ CASSIRER, *Substance and Function, and Einstein's Theory of Relativity*, 1923, p. 6. En efecto, mientras menos propiedades incluyamos en el concepto, más extensión tendrá (pues será más abstracto y abarcará más objetos de la realidad). Por el contrario, mientras más propiedades tenga el concepto (mayor intensión), tendrá menos extensión (abarcará menos objetos pues será más concreto).

¹¹⁷ Véase, *infra*, punto II.4.

¹¹⁸ HART, «Prolegomenon to the principles of Punishment», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60-1), 1960. El autor especifica que existirían otras clases de castigo, a las que denomina «*sub-standard cases*» o «*secondary cases*». Las razones por las que tanto Hart como otros autores se ven en la necesidad de reconocer la existencia de estos *sub-standard cases* de castigo están vinculadas, justamente, con la errónea pretensión de conceder una prioridad lógica al plano conceptual respecto del justificativo. Para una crítica acerca de este concepto de la pena estatal, véase –entre otros– FEINBERG, «The expressive function of Punishment», en EL MISMO, *Doing and Deserving*, 1970, pp. 95 ss.

¹¹⁹ WRINGE, «Perp Walk as Punishment», *Ethical Theory and Moral Practice* (18-3), 2015, pp. 615 ss.

2. Los problemas metodológicos

Cuando construimos un concepto, pretendemos que este nos sea útil en al menos dos sentidos. Hacia delante o en términos *prospectivos*, necesitamos que el concepto nos provea claridad o determinación: que elimine (en la medida de lo posible) la ambigüedad y la confusión previa a su existencia, permitiendo diferenciar entre los objetos abarcados por su campo extensional y aquellos otros que quedan fuera. Pero también hacia atrás o en términos *retrospectivos*, la misión de un concepto [más] abstracto radica en hacer inteligible otro concepto [de *inferior* grado de abstracción]. En términos simples: el concepto más abstracto debe poseer la *esencia* del menos abstracto, pues expone el fundamento por el cual, este último, tiene esa forma determinada.¹²⁰ Sin embargo, como veremos a continuación, un concepto funcionalmente aséptico de la pena estatal no puede desempeñar correctamente ninguna de las tareas asignadas. En este sentido, los déficits centrales de esta perspectiva son, básicamente, dos:¹²¹

[a] En términos *prospectivos*, un concepto estrictamente descriptivo no nos permite distinguir la pena de otras medidas estatales que, si bien presentan propiedades fácticas similares o idénticas, no reconocemos como verdaderas penas. A esto le llamamos aquí «*problema de la individuación*».

[b] En términos *retrospectivos*, tampoco permite dar cuenta de las razones por las cuales deben ser *esas* (y no otras) las propiedades seleccionadas para tener por habido el concepto. En efecto, si se prescinde de todo elemento valorativo o normativo, nos hace falta un criterio de selección de las propiedades que consideramos relevantes y, por tanto, no podremos responder a la pregunta de por qué son precisamente *esas* las propiedades necesarias para la construcción de un (adecuado) concepto de la pena estatal. Esto se denomina aquí «*problema de la relevancia*» de las propiedades seleccionadas.

¹²⁰ Dicho con un ej.: el concepto de animal («*ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso*») contiene en sí mismo la esencia y el fundamento que define también el concepto de caballo, perro, etc.

¹²¹ Sobre estas dos deficiencias metodológicas, véase ATRIA, *La forma del Derecho*, 2016, pp. 138 ss., quien señala que un concepto institucional así construido «*necesita (pero carece de recursos para) justificar [...] la individuación de la estructura identificada*» y también la «*relevancia de la estructura [individuada]*». En este sentido, concluye: «*por supuesto que podemos usar conceptos estructurales como los indicados en contextos delimitados, en que la pregunta por la individuación del objeto puede darse por respondida por [...] el interés que nos llevó a discutir sobre ellos en primer lugar. Pero este concepto será suficiente solo en la medida en que nos quedemos en la superficie [...se trata] de la versión más simple e inmediatamente aparente del concepto*».

2.1. El problema prospectivo de la individuación

Esta deficiencia ha sido destacada en reiteradas oportunidades por la doctrina y es algo relativamente conocido en la ciencia del Derecho.¹²² Al respecto, ha sido paradigmática la formulación que de esta objeción hizo FEINBERG: bajo una definición semántica-estructural del castigo (como la de HART) no es posible diferenciar la pena de multa del cobro de un impuesto; tal diferencia solo puede apreciarse a partir del carácter reprobatorio que tiene la multa y que no tiene el cobro de un impuesto.¹²³ Para decirlo en los términos de ATRIA: «[...] *hay entidades que en su forma (en su existencia) son indistinguibles de la pena pero no son sanciones penales (en su concepto)*».¹²⁴ Para no complicarnos más de la cuenta, puede sintetizarse de entrada la idea que se intenta transmitir: en la medida en que existan entidades jurídicas distintas a la pena, pero que presenten propiedades idénticas o similares a esta (tales como la prisión preventiva o las medidas de seguridad),¹²⁵ un concepto puramente descriptivo de pena es un concepto inútil.¹²⁶

A pesar de haber sido reiteradamente señalada, solo en escasas ocasiones se ha hecho alusión al verdadero fundamento de esta deficiencia. Aquello que explica el déficit prospectivo señalado, como agudamente especificó CASSIRER, radica en una cuestión metodológica: la construcción de conceptos [cada vez más] abstractos es un proceso que solo se mueve hacia delante, descartando o soltando propiedades. Y una vez descartado lo concreto y variable de cada fenómeno, las propiedades concretas que han sido

¹²² Lo pone de manifiesto ya NAGLER, *Die Strafe...*, 1918, pp. 5 y 22, remitiendo a la investigación de PFENNINGERS, *Der Begriff der Strafe*, 1877. En efecto, señala que, respecto del concepto de pena, «*numerosos dogmáticos se dieron cuenta de su carácter incompleto en el momento en que intentaron derivar, a partir de él, consecuencias prácticas o se empeñaron en distinguir la pena jurídica de otras consecuencias jurídicas conectadas a ella*».

¹²³ Por todos, FEINBERG, en EL MISMO, *Doing and Deserving*, 1970, pp. 95 ss.; véase también BERMEJO, «*Aflición directa e indirecta en el concepto de pena*», en ALEGRE *et al.* (coord.), *Homenaje a Carlos Nino*, 2008, pp. 184 y 190 ss. Recientemente, WEYRICH, *Straftheorien und Rechtswirklichkeit*, 2021, pp. 151 ss., destaca la importancia del elemento reprobatorio para el concepto mismo de pena en las teorías expresivas de la pena. Sin embargo, en virtud de no advertir la relación entre ambos planos, yerra la autora al afirmar que «*en una teoría expresiva orientada a la persona, ese elemento reprobatorio es elevado a la teoría de la pena*» como aproximación central a la justificación del castigo, de modo que, también para sus defensores, el «*reproche ya no se ubicaría en el propio concepto*». Para una teoría expresivo-comunicativa de la praxis punitiva, el elemento reprobatorio no puede abandonar el plano conceptual.

¹²⁴ ATRIA, *La forma del Derecho*, p. 139. Los agregados entre paréntesis son propios.

¹²⁵ En idéntico sentido, WOHLERS, *GA* (7), 2019, p. 439: «*si la pena ya no contiene un elemento desaprobatorio [retributivo], entonces no se puede distinguir la prisión perpetua de la medida de seguridad ni la prisión por tiempo determinado de la prisión preventiva*».

¹²⁶ Similar, MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 24 ss.: el concepto de pena no puede ser una «*clase de cosa estructural*» porque hay entidades que poseen idénticas propiedades estructurales y no reconocemos como instancias de ese concepto. Véase también MOORE, «*Law as a Functional Kind*», en EL MISMO, *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence* (9), 2000, pp. 294 ss.; MAÑALICH, *Estudios públicos* (108), 2007, pp. 117 ss.

descartadas ya no podrán recuperarse para realizar la tarea de individuación. En otras palabras: siempre que se trate de conceptos institucionales, en el momento en que se intenta «*la determinación de lo particular a partir de lo universal*», el concepto exhibe falencias graves; pues todas las particularidades que se dejaron atrás ya no pueden recuperarse y, menos aún, reconocer la transformación de la que esas propiedades son capaces.¹²⁷

El único remedio que permite subsanar esta deficiencia prospectiva es, justamente, seguir el camino inverso: agregar más propiedades al concepto, reducir su abstracción y, de esa manera, excluir de su campo de extensión aquellas entidades que, si bien son fenoménicamente idénticas, no son penas. Pero adviértase lo siguiente: esas propiedades que ahora agregamos al concepto, no han sido abstraídas de ningún fenómeno de la realidad; no son elementos del sustrato sino propiedades que un agente, utilizando criterios valorativos determinados, atribuye al concepto. Sin perjuicio de que luego analizaremos esto en detalle, puede ser útil graficar ahora el problema a partir del reciente y monumental trabajo que MUSHOFF ha destinado a diferenciar pena, medidas de seguridad y prisión preventiva. Allí, el autor se inclina expresamente por una metodología abstraccionista, pero termina por proponer un concepto que está lejos de ser valorativamente neutro, en la medida en que su *esencia* radicaría en los siguientes caracteres:

«*la pena es un mal estatal, relacionado con un juicio de desvalor -es decir, una desaprobación o reprimenda (Missbilligung/Tadel)- que se inflige de modo intencional sobre una persona debido a una vulneración que le es objetivamente imputable [a título de] infracción jurídica de una ley penal y como respuesta –esto es, como reacción- al delito, y solo en la medida en que esa vulneración ha sido cometida de modo culpable*».¹²⁸

No es difícil advertir que, en este concepto de pena (que pretendía ser puramente descriptivo y funcionalmente aséptico) han sido introducidos elementos valorativos tales como el juicio de desvalor o desaprobación de la conducta y el principio de culpabilidad por el hecho.¹²⁹ Es que no puede ser de otro modo: sin recurrir a esos elementos, nadie puede distinguir la pena de la prisión preventiva o de las medidas de seguridad. Dicho a la inversa: si el método abstraccionista quiere mantener firmes las premisas metodológicas señaladas al inicio, entonces debe renunciar a la posibilidad de

¹²⁷ CASSIRER, *Substance and Function*, 1923, p. 19. Una metodología que construye conceptos eliminando propiedades concretas para avanzar hacia lo abstracto constituye, en verdad, un proceso pura y exclusivamente negativo. En este esquema, no se puede volver hacia lo concreto (de allí la deficiencia en la individuación), pues ese método solo resulta posible si el sujeto se representa lo común, pero desprecia lo diferente.

¹²⁸ MUSHOFF, *Strafe, Maßregel, und Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, 2008, pp. 101-102. El destacado es propio.

¹²⁹ Similar, NEUMANN, en PAWLIK *et al.* (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 435 ss.

distinguir, de forma precisa, entre pena y otras medidas. Un abstraccionista coherente, entonces, debe aceptar que la prisión preventiva y las medidas de seguridad son, también, penas. En esa medida, los requisitos del concepto de pena propuesto por un partidario coherente de la abstracción, reflejarán esto: quien haya prestado atención a la definición de HART, habrá advertido que la pena también puede imponerse a un sujeto inocente o, como lo llama ese autor, un «*supuesto ofensor*».¹³⁰

Si pretendemos que el concepto de pena sea capaz de desempeñar esta tarea prospectiva de individuación frente a otros fenómenos estructuralmente similares, como veremos luego, no podemos mantener aislado el concepto de la justificación de la praxis punitiva. De hecho, el supuesto carácter neutral y lógicamente previo del plano conceptual, se desdibuja a medida que uno avanza en la referida obra de MUSHOFF. Al formular críticas a las teorías preventivas del castigo, el autor afirma que su problema radica en que todas ellas se «*desprenden de la esencia del concepto de la pena*», es decir, de «*la característica relación fundamental*» o «*estrecha relación de sentido*» que debe existir entre «*injusto, culpabilidad y pena*».¹³¹ La pregunta relevante, entonces, es la siguiente: ¿de dónde ha salido esa estrecha relación de sentido entre injusto, culpabilidad y pena, que conforma la esencia del concepto y cuyo desconocimiento se achaca a las teorías preventivas? Parece difícil afirmar que esa relación de sentido constituye una propiedad de un concepto *impermeable* a la justificación retributiva.¹³²

2.2. El problema retrospectivo de la relevancia

La deficiencia prospectiva no es, sin embargo, el problema más grave de la metodología abstraccionista. Como ya dijimos, la misión de un concepto de orden superior consiste en hacer inteligible el concepto de orden inferior mediante la exposición del *verdadero fundamento* por el cual, este último, posee esa forma determinada. Sin embargo, desde este punto de vista retrospectivo, el método de la abstracción no nos da garantía alguna de que esta misión se cumpla. No hay nada que nos asegure que *esas* propiedades que hemos seleccionado para construir el concepto de pena, son aquellas que reflejan la «*estructura esencial*» de todas las instancias subsumibles en él. Formulado a modo de pregunta: ¿cuál es el criterio de corrección que permite afirmar que son *esas* propiedades [a, b, c], y no *otras* [tales como □□□β□□□], las que definen el concepto?¹³³

¹³⁰ Para un análisis detallado de esta cuestión, *infra*, punto 3.d.

¹³¹ MUSHOFF, *Strafe, Maßregel...*, 2008, pp. 124 y 137: «*die charakteristische Begründungszusammenhang*»; «*der enge Sinnzusammenhang von Unrecht, Schuld und Strafe*».

¹³² Esa relación, es evidente, solo puede derivar de un postulado retributivo de la justificación del castigo. En breve: aquello que el autor eleva al carácter de «*esencia del concepto*» de la pena depende, en verdad, de una determinada justificación de la praxis punitiva.

¹³³ Véase ATRIA, *La forma del Derecho*, 2016, pp. 140-141.

Cuando se trata de conceptos referidos a un sustrato del mundo fenomenológico, la pregunta anterior encontrará una respuesta relativamente aceptable, pues el criterio de corrección viene prácticamente «*impuesto*» por la facticidad o experiencia sensible. En un ejemplo: cuando preguntamos por qué elegimos la estructura H₂O para hacer referencia a la composición molecular del agua, la respuesta reza: porque así *es* el mundo. Dicho de modo sencillo: cuando se trata del sustrato «*agua*», estamos construyendo un concepto que utilizamos para hacer referencia a una entidad cuya *existencia* asumimos como *previa y especialmente independiente* del uso que hacemos del concepto mismo.¹³⁴ Esto significa que, tratándose de agua, el objeto real al que hacemos referencia con el concepto, permanece incólume *a pesar de* lo que nosotros digamos sobre él.

Si afirmamos que el agua es un «*objeto sólido proveniente del planeta Tlön*», nuestra definición no modificará, en un ápice, la composición molecular del agua, ni su estado líquido, ni su pertenencia a este planeta. La realidad fenoménica nos opone resistencia. Esto presenta una ventaja formidable pues, siempre que se trate de conceptos que se refieran a objetos que permanecen inalterados a pesar de nuestro discurso, es posible utilizar ese *mismo objeto* como parámetro de corrección de nuestro concepto: si el enunciado no coincide con la realidad, modificamos las propiedades seleccionadas para describirlo.

Más allá de la capacidad de rendimiento que pueda presentar esta clase de respuesta en el ámbito de los «*conceptos de la naturaleza*»,¹³⁵ la pregunta que debemos hacernos aquí es si, en relación al concepto de pena, resulta posible aplicar una metodología idéntica. En mi opinión, por tratarse de conceptos institucionales, la respuesta es evidentemente negativa: en el ámbito jurídico, los conceptos nunca pueden considerarse independientes de las teorías que los construyen y emplean. Por esa razón, «*no tiene sentido una elucidación conceptual que se lleve a cabo con independencia de la elaboración de la teoría [...] que emplea el concepto en cuestión*».¹³⁶ Si el ‘objeto’ que pretendemos denotar con el concepto se *altera o irrita* con nuestro discurso conceptual, entonces no tiene sentido *volver sobre el objeto* para verificar el grado de corrección de nuestro concepto, pues tal objeto ha variado.¹³⁷ Los conceptos institucionales no se pueden construir utilizando exclusivamente enunciados de contenido empírico (abstrayendo propiedades de sustratos fenoménicos), pues *no existe una entidad del*

¹³⁴ En este caso, la definición se construye a partir de un enunciado empírico, esto es, a partir de un enunciado que «*a) versa sobre hechos, b) puede ser verdadero o falso, y c) es verdadero o falso en virtud de su relación con el mundo: es verdad si corresponde a los hechos [...] es falso si no corresponde a los hechos [...]*»; GUASTINI, *Teoría analítica del Derecho*, 2017, p. 25.

¹³⁵ Sobre la distinción entre conceptos de la naturaleza y conceptos jurídicos, CASSIRER, *Filosofía moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerström*, 2010, pp. 142-143.

¹³⁶ NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, p. 13.

¹³⁷ MOORE, en EL MISMO, *Educating...*, 2000, p. 325, utiliza la expresión «*turn that theory back onto the examples*».

mundo real hacia la que podamos dirigir nuestra hipótesis conceptual inicial para contrastar su corrección.¹³⁸ En breve: construir un concepto de pena a partir de enunciados exclusivamente empíricos, mediante abstracción, es simplemente inviable porque «*en el mundo real, no hay pena alguna*».¹³⁹

Una vez señalado el fundamento de la deficiencia, se comprende mejor la incapacidad de un concepto funcionalmente aséptico de pena para dar cuenta del criterio que gobierna el proceso de selección de propiedades relevantes. Y es que en verdad, la abstracción oculta su verdadera manera de proceder: tal procedimiento solo puede tener sentido si *antes* de realizar la selección de las propiedades fácticas (abstracción) contamos con un criterio para hacerla.¹⁴⁰ En palabras de CASSIRER:

*«Lo que le otorga a la teoría de la abstracción cierto soporte es solo que [en verdad], no presupone los contenidos [del] concepto como particularidades desconectadas, sino que los piensa tácitamente en la forma de una variedad ordenada desde un principio. Pero entonces, el concepto no es deducido [de la realidad sensual], sino presupuesto».*¹⁴¹

Pretender formar un concepto institucional por abstracción equivale, en los términos de este filósofo, a emprender la búsqueda de nuestras gafas, con la ayuda de esas mismas gafas.¹⁴² No existe un concepto ecuménico de pena porque quien lo formula posee, implícitamente, un criterio valorativo que utiliza para seleccionar las propiedades con las que lo construye. En verdad, a esas propiedades se las considera una variedad de formas ordenadas ya desde un inicio y por algún principio concreto. De hecho, esta cuestión constituye la base de la crítica que PAWLIK formula al concepto jurídico penal de acción propuesto por RADBRUCH:

«[...] el método aplicado por Radbruch, consistente en la construcción de conceptos mediante abstracción, tiene una fuerza de rendimiento y fundamentación absolutamente

¹³⁸ Sin embargo, esto no quiere decir que los conceptos jurídicos carezcan de todo sustrato. Tal como afirma CASSIRER, *Filosofía moral...*, 2010, pp. 142-143: no se trata de que «*los conceptos de la naturaleza posean un “objeto” efectivamente real, que pueden reflejar inmediatamente, mientras que los conceptos del derecho adolecen de un objeto similar*». En este sentido, todo concepto «*se dirige hacia un determinado estado de cosas que quiere llegar a expresar. Pero esta intención objetual no significa que refleje inmediatamente algo efectivamente real*». Es cierto que los conceptos jurídicos no se refieren «*al orden de lo existente en el espacio y en el tiempo [...]*», pero también es cierto que se refieren «*a la experiencia social, para la que aplicamos otro “esquema de orden”*». La diferencia entre unos y otros, en definitiva, se asienta en la *clase de estado de cosas* que el concepto quiere reflejar y la *relación* que ese estado de cosas guarda con el uso que hacemos del concepto que lo refleja.

¹³⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 5: «*In der realen Welt gibt es überhaupt keine „Strafe“*».

¹⁴⁰ Para sostener un proceso negativo de esas características, la teoría de la abstracción debe reconocer que las percepciones del mundo real se ordenan a través de consideraciones lógicas en series de cosas símiles. Sin haber ordenado las instancias particulares, el sujeto cognoscente no podría tomar consciencia de la conexión entre esas diferentes instancias.

¹⁴¹ CASSIRER, *Substance and Function...*, 1923, p. 17.

¹⁴² CASSIRER, *Filosofía de las formas simbólicas*, 3ª ed., 2016, v. I, p. 262.

limitada. El proceso de abstracción se basa en una *petitio principii occulta*. Solamente puede abstraer, es decir, prescindir de las diferencias existentes y extraer los elementos de un conjunto de objetos variados, quien ya ha conocido y reconocido como relevantes esos aspectos comunes antes de realizar el acto de abstracción, es decir, quien en realidad ya posee el concepto que busca». ¹⁴³ Por tanto, «[...] el método de abstracción es constitutivamente incapaz de responder a la pregunta de por qué son relevantes para el concepto de delito precisamente estos elementos y en este orden. Por consiguiente, lo que dicho método no puede pensar es la unidad, la identidad del objeto, pues para ello llega siempre demasiado tarde». ¹⁴⁴

3. Poner a prueba los resultados. El análisis de un concepto «valorativamente neutro» de pena

Una vez expuestas las deficiencias metodológicas, analizamos aquí los resultados insatisfactorios que estas generan. Para hacerlo, tomaremos como punto de partida el concepto de pena recientemente elaborado por GRECO:

«[...] las penas [a] son males [b] especialmente graves, [c] de tipo físico o comunicativo, [d] impuestos por el Estado, que [e] se infligen como reacción objetiva frente a un supuesto delito». ¹⁴⁵

[a] Definir la pena como un *mal*, lógicamente, excluye la posibilidad de concebirla como un bien (o incluso como algo de carácter neutro). A partir de aquí, podría uno preguntarse si, con esa definición, no se contradice la premisa inicial respecto del carácter valorativamente neutro del concepto; es decir, si tal exclusión lógica no da lugar a la conocida objeción de la *barrera definicional*. ¹⁴⁶ Según GRECO, no se trata propiamente de un «*definitional stop*»: definir la pena como un mal no implica introducir subrepticamente algún presupuesto de la justificación en el nivel conceptual, sino que se fundamentaría en una razón interna al nivel conceptual: la premisa del *pesimismo metodológico*. Intentaré explicar a qué se refiere con esto el autor.

Cuando queremos definir un determinado fenómeno, siempre existirá una multiplicidad de descripciones disponibles sobre el mismo; incluso es posible que muchas de ellas

¹⁴³ PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 25.

¹⁴⁴ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 26; EL MISMO, *Das Unrecht...*, 2012, pp. 152 ss.

¹⁴⁵ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 228. La definición del autor no difiere en gran medida del caso estándar del castigo establecido por HART o la *Minimal Conception of Punishment* de WRINGE.

¹⁴⁶ El término «*definitional stop*» se utiliza para designar la violación de la premisa metodológica que exige la separación tajante entre los planos justificativo y conceptual, es decir, cuando se incluyen elementos de la justificación dentro del concepto de pena (por ejemplo, el principio de culpabilidad). Fue popularizada por HART, en su conocida crítica al modelo de RAWLS (quien distinguía entre *punishment* y *tellishment*); véase HART, «Prolegomenon...», en EL MISMO, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., 2008, p. 5.

sean igualmente verdaderas.¹⁴⁷ El *pesimismo metodológico* no es más que una premisa mayor, de índole valorativa, que orienta nuestra elección a favor de una u otra determinada descripción. Según el autor, el pesimismo metodológico nos provee un *criterio de selección* según el cual, entre todas las descripciones igualmente verdaderas de un fenómeno, debemos optar por aquella que destaque los aspectos más negativos del mismo. En el caso de la pena, esto significa: debemos optar por aquella descripción que, con mayor énfasis, destaque las propiedades que hacen de ese fenómeno, algo necesitado de justificación. Como consecuencia de esa premisa metodológica, debe rechazarse toda descripción del fenómeno punitivo que resalte sus aspectos positivos, pero no porque esa descripción sea falsa (pueden ser igualmente verdaderas) ni tampoco porque sea parcial (la elegida por el pesimismo también lo es). La razón por la que deben descartarse esas descripciones radica, simplemente, en que ellas destacan aspectos del fenómeno punitivo que no son relevantes para nuestro interés concreto en la teoría de la pena: justificarla.¹⁴⁸ En palabras de GRECO:

Necesariamente ha de partirse de un punto seguro, una '*premise ineluctable*' cuyo contenido reza: «*la pena necesita de una justificación*».¹⁴⁹ A partir de este punto, «*la pregunta por la definición de la pena puede precisarse: es la pregunta por aquello que hace que la cosa 'pena' necesite una justificación, [esto es, por] aquellas cosas que la hacen parecer cuestionable*».¹⁵⁰

Ahora bien, si esto es así, entonces toda construcción del concepto de pena debe hacerse con miras a un objetivo concreto: la justificación. En términos sencillos, la descripción debe ser, en algún punto, *hecha a medida* para proporcionar una potencial justificación del fenómeno. Y esto significa, derechamente, que el plano conceptual no puede ser lógicamente previo ni independiente del plano justificativo. Más bien al contrario: nuestro interés por la justificación repercute, de forma directa, en la construcción del concepto de pena, a punto tal que no somos libres para elegir cualquier descripción verdadera y parcial de la misma. Esa descripción, *siempre y en todo caso*, debe dejar espacio para la justificación; a la inversa: la descripción elegida, aun cuando sea la más pesimista, no puede hacer de la pena un fenómeno injustificable. De hecho, creo que esa es la verdadera razón por la cual GRECO rechaza la concepción de la pena como «*un genocidio colonialista*» propuesta por ZAFFARONI. Esa descripción es, quizás, la más

¹⁴⁷ Este punto de partida se comparte plenamente; en la terminología de PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 21: «*el mundo es mucho más rico que las descripciones que hacemos de él*».

¹⁴⁸ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 219.

¹⁴⁹ Este punto de partida, que aquí se comparte, es unánime en la doctrina. Quien ha clarificado esto de una manera particularmente gráfica es BERMAN, «Punishment and Justification», *Ethics* (118-2), pp. 258-290, a través de la idea (tomada de KLEINIG) de «*base de demanda por la justificación*». Existe versión castellana del texto: «Castigo y Justificación» (trad. DE LA PARRA y FERRANTE), *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (9-1), Junio de 2008. Sobre esto, en detalle y con mayores referencias, Capítulo III.

¹⁵⁰ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 217.

pesimista que pueda hacerse sobre la pena y quizás sea parcialmente verdadera en determinados contextos. Pero nadie dirá que ese concepto es valorativamente neutro: la única forma de construir semejante concepto es haber adoptado, previamente, una teoría agnóstica o abolicionista del castigo y, a partir de ella, definir la pena de forma tal que esta se vuelva *injustificable*.

Dicho lo anterior, valga la aclaración siguiente. Adoptar el pesimismo metodológico implica reconocer que «*todo objeto solamente puede existir bajo una determinada descripción*»,¹⁵¹ y que esa descripción que hacemos no es neutral, sino que depende del campo de sentido en el que insertamos el objeto a describir. Por esa razón, el pesimismo metodológico es, en mi opinión, un buen recurso argumentativo para responder a la objeción brevemente señalada con anterioridad: sin una función o criterio valorativo, a la luz del cual se destaquen las dimensiones que nos interesan del concepto, no es posible responder a la pregunta por la relevancia de las propiedades seleccionadas para su construcción. En otras palabras: sin recurrir a la pregunta por la (necesidad de) justificación de la actividad punitiva, no podremos explicar cabalmente por qué son esas propiedades (y no otras) las que destacamos como propias o inherentes del objeto que sometemos a justificación. La diferencia entre el modelo de GRECO y lo que personalmente sostendré luego, radica en que este recurso puede ser útil para determinar el objeto de la justificación (la acción punitiva), pero dicho objeto debe distinguirse del concepto de la pena estatal. A este *verdadero concepto* solo se llega como producto de una determinada teoría sobre la justificación de la práctica punitiva.¹⁵²

[b] Siguiendo el camino propuesto por GRECO, una vez aplicado el pesimismo metodológico, nos encontramos con que una descripción válida sobre la pena debe concebirla como un *mal*. A continuación, puede uno preguntarse si *cualquier* mal puede ser pena estatal, y la respuesta es, evidentemente, negativa. Necesitamos de otras propiedades para que un mal pueda ser conceptualizado como pena: comienza aquí el proceso de reducción del nivel de abstracción mediante la *adición* de ciertas propiedades determinadas. Como primera limitación, GRECO propone aquí considerar, las dos descripciones siguientes, como *igualmente verdaderas* a los fines de la construcción del concepto:

«¿*Qué es lo relevante en la teoría de la pena legítima?... ¿Es una teoría de la imposición legítima de un mal sensorial o una teoría de la imposición legítima de un mal*

¹⁵¹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 19-20.

¹⁵² En el mismo sentido, ATRIA, *La forma del Derecho*, 2016, p. 140/141, señala que, si bien es cierto que «*podemos usar conceptos estructurales como los indicados en contextos delimitados*», debe tenerse en cuenta que «*este concepto será suficiente solo en la medida en que nos quedemos en la superficie [...]*», pues se trata «*de la versión más simple e inmediatamente aparente del concepto*».

*comunicativo? El pesimismo metodológico da una respuesta clara a esta pregunta: tanto uno como otro».*¹⁵³

Bajo este esquema, entonces, la descripción del fenómeno punitivo como un mal *sensorial*, o bien como un mal *comunicativo*, son –desde el punto de vista de su relevancia– *equivalentes*.¹⁵⁴ Como consecuencia, GRECO concluye que ambas descripciones se encuentran en una relación «*disyuntivo-inclusiva*»: presentes las demás condiciones, tanto una como otra constituyen, individualmente consideradas, una condición suficiente para tener «*por habida*» una pena. En palabras del autor:

El «*concepto de pena [...] contiene dos componentes que se relacionan entre sí de manera disyuntiva y no conjuntiva. Y la disyunción relevante aquí es, desde luego, la inclusiva, no la exclusiva [...]. Por ello, tanto puede haber penas que solo consistan en un mal físico, como penas que solo consistan en un mal comunicativo, así como también, por último, penas que consistan en ambos males a la vez*».¹⁵⁵

Por mi parte, entiendo que esta afirmación no es más que el producto defectuoso de intentar mantener firme la supuesta neutralidad del plano conceptual y, de hecho, nos conduce a un lugar bastante incómodo.¹⁵⁶ En la medida en que la concurrencia del *mal sensorial* (aplicado por el Estado, etc.) representaría una condición suficiente para dar por sentada la existencia de una pena, GRECO se ve obligado a reconocer que la dimensión comunicativa del fenómeno punitivo resulta prescindible. En ese sentido, no solo se trata de una diferenciación con fines didácticos –à la v. *HIRSCH*– sino de afirmar que *pueden existir penas sin dimensión comunicativa alguna*. Las limitaciones e inconvenientes que arrastra un concepto de pena en el que se prescinde de toda dimensión expresivo-comunicativa, son ampliamente conocidas y no serán reproducidas aquí.¹⁵⁷ Basta con mencionar que, desde una perspectiva que comprende al delito y la pena como conceptos intrínsecamente vinculados en una relación de sentido (que se definen el uno al otro), esa misma afirmación debería valer para el concepto de delito.

¹⁵³ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 222. El destacado es propio. Preliminarmente, uno podría preguntarse si definir el mal a partir de su carácter comunicativo no implica violentar la separación analítica de niveles, puesto que lo comunicativo es, indudablemente, un elemento funcional. Sin embargo, no es esto lo que me interesa destacar aquí.

¹⁵⁴ PÉREZ BARBERÁ, *InDret* (4), 2014, pp. 3 ss., ha seguido, en este punto, un camino distinto: no existe tal equivalencia entre ambas descripciones, pues el autor entiende que cada uno de estos elementos posee una entidad significativamente distinta, haciendo surgir una especie de relación de subordinación del mal comunicativo respecto del mal sensorial.

¹⁵⁵ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 222-223.

¹⁵⁶ Desde mi punto de vista, nos encontramos aquí con el primero de los dos puntos más álgidos de su propuesta. El segundo está representado por el grado de vinculación con el antecedente frente al cual reacciona el Estado con la pena estatal: no se trata de la comisión de un delito, sino de la *supuesta comisión de un delito*. Un análisis detallado sobre esto *infra*, [d].

¹⁵⁷ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, pp. 127 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 55 ss.; EL MISMO, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (11), 1996, pp. 23 ss.

Con ello, estaríamos obligados a asumir que el concepto de delito admite ser descompuesto en dos elementos (mal sensorial – mal comunicativo) cuya relación también se establece en términos *disyuntivo-inclusivos*. A partir de aquí, la pura violencia fáctica resultaría condición suficiente para «dar por habido» un delito.¹⁵⁸ Ahora bien, si el concepto de delito es reducido a esta forma existencial, entonces la distinción entre la agresión que da lugar a la actuación en defensa legítima y el peligro que da origen al estado de necesidad agresivo resulta, entre otras cosas, conceptualmente precaria; así como también se vuelve impracticable la distinción entre el estado de necesidad agresivo y defensivo.

[c] Una vez establecido lo anterior, podría uno preguntarse nuevamente si *cualquier mal sensorial* o *cualquier mal comunicativo* puede ser catalogado de pena estatal. La respuesta negativa se repite: es necesario precisar un poco más la clase de males (sensoriales o comunicativos) que pueden conceptualizarse como penas. Una ulterior propiedad, que reduce este universo de males, se encuentra en el carácter estatal: el mal punitivo debe ser impuesto, necesariamente, por el Estado. Que la teoría de la pena es parte de la teoría del Estado es una premisa que a esta altura no necesita de mayores consideraciones: la pena, sea lo que sea, es algo estatal.¹⁵⁹ Ni la teoría de la pena (en su conjunto: concepto y justificación), ni la teoría del delito, ni el Derecho penal ni, en fin, el Derecho en su conjunto, pueden ser entendidos como algo ajeno al Estado.¹⁶⁰

[d] La siguiente característica de la pena viene dada por su *estructura reactiva*, respecto de lo cual existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina: cualquier teórico debe reconocer en ella un consecuente relativo a un antecedente.¹⁶¹ En palabras de WOHLERS, «*el carácter reflexivo de la pena no es solo una convención lingüística, sino el reflejo de una institución social vivida*»¹⁶² pues, como explican HASSEMER y

¹⁵⁸ Siempre que, por supuesto, estén presentes las demás condiciones necesarias.

¹⁵⁹ De aquí deriva el creciente interés de la doctrina penal en otorgar mayor importancia al concepto de ciudadanía, en tanto vínculo entre Estado–individuo, como elemento clave en la legitimación del castigo. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «*Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*», 2018, Cap. I y II; CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret* (2), 2017.

¹⁶⁰ Para decirlo con ZACHARIÄ: «*es gibt im Stande der Natur kein Strafrecht*». Véase Capítulo I, Apartado III, punto 2.3 (pp. 29 ss.).

¹⁶¹ Particularmente ilustrativo ha sido GÜNTHER, «Criminal Law, Crime and Punishment as Communication», en SIMESTER/DU BOIS-PEDAIN/NEUMANN, *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas v. Hirsch*, 2014, p. 126, al afirmar que «[esto] resulta verdadero de forma independiente a cualquier meta o mensaje que se le atribuya... Incluso las teorías preventivas del castigo no niegan el hecho de que el crimen cometido resulta una condición necesaria para el castigo preventivo». Idénticos, PÉREZ BARBERÁ, *InDret* (4), 2014, p. 3; y FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención...*, 2007, p. 48: «*la pena es solo un mal que se inflige como re-acción frente a un delito*».

¹⁶² WOHLERS, *GA* (7), 2019, p. 427.

NEUMANN, la frase de que alguien ha sido sometido al poder punitivo no provoca la pregunta «para qué», sino «en virtud de qué».¹⁶³

En el modelo de GRECO, según creo, este reconocimiento implica incurrir en una contradicción parcial; en concreto, respecto de la supuesta posibilidad de que existan penas *no-comunicativas*. Si la pena se concibe siempre y en todo caso como una *reacción intencional* frente a un antecedente, entonces necesariamente se lo define como *respuesta* y, en esos términos, se trata de algo comunicativo.¹⁶⁴

Lo relevante aquí es advertir lo siguiente: si con la pena se «*reacciona frente a un determinado acontecimiento que se encuentra en el pasado*»,¹⁶⁵ entonces siempre se encontrará vinculada (de algún modo) con este. La cuestión fundamental pasa por definir, entonces, *cuál es el antecedente* cuya concurrencia habilita la reacción punitiva y *qué clase de vínculo* existe entre ambos. Desde mi punto de vista, toda metodología abstraccionista (y GRECO no es la excepción) se encontrará aquí ante una tensión importante: por un lado, necesita mantener estrictamente separados los planos conceptual y justificativo; por otro y al mismo tiempo, necesita determinar cuál es el antecedente frente al cual se reacciona y establecer alguna clase de vínculo entre el concepto de pena y dicho antecedente. En este punto, la gran mayoría de los autores que participan de este modelo, ha optado por disolver la tensión modificando el antecedente necesario para la reacción punitiva y, con ello, debilitar el vínculo de la secuencia conceptual *delito/pena*.¹⁶⁶ Así las cosas, siempre según GRECO, la pena constituye efectivamente una reacción, pero tal reacción no está vinculada de *forma exclusiva* con la previa comisión de un delito. Dicho de modo breve: la pena es una reacción del Estado que también puede encontrar su origen en la *supuesta* comisión de un delito. En palabras del autor:

«la pena se impone como reacción objetiva frente a un **supuesto delito** [...]. Obsérvese lo siguiente: para no quebrar la separación entre los presupuestos del concepto de pena y los de la justificación de la pena, aquí se habla tan solo de un **supuesto delito**».¹⁶⁷ Desde

¹⁶³ HASSEMER/NEUMANN, *NK-StGB*, Vor § 1/103; NEUMANN, en PAWLIK *et al.* (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 438.

¹⁶⁴ Sin hacer expresa esta cuestión, GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, n. 326, reconoce que la *reactividad* de la pena se encuentra «*estrechamente vinculada con su dimensión como mal comunicativo* [...]», pero entiende que «[...] *Con todo, es recomendable ponerlo de resalto por separado, sobre todo para recortar del concepto de pena las imposiciones de una mal sensorial que no presentan el carácter de reacción, tales como la guerra*».

¹⁶⁵ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, p. 20.

¹⁶⁶ Señala también esta cuestión, WRINGE, «Must Punishment Be Intended to Cause Suffering?», *Ethical Theory and Moral Practice* (18), 2015, p. 616.

¹⁶⁷ Similar, WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?: Einführung in ethische Straftheorien*, 1992, p. 18/19; donde sostiene que, a los fines de obtener una definición, únicamente resulta necesario que el castigado sea *tomado por* infractor o quebrantador de la ley por parte de la autoridad, de manera tal que esa definición no excluya los castigos aplicados erróneamente a sujetos que no son culpables.

esta perspectiva, «sin dudas, la pena puede alcanzar a una persona que no ha cometido el supuesto delito», solo que entonces se trata de «una pena ilegítima [...]».¹⁶⁸

Debilitar el vínculo de la secuencia conceptual *delito/pena*, reemplazando el antecedente de la *efectiva* comisión de un delito por la *supuesta* comisión de delito (o la implicancia que de ello hace el Estado),¹⁶⁹ genera un déficit de la mayor envergadura: el ya mencionado «problema de la individuación». En efecto, a partir del mencionado reemplazo, se vuelve particularmente difícil distinguir entre pena, prisión preventiva y medidas de seguridad. Y es precisamente esa imposibilidad lo que motiva a GRECO en su afirmación: «[si], p. ej., la prisión preventiva dura varios años, lentamente va cambiando su contenido... y se torna [...] en una pena».¹⁷⁰

Sin embargo, el déficit prospectivo no solo se presenta en relación a las medidas estatales estructuralmente idénticas a la pena (tales como la prisión preventiva o las medidas de seguridad). La cuestión es más grave pues, una vez eliminada la culpabilidad del agente como requisito necesario para la reacción punitiva, tampoco se puede trazar fronteras conceptuales claras entre una pena y un delito de privación ilegítima de la libertad. Para evidenciar esto, basta pensar en el siguiente supuesto: el juez de turno, frente a la evidente inocencia del imputado, prevarica en toda regla y dicta una sentencia condenatoria. Una metodología abstraccionista, tomando como punto de partida un concepto ecuménico de pena, estará obligada a reconocer que la privación de libertad derivada de esa condena (impuesta sobre el inocente), también es una verdadera pena (solo que ilegítima). Pero adviértase que, entonces, nos encontramos en el siguiente brete: es necesario admitir la existencia de *penas* que, al mismo tiempo y en la misma medida, son *delitos*. Desde el punto de vista que aquí se adopta, si bien es cierto que un sustrato admite ser descrito en una infinidad de formas diferentes, existen límites lógicos: dentro de un mismo marco interpretativo (el Derecho

¹⁶⁸ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 226.

¹⁶⁹ Con la asignación del carácter *objetivo* a la reacción en la que consiste la pena, el autor pone de relieve que esa estructura de índole reactiva no depende de la perspectiva individual-subjetiva del Estado que impone el castigo, sino de la perspectiva general de los ciudadanos y, en particular, del ciudadano a quien se le aplica el castigo: «no se trata de que el Estado crea sinceramente que el afectado ha cometido un delito determinado, sino, antes bien, de que el Estado objetivamente está **implicando** que el ciudadano ha cometido un delito»; GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 226-227.

¹⁷⁰ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 226-227. En lo personal, entiendo que la mayor o menor extensión del período de tiempo durante el cual se mantenga una medida cautelar no puede generar una mutación de su naturaleza. La diferencia entre una y otra reacción está en el estímulo que las desencadena y el vínculo que existe entre estímulo y reacción. Dicho de otro modo, si la pena es una reacción distinta a la prisión preventiva, el estímulo que motiva esa respuesta no puede ser el mismo que activa la respuesta estatal de la prisión preventiva. Eso no quiere decir, por supuesto, que la prisión preventiva no tenga nada en común con la pena. Incluso es probable que la prisión preventiva pueda ser concebida como un equivalente funcional de la pena. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 147 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena», *InDret*, (3) 2020; y, especialmente, el Capítulo IV de esta investigación (pp. 143 ss.).

penal) y respecto de un mismo sustrato, no pueden adscribirse dos sentidos comunicativos antagónicos entre sí. Y esto es precisamente lo que hacemos cuando afirmamos que una pena constituye, al mismo tiempo, un delito.¹⁷¹

Debilitar el vínculo de la secuencia conceptual *delito/pena* constituye un recurso bastante difundido entre los autores que defienden teorías mixtas de la pena estatal. En algunos de esos modelos, de hecho, no se trata de reemplazar el antecedente «*efectiva comisión*» de un delito sino de *añadir* un nuevo antecedente, creando una secuencia conceptual paralela que se dispara con la «*supuesta comisión*» de un delito. Para explicarlo, tómese por caso la distinción conceptual de tinte «*hartiano*» que ha efectuado, recientemente, BERMAN.¹⁷² Según esa distinción, la teoría de la pena debería reconocer la existencia de *dos clases* de castigo:

[Ø] El *caso central* del castigo, que identifica con la sigla [$P_{(c)}$], se define como «*la imposición de algo doloroso o gravoso a un delincuente real por el delito que cometió y solo en la medida en que la imposición satisfaga algún límite de proporcionalidad*».¹⁷³ En estos casos, es evidente que la existencia de un hecho delictivo, la culpabilidad del autor, la autoridad que impone el castigo e incluso los límites de proporcionalidad, son condiciones necesarias del concepto jurídico de pena.

[Ø] Los *casos periféricos* del castigo, que identifica con la sigla [$P_{(p)}$], son aquellos en los que alguno de esos elementos claves es meramente *supuesto*. Aquí se trata de un castigo impuesto a personas que [a] no son los autores materiales del hecho delictivo, o bien [b] no hay hecho delictivo alguno, o bien [c] el sujeto no puede ser considerado responsable por ese hecho delictivo; pero [d] ¡incluso cuando el castigo se impone infringiendo el límite de proporcionalidad!¹⁷⁴

Como es fácil de advertir, todos los casos periféricos parecen entrañar una especie de error judicial o legislativo; y es precisamente eso lo que los sitúa al margen del concepto central de castigo. Ahora bien, dado que los casos periféricos de castigo [$P_{(p)}$] entrañan errores, uno podría preguntarse –ya de entrada– por qué esos casos deberían formar parte de cualquier concepto de castigo: ¿no sería más apropiado ignorarlos y centrarse en la justificación de [$P_{(c)}$]? Según BERMAN, los casos [$P_{(p)}$] no pueden ignorarse, porque

¹⁷¹ Respecto de las acciones punitivas como sentido atribuido a un sustrato y la restricción de derechos como símbolo del merecimiento de pena, véase Capítulo III, Apartado III.

¹⁷² BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 261.

¹⁷³ BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 261.

¹⁷⁴ La expresión «*no fue responsable*» debe leerse aquí en sentido amplio: concurren causas de exclusión de la acción, de la tipicidad, causas de justificación, de inimputabilidad o de exculpación.

« $P_{(p)}$ produce por lo menos un beneficio consecuencialista muy importante –disuasión general. Y en el número (posiblemente significativo) de casos en los que el acusado a quien se condena erróneamente sea realmente una manzana podrida, la sociedad obtiene el beneficio consecuencialista adicional de la incapacitación. Por tales razones, algunos consecuencialistas concluirán que los casos periféricos están justificados a pesar de ser errores. Por lo tanto, dudo que podamos tomarnos la libertad de excluir de entrada los casos periféricos de nuestra empresa justificatoria».¹⁷⁵

La argumentación anterior evidencia, con toda claridad, la idea central que hemos intentado transmitir durante este Apartado: esa (sub)clase de castigos [$P_{(p)}$] no pueden excluirse *porque* la justificación consecuencialista «no lo permite». Para ponerlo más claro, considérese la siguiente pregunta: ¿por qué ciertos elementos, como la proporcionalidad o la culpabilidad del agente, forman parte del concepto de castigo central y no del concepto periférico de castigo? La respuesta es evidente: porque el castigo central es justificado, por BERMAN, mediante una teoría retribucionista, donde culpabilidad y proporcionalidad constituyen condiciones constitutivas de la praxis punitiva. Por el contrario, el castigo periférico se justifica a través de un esquema de razonamiento preventivo, donde ni la culpabilidad ni la proporcionalidad aparecen como condición necesaria para su imposición y, por tanto, no forman parte del concepto.

Para decirlo directamente: BERMAN puede construir *dos conceptos* de pena *porque* adopta una postura *dualista* de la justificación de la práctica punitiva; no a la inversa. Si el plano conceptual fuera lógicamente previo al plano justificativo y el concepto de pena fuera «valorativamente neutro», deberíamos aceptar la absurda conclusión de que, para estos autores, existen en el mundo dos clases penas distintas (que reclaman una justificación diferenciada). Lo que resulta evidente es, en verdad, que BERMAN ha adoptado una justificación dualista de la práctica punitiva y, como *producto* de esa justificación dual, ha obtenido dos conceptos distintos de pena.

En este punto, vale destacar a un grupo de autores que ha adoptado una estrategia parcialmente diferente: toman como punto de partida un *concepto retributivo* de pena para luego construir una *justificación prevencionista* (o dual) del castigo.¹⁷⁶ En este

¹⁷⁵ BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 262. La pregunta es ¿por qué esas mismas consecuencias beneficiosas no pueden alegarse para incluir dentro del concepto, también, a los casos que BERMAN denomina *castigo degenerado* (condenas a sabiendas de un inocente)? Según el autor, eso sería posible, pero «ningún consecuencialista estaría dispuesto a asumir un riesgo semejante». Esta argumentación, como es evidente, no puede convencer.

¹⁷⁶ La distinción de RAWLS entre *punishment* (castigo con merecimiento) y *tellishment* (castigo sin merecimiento) fue, precisamente, lo que dio lugar a la objeción del *definitional stop* formulada oportunamente por HART, *Proceedings of the Aristotelian Society* (60), 1959, p. 3. En el caso de PÉREZ BARBERÁ, *InDret* (4), 2014, pp. 3 ss., la raíz de su planteamiento radica en distinguir entre el *elemento descriptivo* de la retribución (el carácter reactivo), el *elemento institucional* de la retribución (carácter estatal y procedimental) y el *elemento normativo* de la retribución (el merecimiento). Según su modelo,

sentido, no es infrecuente encontrar entre los autores (RAWLS, v. HIRSCH, HÖRNLE o PÉREZ BARBERÁ) la afirmación de que, si bien la pena es «*conceptualmente retribución*», su justificación no puede lograrse (en todo o en parte), a través de la idea de retribución.¹⁷⁷ En este sentido, p. ej., HÖRNLE destaca lo siguiente: «*la pena reacciona a un acontecimiento que se encuentra en el pasado y que hay que reprochar, pertenece al concepto de pena. Pero mediante la referencia a la retribución, no se puede contestar la pregunta por el “por qué” de esa pena*».¹⁷⁸

En mi opinión, esta estrategia constituye una trampa argumental: una vez introducidos los elementos retributivos en el concepto de pena (aquellos que sustentan las objeciones tradicionalmente formuladas a una teoría preventiva –a saber, culpabilidad del agente, proporcionalidad, merecimiento, etc.–), la prevención pretende ser dueña y señora del plano justificativo. Para decirlo con una expresión tomada de MCPHERSON: una vez que la prevención ha concedido a la teoría retributiva el cargo de «*presidente honorario perpetuo*» del concepto de pena, se siente libre para ignorar completamente sus planteos a la hora de la justificación.¹⁷⁹ El problema fundamental de esta estrategia es que rompe su propia premisa metodológica: la prioridad lógica del plano conceptual sobre el plano justificativo.¹⁸⁰ Y esto sale a la luz cuando se pregunta (y ninguno de estos autores es

los dos primeros elementos de la retribución pertenecerían al *plano conceptual* de la pena, pero el segundo se ubicaría en el *plano justificativo*. Sin embargo, al momento de definir la pena, el autor afirma que posee dos elementos centrales: desaprobación e irrogación de un mal (la pena es una «*respuesta institucionalizada que se manifiesta **desaprobatoriamente** a través de la irrogación de un mal*»). Desde mi punto de vista, el autor equipara erróneamente los términos reacción y desaprobación. Si bien es cierto que el carácter reactivo puede considerarse un término valorativamente neutro, no sucede lo mismo con la desaprobación. Desaprobar es, en todo caso, una actividad a la que resulta inherente un juicio de valor normativo, por lo que no puede tener lugar sino a partir de un determinado esquema de sentido normativo en función retrospectiva que permita calificar la actividad como correcta o incorrecta. Por tanto, afirmar que la *desaprobación* es un elemento del concepto de pena -proveniente de la retribución- no hace más que confirmar que los planos conceptual y justificativo están, de algún modo, vinculados. También COGLEY define al castigo como la acción de «[infligir de forma] *intencional y autorizada un daño reprobativo y retributivo sobre alguien*», y automáticamente afirma que «[estas] *son proclamas conceptuales, no normativas. Al definir [así] el castigo, tanto Boonin como yo, no nos comprometemos con ninguna proclama acerca de la justificación apropiada del castigo [...]*»; COGLEY, «Fortifying the Self-Defense Justification of Punishment», *Public Affairs Quarterly*, *NMU Commons* (31-4), 2017. Véase también, BOONIN, *The Problem of Punishment*, 2008.

¹⁷⁷ El carácter total o parcial de la justificación preventiva varía en cada modelo y, generalmente, depende de quiénes se consideren destinatarios del mensaje punitivo. Véase, con mayores referencias, PÉREZ BARBERÁ, *InDret* (4), 2014, pp. 7 ss.

¹⁷⁸ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, p. 20.

¹⁷⁹ MCPHERSON, *Analysis* (28-1), Octubre 1967, p. 22: «*Una vez que los honores han sido pagados [...], el retribucionismo puede ser ignorado sin sentirse ofendido, cuando tratamos el asunto -más importante-relativo a la justificación. “¿Cómo puedes decir [tú, retribución] que no te apreciamos lo suficiente? ¿Acaso no te hemos hecho Presidente Honorario Perpetuo [del concepto]?”*»

¹⁸⁰ Describe esa supuesta prioridad lógica como algo *ilusorio*, MCPHERSON, *Analysis* (28-1), Octubre 1967, p. 21.

capaz de responder): ¿cómo es posible que un concepto, supuestamente previo e independiente a cualquier justificación, repentinamente posea elementos retributivos?¹⁸¹

[e] Por último, la *especial gravedad* del mal, que GRECO ha propuesto como elemento necesario para la configuración del concepto de pena, está lejos de gozar de claridad terminológica y es particularmente circular. De hecho, es el propio autor quien reconoce a esta propiedad como «*necesariamente difusa y, en casos dudosos, de poca utilidad*»; por lo que se limita a proponer, como criterio identificador, lo siguiente:

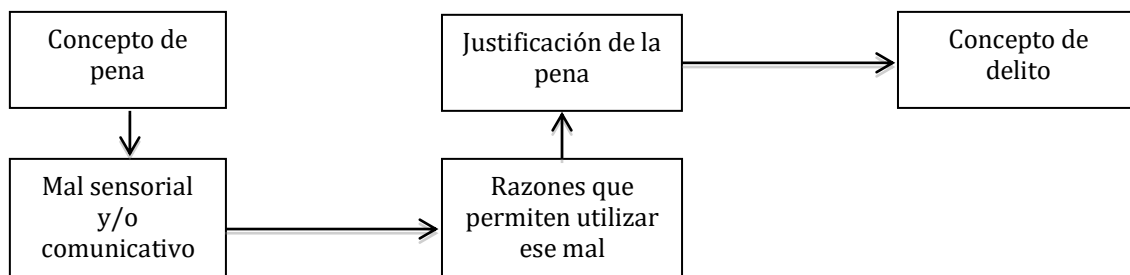
«[siempre] *que el mal impuesto alcance determinada gravedad, tal como en general solo la alcanzan los males que se denominan penas, se estará en presencia de una pena*».

Si se descompone el argumento en sus dos partes respectivas, se advierte la circularidad. Se afirma que, para encontrarnos ante una *pena*, es necesario que el fenotipo *mal* con el que estamos tratando represente un mal *especialmente grave*. Ahora bien: ¿cómo saber cuándo estamos ante un mal *especialmente grave*? Esa especial gravedad es aquella que solo alcanzan los fenotipos que *en general* se denominan penas.

SÍNTESIS CRÍTICA

En el capítulo precedente, pusimos de relieve que la clasificación tradicional de las teorías de la pena posee varias deficiencias; una de ellas radica en la errónea asunción de que existe un acuerdo respecto del concepto de pena y, con ello, deja oculta una dimensión central del debate. Esta situación deficitaria está ligada, como hemos visto en el punto anterior, a un modelo metodológico concreto y según el cual existiría una prioridad lógica del plano conceptual sobre el plano justificativo. Como consecuencia de la adopción de estas premisas, la doctrina dominante trabaja con un concepto funcionalmente aséptico de pena, para entrar luego en el debate acerca de las razones que permitirían utilizarlo; y, a partir de allí, derivar –ahora sí– un concepto de delito rico en contenido valorativo. Gráficamente:

¹⁸¹ WOHLERS, GA (7), 2019, p. 426, p. ej., afirma que «*la retribución, entendida como reacción reprobable, es una condición previa necesaria*» para el concepto mismo de pena (la pena presupone la reprobación de una conducta realizada por un sujeto de modo culpable). Sin embargo, entiende que frente a este concepto no puede esgrimirse la objeción de la barrera definicional, porque, en definitiva, el no pretende «*esclarecer qué es la pena -en un espacio vacío, sin contexto-, sino de establecer cómo hay que entender la institución de la pena en nuestro entorno social*». Dicho de modo sencillo: pretende vincular el plano conceptual con el justificativo.



Al margen de las deficiencias señaladas, se advierte ahora por qué se ha producido una enorme disparidad entre el desarrollo teórico alcanzado por el concepto de delito y la pobreza conceptual en la que se mantiene la pena. Esa disparidad se produce, como puede advertirse en el gráfico, porque el Derecho penal moderno entiende al concepto de delito como un producto «orientado a los fines de la pena».¹⁸² Su contenido depende de la posición que se adopte respecto de la justificación de la praxis punitiva. Por el contrario, y respecto de la pena (la contraparte conceptual del delito), la doctrina mayoritaria procede de forma inversa: este concepto se concibe como algo lógicamente previo e independiente al plano justificativo.

Si uno mira con atención, advierte fácilmente que esas premisas metodológicas no son para nada inocentes: cuando en el marco de la teoría de la pena se pretende establecer una especie de prioridad lógica del plano conceptual respecto del plano justificativo, la pena ya ha sido *pre-concebida* como una «herramienta de producción»;¹⁸³ en concreto, como un instrumento al servicio de fines preventivos y cuyo éxito en esa empresa profiláctica debe proveer la justificación de su utilización. En verdad, esta forma de trabajar es engañosa y oculta su verdadera manera de proceder: ningún concepto de pena puede prescindir de elementos valorativos. En palabras de BELING:

«La razón más profunda de por qué es inviable anteponer la “pena” como objeto de investigación [...] radica en que la pena es un puro νοούμενον [nóumeno]. En el mundo real no hay “pena” alguna. [...] El encierro y la retención de un ser humano [...] recién adquieren para nosotros el significado de “pena” [...] a través de una relación de pensamiento. [...] Solo el sentido que conferimos al proceso en cuestión deja que este aparezca como “punición”. [...] La pena es un fenómeno natural en la misma escasa medida en la que el encierro, generado por el delito de privación de la libertad,

¹⁸² PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 17, entiende que esta metodología es «una de las conquistas más importantes del Derecho penal moderno». Véase, para mayores referencias, PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 57, nota 116.

¹⁸³ Sobre la distinción entre pena como símbolo y pena como herramienta de producción, MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista», *InDret* (2), 2015, pp. 6 ss.

*representa la ejecución de una pena [...]; el pago de una deuda civil y la pena de multa son eventos que, fácticamente, son indistinguibles».*¹⁸⁴

En el Apartado siguiente, con la pretensión de cooperar en el «*restablecimiento de la paridad perdida entre teoría de la pena y teoría del delito*»,¹⁸⁵ se exponen los lineamientos metodológicos de una concepción alternativa, cuyo desarrollo teórico se relega al Capítulo III. Desde esta perspectiva, la pena estatal no es una herramienta de producción de seguridad, el ciudadano no es un peligro a controlar ni el Derecho penal se inscribe en la lógica de la *poiesis*. La pena es un símbolo, que forma parte de una compleja práctica comunicativa (el Derecho como *praxis*), colectivamente construida a través del comportamiento de ciudadanos que se conciben, recíprocamente, como agentes comunicativamente relevantes.

III. METODOLOGÍA FUNCIONAL: LA VINCULACIÓN ENTRE EL PLANO CONCEPTUAL Y JUSTIFICATIVO

1. Consideraciones generales

Se ha señalado que la exigencia más importante de nuestra ciencia consiste en: «*indagar el verdadero concepto de Derecho penal, lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma*».¹⁸⁶ Tal exigencia solo puede ser superada si, en primer lugar y desde una perspectiva *externa* (o interdisciplinar),¹⁸⁷ se concibe al Derecho penal como engranaje o parte integrante de una *praxis* comunicativa más amplia,¹⁸⁸ una «*parcela de comunicaciones*»¹⁸⁹ dentro de un conjunto más amplio de prácticas comunicativas.¹⁹⁰

¹⁸⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 5. El esquema propuesto por este autor coincide sustancialmente con lo afirmado anteriormente: sin campo de sentido, el objeto concreto es simplemente inexistente.

¹⁸⁵ PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 19.

¹⁸⁶ JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, 2000, p. 9.

¹⁸⁷ Fundamental, GÓMEZ-JARA DIEZ, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a G. Jakobs*, t. II, 2003, pp. 15-39. La distinción entre perspectiva externa y perspectiva interna (en relación al concepto del Derecho penal) solo tiene, como es evidente, un valor analítico. Su utilización en este contexto debe ser vista como un recurso explicativo para comprender la idea que se intenta transmitir: la fundamentación de la práctica punitiva y el concepto de pena no constituyen dos planos que puedan separarse. Detrás de la dicotomía prevención vs. retribución existe un dilema de mayor complejidad.

¹⁸⁸ Sobre la comprensión del Derecho penal como parte de una compleja práctica comunicativa, véase también Capítulo III, Apartado III (pp. 94 ss.).

¹⁸⁹ PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, 2005, p. 203.

¹⁹⁰ En este sentido, señala GÓMEZ-JARA DIEZ la necesidad de adoptar una *teoría reflexiva* del Derecho penal: una visión que le permita orientar sus *auto-descripciones* hacia otras teorías reflexivas ubicadas en

En segundo término y desde una perspectiva *interna*, también resulta indispensable mirar *hacia dentro* y, particularmente, hacer foco en los *conceptos* claves con los que trabaja. Desde este punto de vista, no parece discutible que la secuencia conceptual protagonista viene dada por el binomio *delito/pena*.¹⁹¹ Ahora bien, conceder protagonismo a esta secuencia conceptual no implica inclinarse, todavía, por ninguna posición teórica respecto de [a] cómo deben ser construidos esos conceptos, ni tampoco sobre [b] cómo debe ser la relación que ambos mantienen entre sí.¹⁹²

Ya hemos adelantado en el punto anterior que, en lo tocante a esta secuencia conceptual, existe una disparidad enorme entre el grado de desarrollo que ha alcanzado el concepto de delito y la precariedad en la que se mantiene el concepto de pena estatal. En efecto, mientras el primero constituye un concepto altamente complejo (una herramienta dogmática bien refinada), el segundo exhibe un contenido más bien precario y una estructura tosca. Según dijimos, esto se debe a que, respecto de lo primero [a], la doctrina ha seguido premisas metodológicas completamente diferentes para cada concepto. Para la construcción del concepto dogmático de delito, la justificación de la pena es un referente indispensable; cuando nos mudamos a la contraparte de esa secuencia conceptual, se dejan de lado esos postulados y se asume la prioridad lógica del concepto respecto de la justificación. La disparidad señalada no resulta coherente pues, respecto de lo segundo [b], ambos conceptos se encuentran en una relación de *interdependencia* recíproca: *delito* y *pena* son conceptos reflexivos; se *co-definen* recíprocamente.

sistemas científicos independientes (la lingüística, la semiótica, la hermenéutica, la sociología, etc.). Resumidamente, el autor califica a la dogmática como una auto-observación consistente en utilizar las estructuras y categorías del sistema para *clasificar una operación bajo un determinado código: legal o ilegal*; mientras que una teoría jurídico-penal es una *auto-descripción*, pues se trata de operaciones más exigentes y con mayores pretensiones: a través de ella se pretende identificar al sistema como *unidad en la diferencia* y, de esa forma, se acentúa el carácter paradójico (en sentido de círculo virtuoso) de cualquier teoría reflexiva. Véase, GÓMEZ-JARA DIEZ, en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *El funcionalismo...*, t. II, 2003, pp. 15-39.

¹⁹¹ La doctrina reconoce de forma unánime que los dos bloques centrales de conocimiento de la parte general del Derecho penal consisten en la teoría del delito y la teoría de la pena. Véase, a título ilustrativo y con mayores referencias, PAWLIK, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en EL MISMO *et al.* (coord.), *FS-Jakobs*, pp. 469 ss.; recientemente, WILFERT, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, 2017, p. 15.

¹⁹² En el mismo sentido, MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 118; EL MISMO, *Terror, pena y amnistía*, 2010, p. 53. Lo que si resulta obligado reconocer a partir de esa secuencia conceptual, es que ambos se encuentran conectados de algún modo. Este trabajo se inserta, como resulta obvio a esta altura, en la tradición filosófico jurídico-penal que aspira a la sistematización. La pretensión de sistematicidad, sin embargo, no implica que los contenidos de las categorías conceptuales deban ser reconducidos a *una única y la misma* idea, sino que resulta perfectamente posible la reconducción a diversos puntos de apoyo, sin necesidad de que esto signifique una ruptura sistemática. Destacando la existencia de dos tradiciones distintas en el Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «Estudio introductorio», en PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 17 ss.

De hecho, que la dogmática penal haya destinado la mayor parte de sus esfuerzos a la construcción de un concepto científico de delito no puede explicarse como un mero «interés por lo desagradable».¹⁹³ La dogmática se esfuerza en la construcción del concepto dogmático del delito, sencillamente, porque dicho concepto constituye el presupuesto operativo de la norma de sanción que habilita el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, es evidente que la interdependencia conceptual también puede describirse de forma inversa (*à la Hegel*): el Estado solo se plantea la posibilidad de reaccionar con una acción punitiva porque esta constituye la respuesta institucional necesaria frente a los delitos (debido a que esa clase de injusto lesiona el Derecho en sí mismo). En palabras de DAHM: «lo que el delito es, depende de lo que la pena significa y, a la inversa, la pena debe determinarse a través de la esencia del delito».¹⁹⁴ Ahora bien, a los fines de evidenciar la interdependencia conceptual entre delito y pena (así como el déficit de desarrollo del segundo respecto del primero), utilizar como punto de partida el delito o la pena resulta absolutamente irrelevante. En otras palabras: para poner de relieve la necesidad de robustecer el concepto de pena, solo hace falta insistir en que este conforma, junto con el concepto de delito, una secuencia conceptual indisoluble; la prioridad lógica y/o temporal de uno sobre otro no tiene aquí relevancia ninguna.¹⁹⁵

En el punto anterior, espero haber demostrado que un concepto ecuménico de pena no es viable. Una ciencia valorativa como el Derecho (y en especial el Derecho penal) no puede limitarse a *describir* un objeto, sino que el discurso *conforma* ese objeto. Como consecuencia, el debate de la teoría de la pena no puede quedar circunscrito al plano justificativo y debe abarcar también el plano conceptual, pues el primero impacta de manera decisiva sobre la secuencia completa: la justificación afecta tanto al concepto de delito como al concepto de pena.¹⁹⁶

Lo que debemos hacer, entonces, es poner en relación ambos planos: *vincular la justificación con el concepto* de la pena estatal.¹⁹⁷ Solo de esta manera es posible

¹⁹³ PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 77.

¹⁹⁴ La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 52, cita 208. Ciertamente es que esta premisa nos sitúa, según el propio PAWLIK, frente a un «círculo desesperanzador», pues no nos indica por dónde comenzar. Sin embargo, no nos interesa ahora la solución de este problema (si es que puede hablarse en estos términos); a fin de demostrar la dependencia recíproca entre ambos conceptos, es irrelevante por cuál de ellos comenzar el análisis. Véase, a continuación, el texto; también RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER, *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag*, 1930, pp. 158 ss., quien distingue entre *perspectiva categorial* y *perspectiva teleológica* para solucionar este «problema»; diferente, ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3/36.e.

¹⁹⁵ Evidentemente, una elección como esa no es para nada inocente. Tal como ha puesto de manifiesto PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, pp. 53 ss., en el marco de la metodología hegeliana, anteponer el concepto de delito al concepto de pena, otorgándole prioridad lógica y temporal al primero sobre el segundo, tiene una explicación perfectamente lógica en ese sistema de conocimientos.

¹⁹⁶ En este sentido, PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 77: «la pena legitimada desde la perspectiva de la prevención general positiva tiene otros requisitos que la pena retributiva». Sobre el particular, en detalle, Capítulo III, Apartados III (pp. 94 ss.) y IV (pp. 130 ss.).

¹⁹⁷ Similar, pero recurriendo a la distinción entre la imposición de castigo (como acto particular) y la pena como institución, WOHLERS, *GA* (7), 2019, pp. 425 ss.

comprender el problema en toda su extensión o, para expresarlo con PAWLIK, lograr ver que detrás del «*Pingpongspiel*»¹⁹⁸ entre prevención y retribución se esconden problemas de mayor complejidad, que afectan la visión que tenemos del Derecho penal en su conjunto (*poiesis vs. praxis*), la identidad del destinatario de la norma (*sujeto a controlar vs. agente capaz de lenguaje*) y, en lo que aquí interesa, una cierta concepción acerca del concepto de pena y su relación con el concepto de delito.

Sobre este último, debemos recordar que la pena es un concepto jurídico y, como tal, «*si bien puede tener cierta definición inicial, no puede tener una definición definitiva*».¹⁹⁹ En palabras de NAGLER: «*cada concepto es el producto resumido del pensamiento [de modo que] el contenido del concepto debe variar [...] según el material [con el que se construye] y la medida en que se selecciona lo constante y lo variable*».²⁰⁰ Desde la perspectiva metodológica que aquí se adopta, esa falta de definición definitiva del concepto de pena es absolutamente lógica y no hace más que reflejar la falta de acuerdo respecto del concepto de delito que, en tanto antecedente de la reacción punitiva, *co-define* a la pena. El desarrollo teórico de esta perspectiva quedará relegado, como dijimos, al Capítulo III; por ahora, es momento de afrontar y responder las objeciones metodológicas a las que, posiblemente, nos veamos expuestos.

2. Consideración crítica de posibles objeciones

En el Capítulo I señalamos que, mediante un paulatino proceso de simplificación didáctica, la doctrina dominante ha ido recortando el campo de la teoría de la pena, a punto tal que esta se ha transformado, en algunos casos, en un debate exclusivamente referido a las razones que justifican cómo debe distribuir el Estado, el sufrimiento. La discusión de la teoría de la pena, por tanto, se ha desarrollado sin prestar atención suficiente al plano conceptual. Optar por una metodología funcional, nos obliga a volver la mirada sobre la distinción analítica *plano conceptual – plano justificativo* y, especialmente, sobre el *vínculo* que ambos mantienen entre sí. Sin embargo, dado que la doctrina ha trabajado siempre al margen de estas cuestiones (con algunas excepciones), las repercusiones y alcances de esta vinculación entre ambos planos, así como las potenciales objeciones que pueden ser dirigidas contra esta metodología, tampoco han sido suficientemente sistematizadas y, de hecho, son más bien escasas. Con el objeto de hacer una consideración detallada de las mismas, y a modo de contrapunto, utilizamos la obra que, en mi opinión, es la más acabada entre esas excepciones: el trabajo de

¹⁹⁸ La expresión pertenece a PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 84.

¹⁹⁹ PAWLIK, «Identidad de la sociedad o identidad de quien aplica el Derecho. Observaciones sobre la tarea de la ciencia jurídico-penal», *Revista En Letra: Derecho Penal*, (IV-7), 2018, p. 201.

²⁰⁰ NAGLER, *Die Strafe...*, 1918, p. 8.

habilitación de GRECO.²⁰¹ A continuación, esquematizamos un breve resumen crítico acerca de cada uno de los argumentos allí esgrimidos contra nuestra perspectiva.

2.1. El argumento «intuitivo - open question»

El primero de estos argumentos, que denomino ‘*intuitivo - open question*’,²⁰² sostiene lo siguiente: en la medida en que las razones justificativas se inmiscuyan en el plano conceptual, toda pena resultaría –ya por definición– justificada.²⁰³ Y eso es

*«contra-intuitivo en sí mismo, porque en la vida cotidiana y en la ciencia jurídica, todos hablamos siempre de penas a pesar de que no cumplen con todos los presupuestos de justificación. Antes bien, el sentido particular de la teoría de la pena, [...] es el de poder estigmatizar tales castigos como ilegítimos. Una teoría de la pena que no pudiera marcar la diferenciación entre castigos legítimos e ilegítimos por conocer únicamente penas legítimas nos serviría muy poco. Por ello, constituye un requisito de las finalidades [...] o bien de las funciones del concepto de la pena en el marco de la teoría de la pena, el que las finalidades ...o bien las funciones sean dejadas de lado al definir el concepto de la pena. Aquí uno podría servirse [...] de un argumento open question [...] y afirmar lo siguiente: la palabra pena no presupone, por su significado, legitimidad, pues siempre tiene sentido preguntarse si cada pena en particular es legítima».*²⁰⁴

Esta objeción resulta útil, pues nos obliga a precisar algunas cuestiones en las que quizás no hemos sido lo suficientemente claros. El carácter *contra-intuitivo* señalado por el autor (y que, según dice, proviene del uso cotidiano del lenguaje, pues «todos hablamos de pena como algo distinto a su justificación»),²⁰⁵ no afecta a la metodología propuesta en este trabajo. Sucede que, con esta objeción, se nos atribuye bastante más que la mera pretensión de establecer un *vínculo* entre ambos planos. Dicho de modo sencillo: tal objeción solo es atingente frente a quien pretenda *borrar* completamente la distinción analítica entre los planos conceptual y justificativo, asegurando que toda pena debe quedar, por el hecho de ser pena, justificada. Pero aquí no se pretende tal cosa: vincular el concepto con la justificación no supone borrar la distinción entre ambos

²⁰¹ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015.

²⁰² Con la denominación elegida se pretende hacer notar la similitud estructural que guarda este argumento con la segunda de las objeciones que formuló MOORE, G. E., *Principia Ethica*, 1903, contra el naturalismo ético, así como también la necesaria concurrencia de las intuiciones para que el argumento pueda tener alguna capacidad de rendimiento.

²⁰³ Similar, ROXIN-GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 3/1.a.

²⁰⁴ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 206.

²⁰⁵ Sin embargo, se ha descartado ese lenguaje como mecanismo válido para determinar el contenido del concepto de la pena; véase GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 209: «*el lenguaje cotidiano es tan indeterminado que es imposible esperar que dé la solución a una controversia científica acerca del objeto [pena] de la teoría de la justificación de la pena*».

planos; más bien al contrario, la presupone.²⁰⁶ En consecuencia, es perfectamente posible que existan (en palabras de GRECO) *condiciones de legitimación* que queden fuera del plano conceptual y, por eso, que existan penas *ilegítimas*.²⁰⁷

Una vez aclarado lo anterior, podemos abocarnos con un poco más de detalle al núcleo de la objeción, que se encuentra en el argumento de la pregunta abierta («*open-question-argument*»). Se trata de un argumento de carácter semántico que, en breve, discurre como sigue: dos términos no pueden ser entendidos como sinónimos cuando, en el marco de la definición de un término a través del otro (p. ej.: «*es bueno aquello que es placentero*»), todavía tiene sentido preguntarse si aquello que se ofrece como definición de lo 'bueno' (el *definiens*, 'placentero') es realmente «bueno». La única forma en que dos términos ($p - q$) pueden ser tenidos por sinónimos, es *si y solo si* la pregunta *¿q es p?* constituye una pregunta de carácter *cerrada* que se responde a sí misma. En este sentido, 'placentero' no puede significar lo mismo que 'bueno' pues la pregunta cerrada *¿lo placentero es placentero?* no significa lo mismo que la pregunta abierta *¿lo placentero es bueno?*²⁰⁸

No se dispone del espacio, ni tampoco me creo capaz de ingresar en una discusión sobre el intuicionismo moral. Lejos de ello, el problema que me gustaría considerar radica en la viabilidad de esta estrategia en el ámbito de la teoría de la pena, pues GRECO recurre a ella con el objeto de probar el carácter autónomo (y *lógicamente previo*) del nivel conceptual frente al plano justificativo. A través de la lógica semántica, GRECO afirma que «pena» y «condiciones de justificación» no pueden ser términos sinónimos, pues *siempre tiene sentido* preguntarse si una determinada pena está justificada. Según creo, el problema radica en que GRECO le está exigiendo, al argumento de la pregunta abierta, algo que se encuentra por encima de su capacidad de rendimiento, en la medida en que

²⁰⁶ Establecer un vínculo solo es posible en la medida en que la distinción analítica entre ambos planos se mantenga. Véase, *supra*, Apartado II.

²⁰⁷ En idéntico sentido, PAWLIK, *Das Unrecht...*, p. 58. Basta pensar, p. ej., en los límites deontológicos (sustanciales o procesales) que se imponen a la actividad punitiva del Estado y que, en verdad, poco tienen que ver con la justificación jurídica de la práctica punitiva (a modo de *side constraints*, como afirma NOZICK). En efecto, si se reconoce que la aplicación de una pena solo puede ser legítima cuando respetan esos límites, entonces el hecho de incluir el criterio de la fundamentación en el concepto de pena (por ej., el merecimiento) no excluye *per se* la posibilidad de que puedan existir penas ilegítimas. En un esquema como este, perfectamente pueden existir casos en donde la pena aplicada es merecida pero ilegítima, lo cual sucede cuando no se respetan esos límites (cuando se violan las garantías procesales del imputado, p. ej.). En el mismo sentido, ORTIZ DE URBINA, en «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento?», en CARNEVALI, (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, 2017, pp. 419 ss.

²⁰⁸ La tesis de G. MOORE es que el naturalismo ético incurre en la así [mal] llamada *falacia naturalista* que pretendía derivar conclusiones éticas de premisas no éticas. Mal denominada porque, en verdad, el argumento criticado por MOORE técnicamente *no es una falacia* (esto es, un argumento formalmente inválido), sino un *entimema* que puede ser perfectamente válido desde el punto de vista formal. Lo que se discute es su corrección o incorrección a partir de la toma de postura acerca de la naturaleza ética o no ética de la segunda de sus premisas, lo cual determina la violación o no de la Ley de Hume por parte del argumento. Sobre el particular, recientemente, PRECHT, *El arte de no ser egoísta*, 2014.

con él pretende probar algo que el argumento, por sí mismo, no está en condiciones de probar. En efecto, si bien el argumento prueba que el concepto de la pena y sus condiciones de legitimidad no son términos sinónimos, eso no implica que efectivamente tenga sentido afirmar el carácter lógicamente previo e independiente del plano conceptual respecto del plano justificativo. Dicho de modo preciso: la premisa «*siempre tiene sentido preguntarse si una pena está o no justificada*», presupone la subordinación de los planos, pero no ayuda a reforzar (al menos no lógicamente) la tesis que propicia esa subordinación.

Para que mi observación resulte más comprensible, puede *traducírsela* a términos dogmáticos más familiares, equiparando el argumento (al solo efecto analítico) con la distinción entre las categorías del tipo y la antijuridicidad. Propongo el siguiente ejercicio: reemplazaremos la distinción entre concepto y justificación de la pena (en el párrafo del autor) por términos equivalentes referidos a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad. Veamos qué sucede.

«El esquema según el cual toda *acción típica* es a la vez *antijurídica* y en donde las *causas de justificación* son ya *causas de atipicidad*, resulta contra-intuitivo, porque en la vida cotidiana y en la ciencia jurídica, todos hablamos siempre de *acciones típicas* a pesar de que no cumplen con todos los presupuestos de la *antijuridicidad*. Antes bien, el sentido particular de la teoría de la *justificación*, [...] es el de poder estigmatizar tales *acciones típicas* como [no] *justificadas*. Una teoría que no pudiera marcar la diferenciación entre *acciones típicas justificadas* y *acciones típicas no justificadas*, por conocer únicamente *acciones típicas no justificadas*, nos serviría muy poco. Por ello, constituye un requisito de la justificación en el marco de la *teoría del delito*, el que las *causas justificación* sean dejadas de lado al definir la *tipicidad*. Aquí uno podría servirse [...] de un argumento *open question* [...] y afirmar lo siguiente: la palabra *tipicidad* no presupone, por su significado, *antijuridicidad*, pues siempre tiene sentido preguntarse si cada *acción típica* en particular *está justificada*».

El ejercicio es útil porque permite evidenciar la debilidad del argumento. Aquí se considera metodológicamente valioso subordinar el debate sobre las causas de justificación a la previa formulación de un juicio sobre la tipicidad de la conducta. Y el argumento que se utiliza para justificar dicha metodología se asienta en que, de lo contrario, no podrían existir las acciones típicas y luego justificadas, siendo esta conclusión algo contra-intuitivo, *pues siempre tiene sentido preguntarse* si una acción típica está justificada. Pero esto es, así planteado, algo similar a una tautología: solo puede tener sentido la pregunta «*¿es esta acción típica una acción justificada?*» en la medida en que se parte de la base que el juicio de antijuridicidad es posterior a la obtención previa de un juicio de tipicidad; de lo contrario la pregunta pierde cualquier tipo de interés. Como consecuencia, la afirmación según la cual «*la utilidad de la teoría de la pena*» reside en estigmatizar a ciertos castigos como no justificados es, en verdad,

un reduccionismo que solo tiene sentido en el marco de una previa adopción de la metodología tradicional, pero no es un argumento fértil para inclinarnos a adoptar esa metodología.

2.2. El argumento del «fraude de etiquetas»

La segunda objeción, que el propio GRECO denomina «*fraude de etiquetas*», advierte lo siguiente: si no trabajamos con un concepto previo e independiente de la justificación (funcionalmente aséptico), se corre el riesgo de incurrir en un «*error categorial*», esto es, tener por ausente el objeto –no hay pena– cuando deberíamos declararlo injustificado –es una pena ilegítima–. Y esto es problemático porque, una vez declarado ausente el objeto (no es pena, sino algo más), se produce el fraude de etiquetas: dispensamos a ese objeto, arbitrariamente, del cumplimiento del resto de las condiciones de legitimidad que deben exigirse a la pena. Bien mirado, este argumento no es más que una aplicación derivativa del argumento anterior, reformulado ahora desde el punto de vista que remarca sus consecuencias. Con el «*fraude de etiquetas*», entonces, solo se desplaza el centro de atención: lo que interesa ahora son las consecuencias perniciosas de no haber calificado como pena a un determinado fenómeno que, a partir de un concepto funcionalmente aséptico, sería efectivamente una pena.

GRECO ha ilustrado su crítica recurriendo a diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Alemán, de las cuales basta con mencionar aquí, a los efectos de la ejemplificación que se pretende, la resolución del BVerfG.²⁰⁹ Conforme lo sostenido por el Tribunal, a pesar de que el internamiento del agente tiene lugar –materialmente– en los mismos establecimientos en los que se ejecuta la pena privativa de libertad, dicho internamiento constituye una medida de seguridad. Estas medidas persiguen un fin diferente al de la pena, razón por la cual *no son penas* y tampoco están sujetas al principio de culpabilidad por el hecho. En este sentido, el Tribunal entiende que, en virtud de no estar destinadas al cumplimiento de los mismos fines, las medidas de seguridad no son penas, de modo que la finalidad o función de cada instituto sería, en verdad, parte del concepto mismo.

Según creo, la objeción pretende transformar su propia debilidad en fortaleza, invirtiendo la carga de la prueba argumental. Al formular este argumento, se está presumiendo que las medidas de seguridad o la prisión preventiva constituyen verdaderas «*penas disfrazadas*»; cuando resulta que, precisamente, es esa presunción lo absolutamente controvertido. En este sentido, la objeción pone las cosas de cabeza: en lugar de explicarnos cómo es posible distinguir entre medida de seguridad, prisión preventiva y pena, partiendo de un concepto funcionalmente aséptico de pena (es decir, responder al «*problema de la individuación*» denunciado), directamente renuncia a ello.

²⁰⁹ BVerfG, t. 109, pp. 133 ss. (p. 174). Cfr. GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 208, cita 247.

En lugar de buscar un mecanismo para distinguirlas, se asume que las medidas de seguridad son también penas y que, por tanto, somos nosotros quienes incurrimos en un «*error categorial*» al intentar distinguirlas. En mi opinión, la cosa es precisamente a la inversa: el tribunal lleva toda la razón, pues el hecho de que una determinada restricción de derechos tenga lugar en un establecimiento penitenciario, no transforma a las medidas de seguridad ni a la prisión preventiva, en verdaderas penas.

2.3. El argumento del «*definitional stop*»

Por último, se esgrimen cierto tipo de razones que podrían agruparse bajo la rúbrica del argumento «*inclusivo - contra definitional stop*».²¹⁰ La objeción señala que, al incluir las razones justificativas en el plano del concepto, se *excluye* a ciertos partícipes del debate justificativo mediante una barrera definicional, aduciendo que sus teorías no tienen como objeto de referencia «*la pena*» sino otra cosa (un *tellishment*, una medida de seguridad, etc.). Por esa razón, concluyen que un concepto ecuménico de pena constituye el único medio capaz de evitar ese *efecto exclusivo* (que se produce al vincular la justificación con el nivel conceptual). Dicho con un ejemplo: si afirmamos que el encierro de un inocente no es pena, dejamos fuera de la mesa de diálogo justificativo a quien pretenda justificar ese encierro en absoluto merecido –p. ej., a través de razones puramente utilitarias–. El concepto ecuménico de pena tendría, entonces, una ventaja: presenta *el objeto* a justificar de la forma más *neutral* posible, permitiendo que todas las opiniones sobre su justificación tengan la posibilidad de “sentarse” en la mesa del diálogo justificativo.

En mi opinión, la objeción acierta en lo primero (respecto del potencial efecto excluyente que puede tener un concepto de pena rico en contenido valorativo), pero yerra en lo segundo: dicho efecto exclusivo no constituye, *per se*, un argumento para inclinarse por un concepto ecuménico de pena. El *definitional stop* nos exige que no escapemos del debate justificativo *mediante* la formulación de un concepto, pero *no implica* que estemos obligados a adoptar un concepto lógicamente previo y completamente independiente del plano justificativo. En palabras de ZÜRCHER:

²¹⁰ La expresión corresponde a HART, *Proceedings of the Aristotelian Society* (60), 1959, p. 5; y fue utilizada para dar cuenta de ciertos abusos o excesos cometidos, en el plano conceptual de la teoría de la pena, por los defensores de teorías preventivas. Al momento de contestar a la objeción que señala la imposibilidad de evitar condenas a inocentes sobre la base de argumentos exclusivamente preventivos, la respuesta de algunos preventivistas dejaba sorprendidos a los retribucionistas. Dicha respuesta consistía en afirmar lo siguiente: una teoría que afirmara la conveniencia de imponer castigos sobre agentes no culpables, ha dejado de ser una teoría de la justificación de la pena para pasar a ser una justificación de algo distinto. De esta misteriosa forma, se introducía el principio de culpabilidad y merecimiento (propio de la teoría de la retribución) dentro del concepto de la pena, de manera tal que el objeto sobre el que se discutía (y sobre el que se pensó que existía acuerdo) rápidamente había cambiado de categoría ontológica. Ahora ya no solo se trataba de una pena -a secas-, sino de *pena merecida*. Por todos, RAWLS, «Two concepts of Rules», *The Philosophical Review* (64), 1955, pp. 3-32.

«aquí tenemos que distinguir entre dos casos distintos: si la definición es el resultado o producto de un debate [...], entonces no es objetable el condicionamiento del concepto (esto es, el carácter excluyente). Sin embargo, si esa argumentación no ha aparecido y dicho condicionamiento del concepto (con efecto excluyente) se establece de forma axiomática, entonces se presenta una barrera definicional».²¹¹

De hecho, fue esta misma objeción la que, en su esencia, utilizó BELING para poner de relieve la existencia de estas dos alternativas metodológicas en el ámbito de la teoría de la pena. BELING argumenta, con particular genialidad, lo errado de asumir que existe un supuesto «*acuerdo universal*» sobre el concepto de pena y reducir la teoría de la pena a un debate focalizado exclusivamente en su función:

«Antes, se buscaba la coincidencia de las teorías en el objeto al que se consagraba la investigación: la pena. [Si] la pena era considerada como algo fijo en sus rasgos esenciales, solo quedaba por determinar el sentido de su aplicación. [...] Esta formulación es absolutamente inadmisibles hoy, porque ya el punto de partida [común] de las teorías se ha desmoronado por completo. Actualmente, unas toman como punto de partida una determinada naturaleza [característica esencial] de la pena y entonces formulan la pregunta acerca de la finalidad, [...]; mientras que las otras, parten de una finalidad determinada y derivan, a partir de ella, las consiguientes características de la pena».²¹²

Para decirlo de forma sintética: frente a la objeción de la «*barrera definicional*», pueden tomarse dos caminos distintos. El primero de esos caminos es el que ha sido objeto de críticas en este capítulo y consiste en intentar *neutralizar* o *purificar* el concepto de pena. El segundo de los caminos es el favorecido por BELING: *invertir* la discusión, de manera tal que el debate justificativo se produce *con anterioridad* a la construcción del verdadero concepto. La primera posibilidad trabaja con un concepto fenoménico de pena (haciendo foco en el sustrato), como si se tratara de un objeto de la realidad externa. La segunda, en cambio, pone el acento en el *sentido* atribuido al sustrato y, especialmente, en el esquema normativo a partir del cual se les atribuye dicho sentido. Desde esta perspectiva, el concepto de pena no constituye un punto de partida para dar el debate justificativo, sino un punto de llegada o producto de la justificación de la praxis punitiva.²¹³ Aquí se parte de la base de que el concepto de pena, como hecho

²¹¹ ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe: die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe*, 2014, p. 32.

²¹² BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 3.

²¹³ En el mismo sentido, MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 125, destaca que «*la definición que resulta incompatible con una teoría que niegue la exigencia de culpabilidad como condición de imposición de la pena es correcta, pero no porque el debate acerca de la mejor definición del término 'pena' haya concluido con la enunciación de esa definición, sino porque esa definición es producto de la teoría correcta acerca de la justificación de la institución de la pena*». El destacado es propio.

institucional y más allá de las propiedades fácticas que lo componen, debe ser concebido principalmente como un *noúmeno*; una relación de sentido.

Si queremos construir un concepto útil de pena, que se corresponda en cierta medida con la contracara de la secuencia conceptual (el delito),²¹⁴ debemos dejar de focalizar en lo fenoménico y atender al sentido que amalgama todas esas propiedades. Esto último, sin embargo, no debe llevar a confusión: no se trata, bajo ningún punto de vista, de que esas propiedades fenoménicas se consideren irrelevantes. Lo que aquí se quiere transmitir es lo siguiente: esas propiedades resultan, por sí mismas, vacías de sentido; no dicen nada específico sobre las acciones punitivas. Tales propiedades solo son inteligibles (como parte de ese concepto) si se interpretan bajo la luz que nos provee un determinado esquema de atribución de sentido: la justificación de la praxis punitiva.

Como veremos luego, esto produce cambios sustanciales pues, si se sigue la primera alternativa, los principios de culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, etc., configuran meras restricciones externas (*side constraints*) de una facultad punitiva cuya justificación se asienta, exclusivamente, en su capacidad para prevenir el delito. En la perspectiva que aquí se adopta, en cambio, dichos principios son verdaderas *reglas constitutivas* de la *praxis* punitiva: sin esas reglas o principios, ni siquiera es posible hablar de acciones punitivas. Delito y pena son una secuencia conceptual indisoluble (sin discurso no hay respuesta) y, dado que no hay delito sin culpabilidad, tampoco habrá pena sin ella. En breve: la restricción de libertades o derechos que imponemos coactivamente sobre un sujeto no culpable podrá ser muchas cosas, pero en ningún caso es pena. Al desarrollo de este esquema destinamos el Capítulo III.

IV. CONCLUSIONES

1. Hacia el interior del bloque de conocimiento que denominamos «*teoría de la pena*», la distinción entre el plano conceptual y justificativo es imprescindible. Sin embargo, la necesidad de esa distinción analítica no prejuzga acerca de la clase de relación que ambos mantienen. Por lo tanto, tampoco dice nada respecto de la metodología a partir de la debe construirse el concepto de pena. A este respecto, es posible distinguir entre dos modelos distintos: un método abstraccionista y un método funcional.

2. La doctrina mayoritaria asume el primer camino y trabaja con dos premisas metodológicas básicas. Conforme con la primera, se subordina el debate justificativo a

²¹⁴ Similar, MAÑALICH, «Retribución como coacción punitiva», *Revista de Derecho y Humanidades* (1-16), 2010, p. 54, al afirmar que dentro de los «presupuestos de los que depende que un determinado acto estatal cuente como el hecho institucional de la imposición [...] de una pena [...]» se encuentra, en primer lugar, «que la razón para [el reproche] se agota en el hecho de que al destinatario del [mismo] resulta imputable el quebrantamiento de una norma común como acción u omisión culpable, que lesiona una expectativa compartida de reciprocidad».

la previa obtención de un concepto «universalmente válido» de pena. Conforme con la segunda, para lograr obtener ese concepto ecuménico de pena, debe eliminarse cualquier vestigio normativo-valorativo, de modo que ningún elemento proveniente de la justificación puede invadir el plano conceptual.

3. A partir de esas premisas, el concepto de pena queda reducido a una mera descripción de un sustrato; la descripción de una porción de «realidad» seleccionada por el agente. Para su construcción, como es lógico, se utiliza el procedimiento de la «abstracción» y, como consecuencia, todos esos conceptos presentan una misma estructura: la yuxtaposición de propiedades que adjetivan un sustantivo, que es el eje de rotación del concepto. La pena *es* aquí un *mal* o un *sufrimiento* calificado, luego, por un conjunto de propiedades (más o menos) relevantes que el agente selecciona (comunicativo, fáctico, infligido por, que recae sobre, etc.).

4.- Este modelo adolece de dos deficiencias básicas: «*el problema de la individuación*» y «*el problema de la relevancia*».

4.1. El problema de la individuación es de carácter prospectivo. Un concepto funcionalmente aséptico de pena presenta una escasa capacidad de rendimiento, pues no nos permite distinguir la pena de otros institutos que poseen idénticas propiedades (tales como la prisión preventiva, las medidas de seguridad e incluso la comisión misma de delitos).

4.2. El problema de la relevancia es retrospectivo. Un concepto a-valorativo de pena no puede explicar por qué son o deben ser *esas* (y no otras) las propiedades relevantes que deben ser seleccionadas para su definición. El método oculta su verdadera manera de proceder pues, antes de «abstraer», es necesario contar con un criterio –valorativo– de selección que permita determinar qué porción de la realidad debe ser «abstraída» para formar el concepto. La pretendida prioridad lógica del plano conceptual, esconde que la pena ha sido ya *pre-concebida* como una «*herramienta de producción*» al servicio de fines preventivos.

5. La construcción de un concepto útil de pena nos exige reconocer que el plano justificativo ejerce una gran influencia sobre el conceptual, por lo que es necesario vincularlos. Los argumentos para sostener esta perspectiva son, en resumen, dos:

5.1. Desde un punto de vista metodológico, esta clase de conceptos jurídicos no puede ser «*funcionalmente aséptica*», pues una ciencia valorativa como el Derecho no puede limitarse a *describir* un objeto, sino que modificamos el objeto a medida que discutimos sobre él. Esto significa que, en nuestra disciplina, las razones que esgrimimos en el plano justificativo impactan de manera decisiva sobre los conceptos centrales con los que trabajamos: la secuencia conceptual *delito/pena*.

5.2. Desde un punto de vista interno, si se acepta que el concepto de delito debe construirse con base en las premisas adoptadas en la justificación de la praxis punitiva, y se afirma también que *delito y pena se definen* recíprocamente (en la medida en que constituyen una secuencia conceptual indisoluble) entonces también el concepto de pena debe vincularse a la justificación de la praxis punitiva.

6. El concepto de pena debe concebirse como el *producto* de una determinada posición sobre la justificación de la praxis punitiva. Con ello, se hace posible considerar el debate *prevención-retribución* en toda su extensión: se trata de un debate en el que está en juego una determinada comprensión del Derecho penal en su conjunto, un posicionamiento acerca del concepto de persona (como destinatario de la norma) y, finalmente, también respecto de los conceptos centrales de delito y pena.

7. Ninguna de las objeciones que se han formulado a esta perspectiva tienen, hasta donde alcanzo, entidad suficiente. Desde lo metodológico-formal, ni el argumento *'intuitivo-open question'* ni la objeción del *'fraude de etiquetas'* pueden considerarse razones de peso para adoptar un concepto funcionalmente aséptico de pena. El argumento conocido como *'definitional stop'*, por último, no representa una verdadera objeción a esta metodología. Sin embargo, pone en evidencia la existencia de un problema común a toda ciencia valorativa: ¿cómo es posible justificar algo cuyo concepto está en proceso de construcción? El camino que emprendemos en el Capítulo siguiente, comienza con una respuesta a esta pregunta.



CAPÍTULO III

JUSTIFICACIÓN Y CONCEPTO DE PENA RETRIBUTIVA

*«Die Theorie der Strafe ist eine der Materien, die in der positiven Rechtswissenschaft neuerer Zeit am schlechtesten weggekommen sind, weil in dieser Theorie der Verstand nicht ausreicht, sondern es wesentlich auf den Begriff ankommt».**

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie
des Rechts*, § 99, 1820

** «La teoría de la pena es una de las materias peor tratadas en la moderna ciencia positiva del Derecho, porque en ella el entendimiento no es suficiente, sino que se trata, esencialmente, de llegar hasta el concepto».*

I. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo I de esta primera parte, pusimos de relieve que la tradicional forma de concebir a la «*teoría de la pena*» resulta parcialmente deficitaria, pues tiende a centrarse en el plano justificativo y relega la importancia del plano conceptual. Por ello, es necesario ampliar el objeto de la teoría de la pena, incorporando la dimensión conceptual. Esto no significa difuminar la distinción analítica; esta debe ser respetada. Sucede que, cuando se trata de las distintas orientaciones en esta materia, la cuestión determinante radica en la *clase de relación* que el plano conceptual mantiene con el plano justificativo. En este sentido, distinguimos dos posibilidades: la primera consiste en trabajar con un concepto de pena previo e independiente («*impermeable*») a la justificación; la segunda, construir un concepto de pena «*permeable*» a la justificación.

En el Capítulo II, nos ocupamos de analizar críticamente la primera de esas posibilidades metodológicas. Según espero haber demostrado, esta variante nos conduce a resultados deficitarios porque nos obliga a trabajar con un concepto raquíutico de pena estatal, con escasa capacidad de rendimiento teórico. Y es que, a decir verdad, la premisa metodológica del abstraccionismo no es más que una «*ilusión teórica*»: no existe tal cosa como un concepto funcionalmente aséptico de la pena estatal.²¹⁵ A lo sumo, una descripción como esa podrá configurar «*un símil más o menos felizmente elegido*», pero en ningún caso «*puede considerarse un concepto dogmáticamente resistente*».²¹⁶

Por esas razones, al final del Capítulo precedente, optamos por un camino distinto. En lugar de aislar el plano conceptual –para obtener un concepto funcionalmente aséptico de pena estatal–, es necesario vincularlo con el plano justificativo: el concepto pena es (en cierta medida) el *producto* de una determinada fundamentación de la praxis punitiva. En este sentido, la *construcción* de un concepto útil de pena estatal, nos exige introducir en él ciertos elementos que solo pueden provenir del plano de la justificación de la praxis punitiva (debe ser un concepto rico en contenido valorativo). Brevemente: el plano justificativo nos aporta importante materia prima para la construcción del concepto de la pena estatal.

Sin embargo, la alternativa aquí elegida tampoco está exenta de problemas. De hecho, nos encontramos ahora con un problema metodológico distinto y que es necesario resolver, previo a cualquier otro paso. Este Capítulo III posee una estructura trimembre. En el Apartado II, se afronta el problema metodológico señalado, se definen sus

²¹⁵ La expresión pertenece a MCPHERSON, *Analysis* (28-1), Octubre 1967, p. 21.

²¹⁶ PAWLIK, «Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke», en SCHUMANN (ed.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, p. 82.

alcances y, para resolverlo, se recurre al conocido método de la reconstrucción racional de los conceptos (1). La clave está en distinguir la acción punitiva –en tanto objeto de la justificación– y el concepto de pena –en tanto producto de una construcción dogmática– (2). Entre ambas, existe una determinada teoría de la justificación de la praxis punitiva, estructurada a modo de respuesta frente a las demandas concretas de justificación (3).

El Apartado III es el núcleo central de este Capítulo. Allí se establecen los lineamientos generales de una justificación retributivo-comunicativa de la praxis punitiva y que permitirá responder a las demandas previamente formuladas. Para ello, se distingue entre aquellos lineamientos relacionados con el binomio sinalagmático *libertad–responsabilidad* (1) y aquellos otros vinculados a la secuencia conceptual *delito–pena* (2). En el punto siguiente, se analiza brevemente la noción de merecimiento, pues esta representa el núcleo indisponible de toda teoría retributiva de la praxis punitiva (3). A partir de allí, se introduce la dimensión comunicativa de la praxis punitiva, conforme a la cual las acciones punitivas deben concebirse como un verdadero acto de habla (formulación de un reproche) y a la prestación retributiva como un efecto ilocucionario de dicho acto de habla (4). El apartado cierra, finalmente, explicando la restricción de derechos del agente como un símbolo comunicativo del reproche punitivo (5).

Una vez establecidos los lineamientos centrales de una teoría retributiva de la praxis punitiva, habremos obtenido la materia prima (los *contenidos* fundamentales) para comenzar a construir el concepto de *pena retributiva*; tarea que se afronta, finalmente, en el Apartado IV. Tras una breve recapitulación de los contenidos aportados por el plano justificativo (1), se propone organizar dicho contenido bajo la estructura conceptual de la «*función proposicional*», propuesta por CASSIRER (2). Con la mirada puesta en la segunda parte de esta investigación, este Apartado concluye con una breve consideración acerca de las ventajas que nos presenta un concepto funcional de pena retributiva (3). El Apartado V, por último, expone brevemente las conclusiones obtenidas.

II. EL OBJETO DE JUSTIFICACIÓN

1. Problema metodológico y propuesta de solución. La reconstrucción racional de los conceptos

Si se descarta el método abstraccionista, optando por vincular el plano conceptual con el plano justificativo en la teoría de la pena, uno se encuentra rápidamente con el siguiente desafío metodológico: para dar un debate sobre la justificación de algo, es necesario tener una noción mínima acerca de ese algo (respecto de cuya justificación queremos debatir). Formulado a modo de pregunta: ¿cómo justificamos si no sabemos *qué es* aquello que intentamos justificar?

Para contestar a esta pregunta, en primer lugar, debemos recordar que esta problemática no es privativa del Derecho penal; muy por el contrario, se trata de un problema común a toda disciplina científica que, en su discurso, no se limite a *describir* su objeto sino a *construirlo* (a medida que discute sobre él). En este sentido, el interrogante se ha presentado a nivel general en la ciencia jurídica: ¿cómo es posible dar un discurso acerca de *lo que es* el Derecho si, en verdad y mediante ese discurso, se construye el Derecho mismo? En palabras de NINO:

«[...] por un lado, es cierto que la articulación de la teoría que incorpora el concepto determina en última instancia cuáles son sus propiedades relevantes [...] Pero, por otro lado ya se ha dicho que no puede haber valoración si no se identifica previamente [...] lo que se valora [...]».²¹⁷

La dificultad señalada, además de ser intrínseca a toda disciplina jurídica, no es en absoluto concluyente, por lo que tampoco debe paralizarnos. De hecho, para afrontar este problema se han desarrollado múltiples modelos y opciones teóricas en la teoría del Derecho. Aquí, por supuesto, no entraremos en detalles respecto de esos modelos; nos limitamos a explicar, brevemente, la opción metodológica por la que nos inclinamos: la *reconstrucción racional de los conceptos*.²¹⁸ Se trata, básicamente, de una metodología holística (un ir y venir) en la construcción del concepto que pretende dar cuenta del proceso de transformación que experimenta una determinada noción preliminar, hasta convertirse en un verdadero concepto normativo-complejo.²¹⁹ Para ponerlo en términos ya conocidos: es un proceso similar al equilibrio reflexivo de RAWLS, pero adaptado a un esquema de pensamiento holístico-dialéctico.²²⁰

A primera vista, aplicar el método de la reconstrucción racional a los conceptos con los que trabajamos en el ámbito jurídico-penal, podría parecer extraño; sin embargo, no lo es en absoluto. De hecho, en Derecho penal, la construcción de conceptos jurídicos mediante esta perspectiva holística es algo que la doctrina hace de manera constante (en mi opinión, constituye uno de los aspectos característicos de toda dogmática jurídico-penal).²²¹ Tómese por caso el concepto de «*sujeto*» con el que trabaja JAKOBS: «*no se*

²¹⁷ NINO, *Ética y Derechos Humanos...*, 1989, p. 13.

²¹⁸ Un resumen sintético sobre el método de la reconstrucción racional de los conceptos puede ser consultado en ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1987, Cap. I. Para una aplicación del método al Derecho penal, véase DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, Cap. I; similar PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 14 ss.

²¹⁹ En palabras DUFF, *The Realm...*, 2018, p. 13: consiste en «*un proceso de idealización: reconstruye lo que la práctica o institución en cuestión debe aspirar a ser*».

²²⁰ Sobre el método hegeliano y su impacto en la moderna dogmática jurídico penal, véase la importante contribución de PAWLIK, «*Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*», en KUBICIEL *et al.* (eds.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, pp. 247-275.

²²¹ En sentido similar, afirma SILVA SÁNCHEZ, «*Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales*», en *LH-Queralt*, 2021, en prensa, p. 4: «*el lenguaje verdaderamente propio de la dogmática es el adscriptivo, que es el característico de los conceptos y enunciados*

trata de que la sociedad, [...] se anteponga al sujeto [pero tampoco] queda excluido lo contrario. [...] La subjetividad no solo es un presupuesto sino también una consecuencia de la socialidad. Sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa».²²² No es difícil advertir aquí el proceso de reconstrucción que hace JAKOBS: si la noción de sujeto es un *presupuesto* pero también una *consecuencia* de la sociedad, es porque si bien existe una dimensión del sujeto que parece ser *previa* a la sociedad, también hay otra que es *posterior* a la misma (y el contenido de esta última, como es evidente, *depende* de cómo se conciba a esa sociedad).

Lo mismo puede afirmarse respecto del proceso de reconstrucción de tinte hegeliano que, de ese mismo concepto, hace PAWLIK: la *persona* abstracta se desarrolla, a la luz de la idea de autodeterminación, en un verdadero *sujeto* que, finalmente, se convierte en *ciudadano*, quien debe aceptarse a sí mismo como agente co-responsable de las condiciones necesarias para su propia libertad.²²³ En su más reciente publicación, también DUFF se ha decantado por esta metodología. Este autor afirma, decididamente, que no pretende realizar una *descripción neutral* del Derecho penal; su objetivo declarado es, por el contrario, la construcción de un concepto valorativo y lleno de sentido, el cual solo puede ser producto de una «*rational reconstruction*» de nuestras prácticas punitivas.²²⁴

Hacia el interior de la dogmática del injusto culpable, encontramos también múltiples ejemplos. Y es que, de hecho, el quiebre del concepto unitario de injusto no es más que la consecuencia de este proceso holístico de reconstrucción conceptual aplicado a diferentes institutos.²²⁵ Tómese por caso el concepto de *delito de tentativa*: según SCHMIDHÄUSER, dicho concepto es el *producto* de una discusión acerca de las diversas teorías que legitiman la punibilidad de esas acciones de tentativa.²²⁶ Incluso puede recordarse «*el proceso de ajuste*» permanente al que se ve sometido el concepto de agresión en el instituto de la legítima defensa.

*doctrinales que denominamos “normativos”. Estos enunciados toman un enunciado descriptivo previo y lo procesan conforme a un determinado código. En función del código que toman como baremo conducen a la asignación de sentido a un acontecimiento». Véase también, SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret* (4), 2019, pp. 1 ss.*

²²² JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*, 1996, p. 34.

²²³ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 42 ss.; EL MISMO, «Una teoría del estado de necesidad exculpante», *InDret* (4), 2015, pp. 13 ss.; EL MISMO, *Das Unrecht...*, pp. 90 ss., 151 ss.; EL MISMO *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 76 ss.; EL MISMO, *La libertad...*, 2010, pp. 84 ss. De los conceptos de «*estado de libertades*» y «*autonomía real*» con los que trabaja ese mismo autor, puede decirse otro tanto.

²²⁴ Véase DUFF, *The Realm...*, 2018, pp. 13 ss.

²²⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto?», *InDret* (3), 2014; COCA VILA, «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP* (LXIX), 2016; WILENMANN, *La justificación...*, 2017, pp. 161 ss.

²²⁶ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, § 11/8.

La expresión es de WILENMANN, quien la utiliza para referirse a los ajustes que es necesario introducir en el concepto de agresión para los casos de omisión y legítima defensa privilegiada. En la reconstrucción de ese concepto complejo, WILENMANN ha tomado como punto de partida una formulación genérica que, según reconoce, «no permitiría distinguir legítima defensa y estado de necesidad (incluso agresivo) justificante. El uso de la fórmula genérica no pretende, sin embargo, servir de concepto de agresión, sino que solo marca un elemento mínimo determinante de este». Sin embargo, aclara inmediatamente que «la generación de una definición inicial de agresión solo sirve para establecer un *genus proximum* a ser complementado en la generación de un concepto final de agresión (imputable de acuerdo con las reglas respectivas, así como actual e ilegítima) que realmente interesa».²²⁷

La reconstrucción racional de los conceptos es un proceso que puede descomponerse, básicamente, en dos etapas bien diferenciadas. La *primera* de esas etapas, que es la que nos interesa en este Apartado II, pretende proporcionar una noción inicial del «objeto a justificar»; por eso, ALCHOURRÓN y BULYGIN la denominan «*elucidación informal del explicandum*».²²⁸ Aplicado a nuestro ámbito, se trata de proporcionar una descripción de las *acciones punitivas* que sea idónea para configurar el *objeto de la justificación*. Es a partir de esa noción inicial que se abre, entonces, la posibilidad de formular preguntas acerca de *si y por qué* esas acciones pueden ser permisibles (demandas concretas de justificación) y, con ello, el debate justificativo. Las respuestas a esas demandas, organizadas y vinculadas entre sí, conforman una determinada teoría acerca de la justificación de la praxis punitiva y proporcionan el contenido con el que, finalmente, puede *construirse* el *concepto de pena* estatal. Esta es la *segunda* etapa del proceso, generalmente denominada «*construcción del explicatum*».

Este método, entonces, nos permite distinguir –a efectos analíticos– entre [a] el *objeto de la justificación* y [b] el *concepto de pena*. El primero constituye, si se quiere poner en estos términos, una *noción pre-científica* de la pena, destinada (¡exclusivamente!) a conformar el objeto del debate justificativo.²²⁹ El segundo, en cambio, es un verdadero

²²⁷ WILENMANN, *La justificación...*, 2017, pp. 180 ss. De forma similar, PALERMO, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, 2006, pp. 287 ss., toma la «paradoja» que implica definir al agresor como persona en Derecho (puesto que con su agresión niega su propia personalidad que permite definirlo como agresor) como oportunidad para distinguir una dimensión material y una dimensión formal de la idea de agresión -la agresión como *existencia* y la agresión en tanto *concepto*-.

²²⁸ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción...*, 1987, p. 29.

²²⁹ PAWLIK, *Person, Subjekt, Burger...*, 2004, p. 15, define a esa noción como «*vorwissenschaftliche Verständnis der Kriminalstrafe*»; en idéntico sentido, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Cap. 1, nm. 2 y 14 habla de un «*Vorbegriff der Strafe*» que, para transformarse en un verdadero concepto de pena, debe situarse bajo el «*Oberbegriff*» de la retribución.

concepto: un producto construido con base en [y cuyo contenido depende de] la teoría sobre la justificación que se adopte.²³⁰

La distinción analítica entre «*objeto de la justificación*» y «*concepto de pena*» es particularmente valiosa en este ámbito porque, según creo, aporta precisión; a modo de metáfora: nos da cubiertos limpios y, mejor aún, separa el entrante del plato principal. En la medida en que hagamos referencia al *objeto de una justificación*, es incorrecto pensar en ‘*la pena*’ –como verdadero concepto–. El objeto de un debate justificativo, como veremos a continuación, no puede venir dado por un objeto, sino que solo puede consistir en una *acción*; a decir verdad, los conceptos no se justifican, se *construyen*. Lo mismo sucede en respecto de su contraparte conceptual, el delito: el objeto de un juicio de reproche solo puede consistir en una *acción delictiva*; pero *el delito*, por su parte, es un *concepto*, un producto teórico complejo que se construye mediante un discurso: la dogmática. Para decirlo con PAWLIK: «[aquello que resulta] *objeto de enjuiciamiento o de legitimación* [es el] *actuar delictivo o punitivo, respectivamente; no una entidad abstracta como “el delito” o “la pena”*». ²³¹

2. Acción punitiva como «*objeto de justificación*»

La «*acción punitiva*», dijimos, es una noción inicial y exclusivamente destinada a proporcionar una descripción (idónea) del objeto de la justificación.²³² Tal descripción, vale aclarar, tampoco pretende ser totalmente neutra, sino que, como ha puesto de manifiesto cierto sector de la doctrina, está indefectiblemente orientada por el interés que tenemos en formularla: dar un debate acerca de su potencial carácter justificado.

En este sentido, es necesario optar por una descripción que ponga de relieve aquellas propiedades de la acción punitiva en virtud de que pueda cuestionarse la permisibilidad

²³⁰ Por esa razón, en esta investigación, el *concepto* de pena es un producto teórico complejo para cuya construcción se necesitan contenidos provenientes del plano justificativo. Similar PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 17-18: «[el] *teórico de la pena puede, a la luz de la teoría de legitimación que él considera como correcta, precisar y reformar ese concepto*».

²³¹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 51-52.

²³² Puede advertirse entonces que, en esta investigación, tampoco se trata de proponer un concepto puro o idealista de pena, en el sentido que señala NAGLER, *Die Strafe...*, 1918, p. 32, como «*tipos ideales que están más allá de las realidades del material jurídico práctico [...] desarrollados de modo independiente a toda experiencia*».

de las mismas.²³³ Dicho de otro modo: la descripción debe poner en evidencia los caracteres que la convierten en algo *necesitado de una particular justificación*.²³⁴

Según creo, a los fines de realizar esta descripción, puede ser útil comenzar atendiendo a dos preguntas cruciales que, pese a haber sido puestas de relieve por KLEINIG, no han tenido mayor repercusión en la doctrina dominante.²³⁵ Atender a estas cuestiones es fundamental porque, como manifiesta este autor, al decir que el castigo requiere de una justificación, no estamos diciendo nada muy útil si, por otro lado y como cuestión previa, no decimos algo sobre qué significa *justificar*.²³⁶ Tales preguntas son [a] *¿qué clase de cosas pueden ser objeto de un debate justificativo?* y [b] *¿en qué consiste realizar una justificación?* En relación con la primera [a], hemos adelantado ya que la justificación solo puede tener por objeto algo que un agente *ha realizado, está realizando o planea realizar*; brevemente: solo puede justificarse una *acción* desplegada por *un agente*.²³⁷ En lo tocante a la segunda [b], una justificación no es más que la respuesta que damos cuando se pone en duda la permisibilidad (legitimidad, si se quiere) de esas acciones; por tanto, la justificación es algo que está vinculado a la idea de *dar razones*. En resumidas cuentas: *justificar* consiste en *proporcionar razones* frente a demandas de permisibilidad respecto de *acciones* desplegadas por un agente.

[A] A partir de lo anterior, y dado que la justificación solo puede tener por objeto una *acción desplegada por un agente*, nuestra descripción de las acciones punitivas debe

²³³ Como bien señala GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 219 ss., cuando nos disponemos a decir algo sobre un determinado fenómeno, existen múltiples descripciones que podemos hacer de él, e incluso muchas de ellas pueden ser igualmente verdaderas. Que debamos «optar» por una descripción determinada, entonces, nos recuerda la premisa metodológica señalada por PAWLIK: *Normbestätigung...*, 2017, p. 21: «*el mundo es siempre más rico que los discursos que hacemos de él*».

²³⁴ Este particular interés con el cual formulamos la descripción de las acciones punitivas da lugar a lo que GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 219, denomina «*pesimismo metodológico*»; véase, en detalle, Capítulo II, Apartado II (pp. 42 ss.). La diferencia que personalmente mantengo con ese modelo radica en que, si la determinación del objeto está influenciada por nuestro interés justificativo, entonces no es posible trazar una prioridad lógica del plano conceptual respecto del justificativo.

²³⁵ Con la excepción destacable de BERMAN, *Ethics* (118-2), 2008, pp. 259-260. En la doctrina alemana, aunque relativo a la categoría de la antijuridicidad, SCHMIDHÄUSER, «*Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht*», en KÜPER *et al.* (ed.), *FS-Lackner*, pp. 77 ss.

²³⁶ KLEINIG, *Desert and Punishment*, 1968, pp. 1 ss.; SCHMIDHÄUSER, en KÜPER *et al.* (ed.), *FS-Lackner*, p. 77: «*justificación es siempre justificación del comportamiento humano*». En efecto, si no nos detenemos a analizar qué significa la proposición «*el castigo necesita de una justificación*», no sabremos lo que el castigo necesita, pues el éxito argumentativo de las respuestas a esa necesidad (lo que se conoce como teorías de la pena) depende, en gran medida, de que quienes las construyen hayan comprendido correctamente esa proposición que las origina.

²³⁷ Si bien es cierto que podemos pedir a alguien que justifique, por ej., su opinión acerca de algo, también lo es que nuestro pedido solo puede tener sentido en tanto la opinión ha sido formulada por un agente racional. Véase al respecto KLEINIG, *Desert and Punishment*. 1968, p. 2.

comenzar por señalar, precisamente, su *carácter agencial (y estatal)*.²³⁸ Destacar este carácter de las acciones punitivas es fundamental, por dos razones:

[Ø] En primer lugar, reduce ampliamente el universo de cosas que pueden ser objeto de una justificación: aquí estamos lidiando, siempre, con tomas de posición realizadas por un agente (estatal) y susceptibles de ser argumentadas; se trata de algo *comunicativamente relevante*.²³⁹ Como consecuencia, ninguna cosa de «*índole natural*» (si se permite la expresión) puede venir en consideración aquí porque, sencillamente, la naturaleza no se justifica, se explica.

[Ø] En segundo lugar, y en la medida en que un mismo suceso admite múltiples descripciones, optar por una determinada descripción implica haber realizado una «*labor de determinación*». Dicho de otro modo: toda descripción que hagamos del suceso requiere introducirlo en una determinada «*esfera discursiva*» o «*campo de sentido*». ²⁴⁰ Esta esfera de discurso o campo de sentido no es más que el contexto discursivo en el que insertamos el suceso para dotarlo de sentido y, con ello, lograr una descripción adecuada a nuestros intereses. Brevemente: el campo de sentido hace posible que el objeto o suceso *aparezca* en la dimensión determinada que nos interesa y, además, nos proporciona el *principio o regla* a partir del cual la acción punitiva aparece como cuestionable.²⁴¹

En nuestro ámbito, el campo de sentido valorativo a partir del cual podemos afirmar que un suceso constituye una acción punitiva, no puede ser otro que *la ley penal*, en tanto esta forma parte de un complejo entramado institucional de prácticas normativo-comunicativas (el horizonte normativo de la praxis punitiva).

Lo referencia a esta esfera discursiva nos permite retomar aquello que adelantamos en el capítulo precedente: las acciones punitivas, en tanto objeto del plano justificativo de la teoría de la pena, no deben concebirse como algo aislado, sino como un engranaje particular, inserto en un amplio complejo de prácticas comunicativas de carácter

²³⁸ La actividad punitiva es siempre una cuestión estatal. El carácter estatal aparece desde un inicio en nuestra descripción porque, como veremos a continuación en el texto, toda descripción se hace dentro de una determinada «*esfera discursiva*» o «*campo de sentido*» que, en nuestro caso, viene dado por el Derecho; y éste, a su vez, presupone la existencia del Estado. Hablar de acción punitiva fuera del Derecho y del Estado es absurdo pues, «*fuera del correspondiente campo de sentido, dicho objeto es, en cuanto tal objeto concreto, simplemente inexistente*»; PAWLIK: *Normbestätigung...*, 2017, p. 20.

²³⁹ Fundamental, PAWLIK: *Normbestätigung...*, 2017, pp. 7 ss.

²⁴⁰ Véase, con mayores referencias, PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 19 ss.

²⁴¹ Para una breve explicación sobre la noción de «*esfera del discurso*», véase KLEINIG, 1968, pp. 7 ss. Sobre la noción de «*campos de sentido*» (*Sinnfelds*), GABRIEL, *Sinn und Existenz. Eine realistische Ontologie*, 2016, pp. 173 ss.

normativo. Esa inserción explica, precisamente, que el discurso sobre su justificación tampoco sea un discurso aislado.²⁴²

La importancia de concebir a la *acción punitiva* como parte de un complejo entramado de prácticas normativo-comunicativas radica en que, en un Estado liberal y democrático de Derecho, el centro de gravitación de todas esas prácticas viene dado por la idea rectora de la *autodeterminación*. Más preciso, el eje de rotación está en la *proyección jurídica* de ese principio: el binomio sinalagmático *libertad de acción – responsabilidad reactiva*.²⁴³

[B] La *'pertenencia'* de las acciones punitivas a este complejo de prácticas comunicativas es muy importante: solo cuando hacemos referencia a ese denominador común, se vuelve posible destacar la *segunda característica* de las acciones punitivas; a saber: su *carácter reactivo*. En efecto, si el campo de sentido es la ley penal, como presupuesto de una praxis punitiva gobernada por el principio *libertad–responsabilidad*, toda acción punitiva es un «*consecuente de*», una *reacción o respuesta* frente a un determinado antecedente. Dicho de otro modo: un suceso podrá describirse como una acción punitiva, solo en la medida en que se la presente como *respuesta reactiva*.²⁴⁴ No es momento de interesarse por el contenido material de dicha reacción ni tampoco por la estructura o contenido del antecedente que la origina.²⁴⁵ Para formular esta descripción inicial, lo único relevante es el carácter *reactivo* de la actividad punitiva, en tanto

²⁴² Para decirlo con KERSTING: «*la ética de la pena no es una ética especial con un cielo de principios independientes y válidos solo regionalmente*». Por el contrario: «[los] argumentos éticos de la pena estatal son mas bien una zona especial de aplicaciones y variaciones de los modelos de argumentación y formatos de justificación del discurso normativo». La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 59.

²⁴³ Esto tiene consecuencias centrales para la concepción de la culpabilidad como concepto relacional. Adelantando brevemente la idea: la responsabilidad y la culpabilidad tienen una estructura triádica (tres elementos especialmente vinculados entre sí): significa que un determinado agente 'A' (en tanto titular de la cualidad 'B'), puede ser llamado a responder ante un sujeto 'S', en virtud de un hecho 'Ø' que se le atribuye. Ser responsable consiste, entonces, en la capacidad de un agente para poder *ser llamado a responder* ante un sujeto o cuerpo institucional, *por un hecho que se le atribuye y en virtud de una cualidad o rol que el sujeto ostenta*. Sobre el particular, ver especialmente DUFF, *Answering for Crime*, 2007, pp. 23 ss.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 6 ss.

²⁴⁴ Destaca esta característica, NAGLER, *Die Strafe...*, 1918, p. 40. En nota 1, agrega este autor que, a los efectos de esta descripción inicial, es irrelevante la prioridad del concepto de delito por sobre el concepto de pena, o a la inversa.

²⁴⁵ En caso de que dicho antecedente consista en una acción delictiva, esta solo podrá existir –como tal– en la medida en que ese sustrato –el comportamiento del ciudadano– se introduzca en el campo de sentido que nos provee *la norma de comportamiento* (que derivamos de aquella ley penal). En este sentido, refiere PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 24, que la acción jurídico-penalmente relevante solo puede ser aquella descripción, de un determinado suceso, realizada bajo el esquema de valoración provisto por la norma de comportamiento. Sobre esto, *infra*, punto 2.1.

constituye una propiedad que dichas acciones poseen en virtud de su pertenencia a esta clase de prácticas comunicativas.²⁴⁶

[C] Según dijimos, en el marco de la teoría de la pena, la descripción de un suceso como ‘*acción punitiva*’ no es neutral. Por el contrario, tal descripción responde a nuestro interés justificativo, por lo cual debe ser idónea para poner en duda su permisibilidad, dando cuenta de los elementos que la hacen cuestionable (necesitada de una justificación). Como adelantamos en el capítulo precedente, el «*pesimismo metodológico*» puede considerarse un mecanismo teórico de gran ayuda para articular esta exigencia.²⁴⁷ Para formularlo ahora en palabras de BERMAN, se trata de destacar aquellos elementos que darán lugar a la «*base de la demanda*» por la justificación.

Una rápida y breve referencia a la estructura argumentativa vertida por el autor podría ser de utilidad para aclarar algunos aspectos de esta idea. BERMAN parte del axioma «*el castigo necesita de una justificación*» (pues considera que esta «*constituye la primera premisa del teórico del castigo*»), graficándolo analíticamente con la sigla $Jn(P)$.²⁴⁸ Según el autor, la proposición $Jn(P)$ genera dos preguntas perfectamente diferenciables: por un lado ¿*qué es aquello que crea la necesidad de justificación?*; por otro ¿*cómo es posible satisfacer esa necesidad?* El segundo interrogante es el que hace emerger la teoría sobre el fundamento de la práctica punitiva pero, como es evidente, antes debemos contestar lo primero: ¿*en virtud de qué $Jn(P)$ es verdadero?*²⁴⁹

Cualquiera sea la terminología elegida, lo importante es encontrar el elemento que evidencia la necesidad de justificar esas acciones, es decir, aquello que las vuelve *cuestionables*. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, ese elemento problemático de las acciones punitivas (que da lugar a lo que aquí denominamos «base de la demanda») radica en el **carácter coactivo** que estas presentan.²⁵⁰ Para decirlo de modo preciso: la acción punitiva es algo particularmente necesitado de justificación

²⁴⁶ De hecho, no hay discusión doctrinal al respecto: la unanimidad de los autores reconoce este carácter reactivo como algo consustancial a cualquier noción mínima de la punición, incluso si ella se considera parte del lenguaje cotidiano y previa a todo filtro teórico-científico. Véase WOHLERS, *GA*, 2019, p. 426, PAWLIK, *Person, Subjekt, Burger...*, 2004, pp. 14 ss.; GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 226 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención...*, 2007, p. 48; PÉREZ BARBERÁ, *InDret* (4), 2014, pp. 3 ss., SPYCHER, *Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe*, 2013, p. 26; ZÜRCHER, *Legitimation...*, 2014, p. 31.

²⁴⁷ Al respecto, véase Capítulo II, Apartado II (pp. 42 ss.).

²⁴⁸ Donde $Jn(P)$ significa «*punishment stands in need of justification*»; BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 262.

²⁴⁹ Tradicionalmente, como hemos visto, la doctrina asienta tal necesidad de justificación en una propiedad fáctica: la pena es *un mal* (sensorial o comunicativo). La alternativa ofrecida por BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, pp. 262 ss. tiene otros matices y, en comparación con la doctrina dominante, es más detallada y fructífera; pero no será objeto de análisis aquí.

²⁵⁰ Fundamental, BINDING, *Die Normen...*, t. I, pp. 483 ss. Sobre el particular, con ulteriores referencias, MAÑALICH, *Derecho y humanidades* (16-1), 2010, pp. 56 ss.

porque su ejercicio parece implicar, en todo caso, una *heteroadministración* del espacio de libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae.

Lo desarrollado hasta aquí es suficiente para proporcionar la descripción inicial que, a los fines de abrir el debate justificativo, estábamos buscando: las acciones punitivas consisten en una *actividad agencial de índole estatal y reactiva, cuya permisibilidad puede ser puesta en duda debido a su carácter coactivo, pues su ejercicio conlleva la heteroadministración del espacio de libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae*. Esta noción inicial, como es evidente, no nos presenta utilidad alguna para diferenciar la pena de cualquier otra coacción estatal que presente caracteres similares a ella. Piénsese, a modo ejemplificativo, en la prisión preventiva, las medidas de seguridad, la imposición de los tributos, etc. Pero esa deficiencia no representa aquí un problema: esta noción inicial sobre la acción punitiva, no constituye un verdadero concepto de pena, por lo que tampoco está llamado a cumplir las funciones del mismo. La descripción realizada, dijimos, solo busca poner de relieve –a la luz del axioma jurídico fundamental aparentemente afectado (la *autodeterminación* del ciudadano)– el *elemento problemático o base de demanda*. A partir de aquí, estamos en condiciones de especificar las demandas de justificación.

3. Las demandas concretas de justificación

Cuando decimos que una acción necesita justificación es porque existen razones que, *prima facie*, hablan en contra de su realización. En el caso de la acción punitiva, eso significa que debemos ser capaces de plantear dudas razonables acerca de su permisibilidad y que, en esta investigación, denominamos *demandas concretas de justificación*. Al respecto, es importante recordar que, si pretendemos obtener una respuesta plausible, la formulación o articulación de esas dudas no debe hacerse de modo genérico; más bien al contrario: debe adoptar una forma diferenciada o concreta.²⁵¹ Dicho de modo preciso: las demandas de justificación deben expresar razones concretas acerca de por qué las acciones punitivas necesitan justificación. Reparar en el carácter concreto de las demandas de justificación evidencia que una pregunta genérica por la justificación, del tipo «¿*está justificada la actividad punitiva del Estado?*», es más bien inútil. Frente a esa clase de preguntas genéricas, como veremos a continuación, no es posible formular una respuesta acorde a los fines de esta investigación (construir una justificación jurídica de la praxis punitiva). Una respuesta idónea, por el contrario, requiere que la pregunta explicita *la razón jurídica concreta*

²⁵¹ Similar, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, pp. 3-4, afirma que una investigación razonable no puede partir de un interrogante genérico por el fin de la pena, sino que necesariamente ha de distinguir entre preguntas concretas. En este sentido, BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, pp. 264 ss., formula una distinción que considero particularmente útil, entre una *justificación genérica (all-things-considered)* y una *justificación adaptada* o hecha a medida de una pregunta que expresa o pone de manifiesto una *concreta demanda de justificación (tailored justification)*.

por la cual se cuestiona tal actividad. En palabras de BERMAN: «*el enunciado “X requiere justificación” es [...] incompleto. Para hacer explícito lo implícito, deberíamos decir que “X requiere justificación en virtud de Y”*».²⁵²

Según la descripción de la acción punitiva que hemos formulado en el punto anterior, el *motivo* por el cual se puede dudar de la permisibilidad de las acciones punitivas (la base de demanda) radica en su *carácter coactivo*.²⁵³ Sin embargo, esta precisión es todavía insuficiente, porque uno podría preguntarse *por qué* la coacción es un elemento problemático. Para precisar la demanda, según creo, es indispensable hacer referencia al *principio o regla* en virtud del cual la coacción punitiva del ciudadano puede ser «*cuestionada*». En este sentido y hasta donde alcanzo, dicho elemento problemático puede dar lugar a *dos demandas de justificación* distintas, dependiendo del *principio* que se considere violentado por su realización.²⁵⁴ En lo que sigue, me ocupo de dar forma a ambas demandas para proceder, luego, a la elaboración de una teoría *normativa* acerca de la justificación *jurídica* de la actividad punitiva estatal.

[Ø] En su primera formulación, la base de demanda queda vinculada con un principio de índole moral y conocido en la doctrina: la coacción punitiva conlleva el *sufrimiento* del agente y, por ello, toda acción punitiva implica generar (o al menos incrementar) un estado de cosas *intrínsecamente malo*. En esta formulación, entonces, la coacción punitiva se considera violatoria de un principio o axioma no estrictamente jurídico, en virtud del cual se exigiría no producir o aumentar el nivel de sufrimiento de los individuos. En mi opinión, si el elemento problemático de la coacción punitiva se vincula a *este axioma*, la demanda de justificación queda mal formulada, por dos razones:

[ø] La primera es relativamente conocida: una remisión al sufrimiento del agente obliga a adoptar una perspectiva subjetiva sobre las acciones punitivas. En efecto, la objeción solo puede ser viable mientras el agente sobre el que recae la coacción punitiva *efectivamente sufra* a raíz de su imposición. De esta manera, la justificación de una acción punitiva no podría ser reclamada (al menos no en estos términos) cuando es el propio agente quien desea la imposición de la misma. En un ejemplo clásico: el indigente noruego que (de cara al invierno que se avecina) delinque para no morir de

²⁵² BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 263

²⁵³ Existen formulaciones diversas de esta base de demanda que no serán analizadas aquí (la pena inflige un mal, un sufrimiento, un tratamiento desagradable, etc.), pues lo que resulta relevante ahora no es la terminología, sino el hecho de poner de relieve *el principio o regla* en virtud del cual esa actividad aparece como cuestionable. Como veremos en el texto, la demanda por la justificación será completamente diferente si esa restricción de la libertad jurídicamente garantizada (o disminución del estatus de persona en Derecho) se concibe como *un estado de cosas intrínsecamente malo* o si se concibe como una *aparente contradicción* con el principio de autonomía que deriva de todo ordenamiento jurídico asentado sobre la idea de la autodeterminación individual.

²⁵⁴ En un sentido similar, BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 281 y ss.

frío en la calle, a todas luces, no sufre la acción punitiva; y, por tanto, no habría elemento problemático alguno ni necesidad de justificar tal acción punitiva.²⁵⁵

[Ø] La segunda, si bien no tan difundida, ataca el axioma mismo sobre el que se asienta la demanda. Tal axioma da por sentado, sin más, que el sufrimiento de un individuo es un estado de cosas *intrínsecamente malo*. Pero sucede que esa afirmación es más bien discutible: muchos retribucionistas niegan, precisamente, que el hecho de incrementar el sufrimiento de un agente sea un estado de cosas malo *en sí mismo*. Para estos autores, el sufrimiento *merecido* es un estado de cosas *intrínsecamente bueno* o valioso que debemos propiciar (incluso digno de ser alcanzado).²⁵⁶ Si se plantea el debate en estos términos, según creo, hacemos virar completamente el eje de la discusión, asentándolo en el carácter *intrínsecamente bueno o malo* de un determinado estado de cosas. Con ello, el objeto del debate se transforma en algo más bien inerte en nuestro ámbito jurídico: se trata de discutir sobre bondades y maldades intrínsecas y, para esto, carecemos aquí de recursos argumentativos jurídicamente atendibles.²⁵⁷

[Ø] En su segunda formulación (la que resulta favorecida en esta investigación), la concreta demanda por la justificación debe obtenerse vinculando el elemento problemático de las acciones punitivas (la coacción) con un principio extraído del propio «*campo de sentido*» en el que hemos situado a esas acciones, esto es, la idea rectora de la praxis a la cual pertenecen: la *autodeterminación* del individuo.²⁵⁸ Bajo esta segunda formulación, exclusivamente jurídica, la permisibilidad de la coacción punitiva estatal está en duda debido a que su imposición (cualquiera sea el interés subjetivo del agente que se restrinja con ella)²⁵⁹ conlleva la heteroadministración de un

²⁵⁵ Sobre el particular, con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 115; EL MISMO, *En busca...*, 2015, pp. 261 ss.

²⁵⁶ El ejemplo paradigmático en el debate moderno, MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 87 ss.; EL MISMO, «Justifying Retributivism», *Israel Law Review* (27-1), 1993, pp. 15 ss.; pero esta cuestión puede rastrearse hasta KANT y su idea de merecimiento de felicidad y merecimiento de infelicidad. Para una crítica reciente a estas versiones del retribucionismo, TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, 2011, pp. 23 ss.; DUFF, «Punishment and the Duties of the Offenders», *Law and Philosophy* (32), 2013, pp. 109-127; DOLINKO, «Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment», *Law & Philosophy* (16-5), 1997, pp. 507 ss.

²⁵⁷ En idéntico sentido, BERMAN, *Ethics* (118), Enero 2008, p. 270; HUSAK, «What do Criminals Deserve», en FERZAN/MORSE, *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 55.

²⁵⁸ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004; EL MISMO, *Normbestätigung...*, 2017 pp. 7 ss. En nuestra lengua, POLAINO ORTS/POLAINO NAVARRETE, «Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coord.), *LH-Rodríguez Ramos*, pp. 163 ss.; EL MISMO, en *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, 2013.

²⁵⁹ BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, p. 255. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 245; ALTPETER, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990, p. 29. Pese a adoptar una perspectiva diferente, coincide en este punto ROBLES PLANAS «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, p. 56, cuando afirma que «desde el punto de vista de la autonomía individual, la pena constituye, por tanto, una injerencia especialmente grave [...]». En el mismo sentido,

espacio de libertad jurídicamente garantizado y, en esa medida, parece entrar en flagrante contradicción con el axioma fundamental o piedra angular de todo sistema jurídico (el reconocimiento del estatus de persona en Derecho, en tanto agente capaz de autodeterminación y autonomía).²⁶⁰ Más breve: *la acción punitiva, en su existencia, parece constituir una nueva infracción del Derecho.*

PAWLIK (citando a MÖLLERS), se refiere a esta cuestión como «*el dilema de la retribución*»: queremos que la teoría de la pena sea capaz de establecer una conexión material con el delito y, al mismo tiempo, le exigimos que no transforme a la pena en una nueva infracción disfrazada de sanción.²⁶¹

Antes de comenzar a delinear una respuesta, es preciso hacer una aclaración: esta no es la única objeción posible, pues las acciones punitivas pueden ser objeto de múltiples críticas. En este sentido, p. ej., alguien podría poner en tela de juicio, la legitimidad política y/o moral del Estado para ejercer el poder punitivo; o incluso poner en duda la razonabilidad económica del sistema penal en su conjunto. Esto es perfectamente posible, pero debe recordarse aquí que «*la justificación de una práctica es siempre parcial, [...] siempre responde a determinadas bases de demanda*». ²⁶² Intentar proporcionar una *justificación global* de la praxis punitiva, contra toda posible demanda, es una tarea imposible. Para emprender semejante tarea, deberíamos contemplar todas las posibles esferas discursivas en las cuales es susceptible de ser descrita esa actividad para, luego, identificar el elemento problemático y extraer las demandas concretas de justificación. Eso es algo que se encuentra fuera de la capacidad de rendimiento de cualquier teoría de la pena (incluso, de cualquier campo de aplicación de la filosofía práctica).

POLAINO ORTS/POLAINO NAVARRETE, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coord.), *LH-Rodríguez Ramos*, p. 158: «*la pena es una arrogación legítima de un derecho ajeno*». Sin embargo, debe hacerse una salvedad pues, para estos autores, tal arrogación se hace «*en defensa de la protección de las esferas de libertad que se hallan en peligro*», postulado este último que, como veremos, aquí no se asume. Al respecto, BERMAN, *Ethics* (118), 2008, pp. 272 ss. propone utilizar una sutil distinción entre la *infracción* de derechos (lesión de intereses) y *violación* de derechos (infracción de un derecho no justificada). La acción punitiva parece implicar, así, la infracción de derechos susceptible de ser justificada y no la violación (siempre injustificada) de derechos del agente.

²⁶⁰ Entendiendo aquí por autonomía la «*suma de potenciales de acción jurídicamente garantizados*»; ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios...*, 2014, pp. 37 y ss. La cita a este autor requiere aclarar el siguiente matiz: los derechos individuales mediante los cuales se garantiza ese potencial de acción no se definen solo a partir de una perspectiva formal. Para comprender la autonomía y la posibilidad de autodeterminación de los individuos en tanto sujetos de derecho es necesario incorporar la *dimensión material* de la autonomía (autonomía como utilidad) y la *dimensión real* de la autonomía en tanto síntesis institucional, producto de la integración de las dos perspectivas anteriores.

²⁶¹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 47.

²⁶² BERMAN, *Ethics* (118), 2008, p. 264. Abogando también por una pretensión modesta en la teoría sobre la justificación de la práctica punitiva, DUFF, «*Retrieving Retributivism*», en WHITE, *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, 2011, pp. 3 ss.

En el ámbito de la teoría *jurídica* de la pena, lo único que podemos intentar obtener es una justificación siempre parcial (frente a demandas concretas), provisoria y revisable de la praxis punitiva.²⁶³ Esta precisión ayuda a alivianar el peso de las respuestas que exigimos a la teoría de la pena, reconociendo su capacidad limitada: solo nos puede proveer una justificación jurídica, no una justificación *tout court*. Por supuesto, reconocer el carácter parcial de esta justificación jurídica, no nos exime de buscar respuestas para las demás objeciones, pero si nos permite ordenar la discusión. Las pérdidas más importantes que provoca esta restricción, según creo, están representadas por la imposibilidad de afrontar la cuestión de la *legitimación política* de la pena estatal y, en menor medida, la cuestión de la *legitimidad de las normas* de comportamiento cuyo quebrantamiento se castiga.

[Ø] Respecto de lo primero, cierto sector de la doctrina reclama que las teorías jurídico-normativas de la pena (como la que aquí se formula) pasan por alto la cuestión de los requisitos necesarios para acreditar la autoridad «*moral y política*» del Estado en el ejercicio de la actividad punitiva. Por nuestra parte, compartimos plenamente el llamado de atención, pero debemos recordar que aquí solo se trata de una justificación jurídico-normativa de la praxis punitiva. Esta clase de justificación jurídico-normativa *presupone* que están dadas las (pre)condiciones políticas que legitiman al Estado para imponer penas. Por tanto, no nos ocupamos de crear un marco teórico que permita criticar o mejorar esas (pre)condiciones políticas bajo las cuales opera la praxis punitiva. Pretender eso de una teoría normativa de la pena es tanto como pedirle que salte sobre su propia sombra; o en términos sistémicos: el subsistema jurídico depende del subsistema político, no a la inversa. Por tanto, se asume aquí la existencia de un Estado democrático de Derecho legitimado, tanto en términos formales-participativos (*à la Günther/Kindhäuser*) como materiales-prestacionales (*à la Pawlik/Silva Sánchez*).²⁶⁴ Por supuesto, eso de ningún modo significa que la justificación jurídico-normativa aquí defendida sea *immune* a la mayor o menor legitimidad política del Estado que la impone. Sin embargo, cómo acoger dogmáticamente esa influencia es un esfuerzo teórico pendiente y extremadamente difícil.²⁶⁵

[Ø] Respecto de lo segundo, debe tomarse el siguiente punto de partida: una justificación retributivo-comunicativa del ejercicio de la facultad punitiva, necesariamente *presupone* la legitimidad de la norma de comportamiento quebrantada.²⁶⁶ En este sentido, si la

²⁶³ BERMAN, *Ethics* (118), 2008, pp. 264 y ss. La distinción proviene de FEINBERG, *Justice and Personal Desert*, en FRIEDMAN *et al.* (eds.), *Rights and Reason. Law and Philosophy Library* (44), 1970, pp. 221 ss.

²⁶⁴ Sobre el contenido de la idea de ciudadanía como vínculo necesario para la responsabilidad penal y sus implicancias en la dogmática, es conocida la dicotomía existente entre los modelos deliberativos y el modelo del ciudadano cooperativo. Al respecto, véase CIGÜELA SOLA, *InDret* 2/2017; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 67 y ss.; JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 16 ss.

²⁶⁵ La reciente obra de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, constituye un esfuerzo teórico audaz en esa dirección.

²⁶⁶ Véase, con mayores referencias, MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, pp. 180 ss.

norma de comportamiento es ilegítima, entonces la acción punitiva –impuesta a título de reproche por su quebrantamiento culpable– será también ilegítima. Esta dependencia, a decir verdad, no hace más que poner de manifiesto la prevalencia de la justicia distributiva (que legitima las normas de comportamiento) por sobre la justicia retributiva (que domina el ámbito de la norma de sanción).²⁶⁷ Reconocida la dependencia, sin embargo, cabe advertir lo siguiente: la adopción de una determinada justificación retributivo-comunicativa de la praxis punitiva no puede considerarse indiferente a la hora de determinar los criterios que se utilizan para la legitimación de esas normas de comportamiento. Esto quedará en evidencia en los Capítulos V y VI de este trabajo, donde sostendremos que una norma de comportamiento cuya legitimidad es, desde el punto de vista retributivo, precaria, debe compensarse con una punibilidad condicionada.

III. LINEAMIENTOS GENERALES DE UNA JUSTIFICACIÓN RETRIBUTIVO-COMUNICATIVA

La concreta demanda de justificación que hemos identificado, nos exige resolver la tensión generada por la disonancia armónica entre la *coacción punitiva* estatal y el *principio de autodeterminación*. Esa tensión puede ser resuelta, en términos generales y hasta donde alcanzo, a partir de dos estrategias discursivas:

[∅] *La primera* concede el ataque: reconoce que la fricción entre coacción punitiva y principio de autodeterminación es *real*. Como consecuencia, debe concluir que el ejercicio de una acción punitiva constituye una nueva infracción del Derecho (en su caso, justificada). Con esta forma de resolver el problema, como es evidente, «*no desaparece*» la base de demanda: la coacción punitiva se considera algo efectivamente lesivo de la autodeterminación que, en esa medida, solo admite ser justificada a través de «*razones prevalecientes*».²⁶⁸ Dicho de otro modo: la lesión del *axioma fundamental* de toda juridicidad solo puede permitirse desde un punto de vista *compensatorio*, en la medida en que existan razones, de mayor peso, que justifiquen pagar el costo que su ejercicio conlleva. Una teoría de la pena estructurada con base en esta estrategia argumental, presenta dos caracteres básicos: [Ω] en el plano justificativo, dado que se trata de razones prevalecientes, la *necesidad* se vuelve un concepto paradigmático; [Ω] en el plano conceptual, la pena se considera una «*herramienta de producción*».²⁶⁹

[∅] *La segunda*, favorecida en esta investigación, entiende que la contradicción entre coacción punitiva y autodeterminación del ciudadano es, en verdad, solo *aparente*. En este esquema argumental, las acciones punitivas se justifican a través de «*razones*

²⁶⁷ En el mismo sentido, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 29 ss.

²⁶⁸ Sobre la noción de razones prevalecientes (*overriding reasons*) y condiciones cancelatorias (*cancelling conditions*) en el ámbito de la justificación de la pena, BERMAN, *Ethics* (118), 2008, pp. 264 ss. Como es sabido, la terminología pertenece a RAZ, *Razón práctica y normas*, 2ª ed., 1991, p. 30.

²⁶⁹ Ver al respecto la síntesis crítica al final del Capítulo II, Apartado II (pp. 61 ss.).

cancelatorias» que, como consecuencia, eliminan o «*hacen desaparecer*» la base de demanda. En este sentido, la coacción punitiva no conlleva afectación alguna para el principio de autodeterminación del ciudadano pues, a decir verdad, su ejercicio no implica negar el reconocimiento recíproco de las personas en Derecho. Una teoría de la pena así estructurada presenta, también, dos caracteres específicos: [Ω] en el plano justificativo, dado que se trata de razones cancelatorias, la *necesidad* abandona su papel preponderante; [Ω] en el plano conceptual, la pena deja de concebirse como una herramienta de producción (como veremos, pasa a configurar un «*símbolo comunicativo*»²⁷⁰

Una vez delineada la estrategia argumental, es momento de esclarecer los lineamientos teóricos de la concepción *retributivo-comunicativa* que seguimos en esta investigación. En los dos puntos siguientes, como ya adelantamos en la introducción, agrupamos nuestras consideraciones según estas deriven del principio sinalagmático *libertad-responsabilidad* (1), o de la *secuencia conceptual delito-pena* (2). En un paso posterior, hacemos un breve análisis de la idea de merecimiento pues, como dijimos, se trata de un punto nuclear en cualquier justificación retributiva (3). En el punto siguiente, a partir de ciertas premisas propias de la teoría de los actos de habla, se añade la perspectiva comunicativa: la acción punitiva consiste en la *formulación de un reproche* (merecido) y, como tal, su justificación solo puede tener lugar a partir de su efecto ilocucionario o intrínseco; en esta investigación, a dicho efecto comunicativo le denominamos «*prestación retributiva*» (4). El último punto se reserva al análisis del papel que juega, en esta teoría retributivo-comunicativa, la restricción de derechos del agente (5).

1. Derivados del principio libertad-responsabilidad

Según hemos afirmado, las acciones punitivas se desarrollan dentro de un determinado contexto praxeológico; en el marco de un conjunto de prácticas gobernadas por una misma idea rectora: la autodeterminación del ciudadano.²⁷¹ Sin embargo, la autodeterminación no debe confundirse con el mero arbitrio subjetivo, sino como capacidad del propio agente para determinar, de forma racional, el contenido de su actuar.²⁷² La proyección jurídico-penal más importante de ese axioma es, como se ha

²⁷⁰ MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista», *InDret* (2), 2015 pp. 6 ss.

²⁷¹ Por tanto, la discusión sobre la justificación de la práctica punitiva pertenece a una esfera discursiva más amplia donde se produce el ofrecimiento y aceptación dialógica de razones acerca de las decisiones que tomamos y las acciones que desplegamos. Ese marco conceptual en el que se dan y se exigen razones (socialmente comprensibles) acerca de por qué actuamos de una u otra manera constituye, en palabras de PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 13, «*aquel espacio social dinámico que Hegel denomina con el nombre de “espíritu objetivo”*», es decir, «*la razón práctica del conjunto*».

²⁷² En este sentido, PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 9, aclara que se trata de una «*relación jerárquica de mandato y obediencia [en la que] el yo se autopercibe haciendo uso del modelo de la pluralidad de personas*». De este modo, autodeterminación no es hacer lo que uno quiere en cualquier momento, sino obligarme a mi mismo a hacer aquello que puedo racionalmente justificar.

señalado en diversas oportunidades, el binomio sinalagmático *libertad – responsabilidad por las consecuencias*. En este sentido, parece lógico afirmar que si «*la persona reclama para sí el derecho a administrar libremente un círculo de organización, también [...] debe soportar las consecuencias de una organización incorrecta [...]*». ²⁷³ Dado que la acción punitiva se inserta en este marco, una justificación retributivo-comunicativa debe respetar algunos *puntos de partida irrenunciables*. A continuación, se hace una pequeña referencia de los mismos.

1.1. La coacción punitiva es una praxis agencial

La característica intrínseca de toda teoría de la pena retributivo-comunicativa radica en el profundo *potencial de reconocimiento* que posee. ²⁷⁴ En efecto, si se concibe al Derecho como praxis colectivamente construida (expresión de la razón práctica), es imperioso reconocer el carácter agencial de los sujetos intervinientes en ella. ²⁷⁵ Y es que, a decir verdad, si no concibiéramos a los intervinientes como agentes racionales capaces de expresar sus decisiones valorativas a través de acciones, el principio de autodeterminación que gobierna todas estas prácticas carecería de cualquier valor. ²⁷⁶ Bajo este paradigma, el «*otro*» es necesariamente alguien con el cual me comunico, un *partícipe del discurso* que también está habilitado a dar y recibir razones. En estos términos, el destinatario del reproche punitivo (el autor del hecho) queda definido como un agente comunicativo, un interlocutor con el cual el Estado entabla una pretensión de diálogo ciudadano. Al formular un reproche punitivo, entonces, el Estado se compromete con «*una orientación al entendimiento para con el destinatario*» ²⁷⁷ del

²⁷³ LESCH, «Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung», *ZStW* (111-3), 1999, p. 637, agregando que una «*libertad sin responsabilidad no es una verdadera libertad personal, sino una pura arbitrariedad subjetiva*». Véase, con mayores referencias, PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, pp. 94 ss.

²⁷⁴ A este potencial de reconocimiento de toda teoría retributiva se refiere Hegel bajo la denominación de *principio subjetivo* de la justificación de la pena. En este sentido, DU BOIS-PEDAIN, «Hegel and the Justification of real-world penal sanctions», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (29-1), 2016, p. 47: «*the conception of human beings as moral agents engaged in a practice of mutual recognition is central to Hegel's account of what freedom is*». Sobre el particular y con mayores referencias, Capítulo A-II (pp. 459 ss.). Véase al respecto STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, 1995, p. 47; GÜNTHER, «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en JUNG *et al.*, *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, pp. 205 ss.

²⁷⁵ DUFF, *The Realm...*, 2018, p. 7, señala que la descripción de la actividad punitiva, en tanto praxis, comienza analizando la identidad de aquellos que participan en ella; PAWLIK, *Normbestätigung*, pp. 51-54.

²⁷⁶ PAWLIK, *Normbestätigung...*, pp. 8-9; MAÑALICH, *InDret*, 2/2015, pp. 15 y ss.

²⁷⁷ MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, pp. 168 ss. Esto excluye, de plano, la posibilidad de adoptar un esquema de *acción estratégica* en la que se utiliza al destinatario del reproche como objeto de táctica social, tal como sucede en una teoría de la prevención especial. Sobre esto, MAÑALICH, «Pena y ciudadanía», *Revista Estudios de la Justicia* (6), 2005, pp. 72 y ss.

mismo; donde «orientación al entendimiento» significa cierta disposición, por parte de ambos intervinientes en la comunicación, a la obtención de un acuerdo comunicativo.²⁷⁸

Lo anterior tiene una consecuencia de la mayor envergadura, pues si todos los intervinientes de la praxis punitiva se definen como *agentes* de una interacción comunicativa simbólicamente mediada, entonces *el actuar* de estos agentes *siempre comunica algo*.²⁷⁹ Sin embargo, esto no debe llevar a confusión. El hecho de que al sujeto se le reconozca capacidad agencial y que, como consecuencia, su actuar siempre comunique, no quiere decir que *el sentido* comunicativo de sus actos dependa, exclusivamente, de la interpretación personal que este realice del mismo.²⁸⁰ Si así fuera, el éxito en la interpretación del sentido de las acciones sería una verdadera rareza cuando, en verdad, es la regla cotidiana. Dicho éxito solo es posible en la medida en que los criterios interpretativos, a partir de los cuales se atribuye sentido a las acciones, sean en gran medida comunes a todos los intervinientes. De modo preciso: el hecho de que los «*sistemas de referencia*»²⁸¹ sean productos sociales (compartidos por todos), posibilita que los sujetos orienten su actuar según razones que sean socialmente *comprensibles* para los demás.

Una vez establecido que este carácter agencial es una condición necesaria para que el sujeto pueda orientarse en el marco de cualquier estructura normativa,²⁸² es momento de dar un paso más y hacer referencia a la *capacidad* del agente para ejercer dicha orientación. En el contexto praxeológico del Derecho, a esa *capacidad* de orientar la propia conducta conforme criterios interpretativos socialmente compartidos, le llamamos «*libertad de voluntad*».

1.2. El presupuesto pragmático de la retribución: la libertad de voluntad

Cualquier ordenamiento jurídico que se estructure sobre la idea rectora de la autodeterminación del ciudadano, debe asumir una premisa ineludible: la libertad de voluntad del agente como presupuesto pragmático. De lo contrario ¿qué sentido tendría hablar de agentes capaces de determinarse (y normarse) a sí mismos? En breve: el

²⁷⁸ La distinción entre *partícipes* y *observadores* del discurso proviene de STRAWSON, *Libertad y Resentimiento*, 1995, quien la utiliza para describir diferentes clases de relaciones morales. Sobre el particular, véase también SEELMANN, «Does Punishment Honour the Offender?», en SIMESTER *et al.* (coord.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, 2016, pp. 111 ss.

²⁷⁹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 13: «*Wer handelt, der kommuniziert*»; EL MISMO, *Pena y ciudadanía*, 2016, pp. 62 ss.; MAÑALICH, *InDret*, 2/2015, pp. 15 ss.

²⁸⁰ Similar, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO *et al.* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 883: «*El enunciado "X es una acción" constituye, pues, un enunciado adscriptivo*» que, en cuanto tal, necesariamente presupone el carácter agencial (imputable) del sujeto a quien se adscribe.

²⁸¹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 11.

²⁸² Como consecuencia, no es preciso que el sujeto tenga conocimiento acerca del carácter lesivo de su conducta respecto del orden de libertades; SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO *et al.* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 884.

reconocimiento de espacios libres de actuación *presupone* la libertad del agente para hacer uso de ellos pues, de lo contrario, tal reconocimiento carecería de sentido práctico.

Sin embargo, el presupuesto de la libertad de voluntad, al menos en Derecho penal, ha sido blanco de múltiples objeciones. La más radical, de hecho, pasa por afirmar que se trata de un presupuesto llanamente ficticio: la libertad, dicen los deterministas, no es más que una ficción indemostrable. En otros términos: no es posible afirmar que el comportamiento humano constituye el producto de una elección libre pues, en verdad, todas nuestras conductas están –en mayor o menor medida– causalmente determinadas por factores externos que escapan al control de la persona. Según creo, dos cuestiones han de ser analizadas aquí.

[ø] La primera es si el carácter indemostrable del libre albedrío impediría que la culpabilidad se tome como fundamento de la coacción punitiva, quedando reducido su papel a *limitar* los excesos a los que llevaría una fundamentación preventiva de la misma. Sobre esta idea, ROXIN ha fundamentado la tesis de que la culpabilidad solo puede desempeñar un papel unilateral: constituye un límite a la imposición de la pena, pero no su fundamento.²⁸³ Sin embargo, lo contradictorio de esta tesis ha sido puesto de relieve en reiteradas ocasiones por la doctrina.²⁸⁴ Justificar el ejercicio de la coacción punitiva con base en las «*necesidades preventivas*» para luego condicionar esa justificación hasta el límite de la culpabilidad, en efecto, no parece lógico: ¿por qué tal prevención deja de ser suficiente cuando se acaba la pista de la culpabilidad? La culpabilidad no puede aparecer como un límite que cae desde el cielo, de repente, para restringir una pena preventivamente justificada.

²⁸³ ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal*, 1976, pp. 13: «*la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable*». Sobre la función exclusivamente limitadora de la culpabilidad, ROXIN, «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad», en EL MISMO, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, pp. 187-200.

²⁸⁴ Ya en 1968, GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs», *ZStW*, 1968, p. 3, afirmaba que «*parece contradictorio erigir el límite superior de la pena en su adecuación a la culpabilidad y, al mismo tiempo, querer cortar el vínculo que une a la pena con la idea de culpabilidad*». A finales del siglo pasado, PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation. Leistung und Gefahren eines neues Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik», en DENCKER *et al.* (eds.), *FS-Grünwald*, 1999, p. 480, que «*[el] principio de culpabilidad no puede introducirse como fundamento para limitar la pena si ha sido rechazado como fundamento de su imposición*». Recientemente, de modo particularmente gráfico, ORTIZ DE URBINA, en CARNEVALI (coord.), *Derecho, Sanción y Justicia Penal*, 2017, p. 430: «*cuando se afirma que al imponer la pena no se puede ir más allá de la culpabilidad del condenado, se está al tiempo afirmando que tal culpabilidad existe, toda vez que, en caso contrario, nunca podríamos decir que una pena va más allá de ella. Y, si existe para limitar, no pudiendo ser rebasada, resulta incoherente decir que no existe también antes de alcanzar dicho límite. En cuyo caso, y hasta alcanzar dicho límite, su función será fundamentadora*».

[ø] La segunda merece mayor atención pues, si todas nuestras prácticas sociales reactivas toman como presupuesto una ficción ridícula, entonces deberíamos proceder a eliminarlas; lo que equivaldría a disolver la sociedad tal y como actualmente la conocemos.²⁸⁵ Antes de radicalizar la cuestión, examinemos con un poco más de detalle las premisas que están detrás de esa conclusión exagerada: el hecho de que un comportamiento esté –más o menos– determinado desde el punto de vista causal ¿significa que ese comportamiento, inexorablemente, no pueda ser interpretado como producto de una voluntad libre? Desde el punto de vista que aquí se adopta, la respuesta es categórica: de ninguna manera.

Afirmar que una mínima determinación causal del comportamiento destruye la idea de voluntad libre es una conclusión errónea, derivada de una falsa concepción acerca de aquello que significa «libertad de voluntad». En efecto, una conclusión como esa solo puede sostenerse en la medida en que se parte de una noción *biologicista* de ese concepto. En la praxis jurídica, por el contrario, cuando nos referimos a la voluntad libre de los destinatarios de las normas, no estamos haciendo referencia a un estado (mental) empíricamente constatable. El presupuesto pragmático que denominamos «*libertad de voluntad*» no es un hecho biológico, sino un concepto normativo: se trata de «*capacidad atribuida*». La voluntad libre es, en este sentido y para decirlo con PAWLIK, un «*producto cultural de atribución*» cuyo contenido es la «*capacidad de orientarse en el propio actuar según razones que sean [...] socialmente comprensibles*».²⁸⁶ Por esa razón, el hecho de que el comportamiento del agente pueda estar causalmente determinado (en el sentido indicado por los deterministas), no obsta a que se lo interprete como producto de una decisión libre. De modo preciso: «*la verdad del determinismo no obsta a la libertad de voluntad*»²⁸⁷ y, por tanto, no existe obstáculo alguno para afirmar que los hechos voluntarios pueden considerarse expresión de la propia autodeterminación (e identidad) del sujeto.²⁸⁸

²⁸⁵ Sobre el alcance de la objeción determinista, BERMAN, *Ethics* (118), 2008, nota 34: «*el determinismo constituye una amenaza no solo para los juicios de responsabilidad, reprochabilidad o merecimiento, sino para todos los juicios normativos*».

²⁸⁶ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 11; EL MISMO, *Das Unrecht...*, 2012, p. 281; MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, pp. 144 ss.

²⁸⁷ MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 145. Véase, en detalle, HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, pp. 77-97.

²⁸⁸ En sentido muy similar, PAWLIK, *Normbestätigung...*, pp. 9 y 71 ss., para quien el *proto-deber* de compaginar el cumplimiento de los diversos deberes que surgen de los roles desempeñados por el sujeto es la única manera de lograr un *equilibrio en la identidad (Identitätsbalance)*, de manera tal que es posible afirmar que «*la decisión que tomo expresa la respuesta a la pregunta quién quiero ser*»; MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 145, define la libertad de voluntad como la «*capacidad de tomar decisiones [...] de acuerdo a preferencias personales [...] que son constitutivas de la propia identidad del agente*». En esta línea, MAÑALICH, *InDret* 2/2015, p. 17, afirma que «*un juicio de culpabilidad personal depende esencialmente de que el comportamiento del agente pueda ser interpretado como expresivo –y potencialmente definitorio– de su propia identidad, en la medida en que lo que ese agente*

Por último, puede ser útil recordar que tal capacidad se atribuye siempre dentro de un determinado contexto praxeológico, de manera tal que resulta graduable y su contenido depende de la praxis en la cual tal atribución tenga lugar. Para decirlo con un ejemplo: que un niño de seis años torture brutal y sistemáticamente a un animal doméstico, puede considerarse un acto jurídico-penalmente irrelevante, en la medida en que lo entendemos como un acto *no-libre*. En nuestro contexto praxeológico, este particular individuo adolece de la capacidad de orientar su conducta conforme a razones socialmente comprensibles. Sin embargo, en cuanto modificamos el contexto en que dicha capacidad se atribuye, ese mismo acto puede considerarse relevante, en tanto expresión de la personalidad e identidad del agente que lo lleva a cabo; piénsese, p. ej., en la praxis de la psiquiatría infantil.

1.3. Responsabilidad en términos reactivos

Una vez se atribuye al agente libertad de voluntad, el ordenamiento jurídico le concede la posibilidad de ejercerla. En este sentido, el Derecho concede al sujeto un espacio de autonomía propia (entendida esta –en su dimensión más relevante– como «*potencial de acción jurídicamente garantizado*»)²⁸⁹ dentro del cual el sujeto puede ejercer diversas alternativas de acción posibles. Por el ejercicio de ese «potencial de acción» (mejor dicho, por las alternativas elegidas), los co-intervinientes en la praxis jurídica se exigen (recíprocamente) responsabilidad en términos reactivos.

Debe recordarse que, en una teoría retributivo-comunicativa, se trabaja con una concepción de sujeto como partícipe del discurso. Esto vuelve perfectamente comprensible que dichos co-partícipes se exijan recíprocamente las razones que explican o justifican su comportamiento precedente. En términos de PAWLIK: «*quien actúa, [...] lleva a cabo una autodeterminación en el ámbito público que está, en su caso, obligado a fundamentar*».²⁹⁰

Esta idea de responsabilidad reactiva por el comportamiento precedente es una categoría conceptual irreductiblemente relacional: un sujeto es responsable siempre y cuando otro sujeto tenga capacidad para llamarlo a responder. Desde esta perspectiva, como ha destacado DUFF, la responsabilidad posee una estructura *triádica* que involucra al *destinatario* (que es llamado a responder), al *sujeto* (que formula el llamado) y *el estatus* (en virtud del cual se hace posible formular ese llamado). Brevemente: la responsabilidad reactiva significa poder ser llamado a responder ante alguien, por algo y en la medida en que se satisface la descripción normativa de un determinado estatus.²⁹¹

hace o deja de hacer pueda ser racionalizado como la realización de un sistema de preferencias que son constitutivas de quién es –contingentemente- ese agente».

²⁸⁹ ROBLES PLANAS, en EL MISMO (coord.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 24 ss.

²⁹⁰ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 13.

²⁹¹ DUFF, *Answering...*, 2007, p. 23: «*I am responsible for X to S as \emptyset –in virtue of satisfying some normatively laden description that makes me responsible [...] for X to S».*

En el ámbito de la justificación de las acciones punitivas, parece claro que el destinatario es el autor del quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento; quien formula el llamado es el Estado y, por último, el estatus viene dado por la condición de ciudadano interviniente en la praxis colectiva (como miembro de la comunidad jurídica y jugando un doble rol: destinatario y sostenedor de las exigencias normativas del Derecho).²⁹²

2. Derivados de la secuencia conceptual *delito/pena*

En el punto anterior hemos puesto de relieve que tanto el comportamiento delictivo como la acción punitiva poseen un denominador común: un agente que actúa y, por tanto, inexorablemente *comunica*.²⁹³ Por esa razón, la secuencia conceptual *delito/pena* debe construirse con base en la idea de un diálogo ciudadano: ambos conceptos deben concebirse como discurso y respuesta (*Rede und Gegenrede*); se trata de conceptos recíprocos que se encuentran en una relación indisoluble y cuyo eje de rotación es su carácter comunicativo.²⁹⁴ Una vez afirmado que acción delictiva y acción punitiva son expresiones de sentido, es necesario dotarlas de contenido; más preciso: en la praxis jurídico-penal, ¿cómo se atribuye sentido al comportamiento del ciudadano y a la reacción punitiva?

2.1 *El comportamiento del ciudadano. La norma de conducta como esquema de atribución de sentido*

Según la premisa que hemos adoptado, el actuar de los sujetos que intervienen en la praxis punitiva debe concebirse como un «proceso interpretable».²⁹⁵ Para decirlo con JAKOBS: «solo si la acción se entiende no como elemento natural [...], sino como concepto [...], se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante».²⁹⁶

²⁹² DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2001, pp. 59 ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 83 ss.; MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 53; EL MISMO, *Revista Estudios de la Justicia* (6), 2005, pp. 63 ss.

²⁹³ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 51: «quien comete un delito y quien le condena por ello a una pena, tienen una cosa en común, a saber, su propiedad como agentes». Esto no debe ser tomado a la ligera, pues se trata de una decisión normativa de la mayor trascendencia: todo proceso de atribución de responsabilidad –imputación–, requiere que el comportamiento se interprete en términos comunicativos, es decir, que su conducta admita ser interpretada como algo con *capacidad de sentido*. De lo contrario, el *suceso* (*Geschehen*) no constituye, en términos jurídico-penalmente relevantes, un *hecho* (*Tat*).

²⁹⁴ PAWLIK, en EL MISMO *et al.* (coord.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 469. Recientemente, también WILFERT, *Strafe und...*, 2015, p. 15.

²⁹⁵ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 646 ss.; EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 41 ss.; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 205 y ss.; PAWLIK, *Normbestätigung...*, pp. 24 ss.

²⁹⁶ JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996, p. 97. Idéntico, v. HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur*

El comportamiento jurídico-penalmente relevante del ciudadano, entonces, no puede quedar reducido a un mero sustrato fenomenológico, sino que debe ser concebido como un *sentido* (atribuido a un determinado sustrato). La pregunta de la que nos ocupamos aquí radica en *cómo* se le adscribe sentido a ese sustrato; y para obtener una respuesta, debe recordarse lo afirmado en el Apartado II, punto 2: en el marco de la praxis punitiva, el «*campo de sentido*» que permite describir un determinado suceso como acción jurídico-penalmente relevante, no puede ser otro que la *ley penal*. En el caso del comportamiento del ciudadano, y para ser más precisos, la atribución de sentido solo puede tener lugar a través de la correspondiente *norma de comportamiento* (derivada del enunciado legal), de modo tal que, una acción jurídico-penalmente relevante, solo puede *existir* y *valorarse* a partir del esquema que provee una determinada norma de conducta.²⁹⁷

En palabras de PAWLIK: «*realizar una acción, en sentido jurídico-penal, significa tomar posición en relación a la obligación que se desprende de la norma penal que resulta aplicable*».²⁹⁸

Para explicar la afirmación precedente, relativa a la *existencia* y *valoración* del comportamiento jurídico-penalmente relevante, puede ser útil escindir el análisis en dos partes. En primer lugar, fundamentar la afirmación de que una acción jurídico-penalmente relevante solo puede *existir* bajo el campo de sentido proporcionado por la norma de comportamiento. En segundo lugar, analizar por qué la *valoración* también depende de esa norma de comportamiento.

[Ø] Explicar lo primero, requiere retomar aquí una idea ya mencionada en el Apartado anterior: un suceso fenomenológico equivale al puro ser (*reine Sein*) indeterminado y, como tal, igual a la nada; la existencia, por el contrario, solo puede predicarse del ser concreto y determinado (*Dasein*). A partir de esta premisa, dijimos que ningún objeto puede existir a menos que un sujeto los inserte en campo de sentido y, a partir de allí, realice una determinada descripción de él. Esta misma premisa es la que cabe aplicar al comportamiento del ciudadano en la praxis punitiva: un sustrato solo puede configurar una acción jurídico-penalmente relevante (y por tanto adquirir existencia determinada), en la medida en que se inserta en nuestro específico «*campo de sentido*»: la norma de comportamiento. A la inversa: en ausencia de norma, no hay sentido (lo *determinado*) y la conducta del agente solo aparece como mero sustrato fenomenológico (lo *indeterminado*). En un ejemplo: apretar el gatillo de un arma de fuego es un suceso que

allgemeinen Versuchslehre, 1966, p. 43: «*el Derecho no se ocupa de los hechos como tales, sino de su significado*».

²⁹⁷ Debe aclararse aquí lo siguiente: para afirmar que la norma de conducta es el esquema de atribución de sentido de las acciones, es irrelevante si dichas normas se conciben como directivas de conducta o como expectativa normativa institucionalizada.

²⁹⁸ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 24

alguien puede describir como un disparo maestro, como una venganza de honor familiar, como un acto de legítima defensa de terceros, o como una acción constitutiva de homicidio. El puro disparo es, en sí mismo, nada y –por eso–, admite *ser*, en concreto, todas esas cosas.²⁹⁹

El mero sustrato fáctico es, en verdad, *pura potencia*: por sí mismo, no es más que una *mera posibilidad de sentido* que permanece indeterminada (*reine Sein*) y, en términos hegelianos, igual a la nada.³⁰⁰ En ese estadio previo, el sustrato puede adoptar una infinidad de descripciones diferentes (dependiendo del campo de sentido donde se lo inserte). Por tanto, sin una norma de conducta que actúe como campo de sentido (*Sinnschema*), su existencia concreta (*Dasein*) no surge como tal.

La conclusión anterior, relativa a la *existencia* de una acción jurídico-penalmente relevante y la norma de conducta, resulta completamente independiente del *contenido* de sentido que se le atribuye a esa conducta. Dicho de otro modo: que el comportamiento del agente se valore como *conforme* o *contrario* a una determinada norma de conducta, es algo que –¡en este punto!– no interesa. Cualquiera sea la alternativa elegida por el ciudadano, estamos ante una toma de posición jurídico-penalmente relevante (la acción *existe* como tal). Esta última cuestión, debe advertirse, es mucho más importante de lo que parece, pues se trata de una idea nuclear en esta investigación: tanto quien acata (*rechtmäßiges Verhalten*) como también quien infringe (*unrechtmäßiges Verhalten*), comunica algo que es jurídico-penalmente relevante.³⁰¹

En un ejemplo: el comportamiento de quien vuelve a casa, pasando por los mercados, sin hurtar ninguno de los bienes allí ofrecidos, expresa algo tan relevante desde el punto de vista jurídico-penal, como cualquier otro sujeto que opta por hurtar la manzana.

[Ø] Para explicar lo segundo, cabe hacer mención a la dimensión prospectiva y retrospectiva de toda norma de comportamiento. En relación con la primera, la emisión de una directiva de conducta, necesariamente, divide el mundo del destinatario en dos

²⁹⁹ El ejemplo pertenece a PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 21.

³⁰⁰ Esto proviene de adoptar una ontología holística en el que la determinación constituye un concepto relacional (*omnis determinatio est negatio*). El carácter relacional de la determinación implica asumir la premisa filosófica central de Spinoza: un objeto nunca es lo que es a partir de sí mismo, sino solo cuando se toma en cuenta la dimensión negativa de su existencia (las cosas que el objeto dejó de ser para poder ser lo que efectivamente es). Al respecto, BRANDOM, «Holismo e idealismo en la fenomenología de Hegel», *Praxis Filosófica* (50), junio 2020, pp. 289-326. Véase también, PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 13 ss.

³⁰¹ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 24 ss. La objeción formulada recientemente por MAÑALICH, *InDret* (2), 2020 en relación a que «entre los conceptos de incumplimiento de un deber y cumplimiento de un deber existe una relación de oposición contraria, y no de oposición contradictoria» (en el sentido de que «es posible que una persona no incumpla un deber sin al mismo tiempo cumplir ese deber»), es aquí irrelevante. Mientras el sujeto se encuentre en oportunidad de infringir la norma, el acatamiento de la misma expresa sentido.

alternativas básicas de acción, a saber: *cumplimiento vs. incumplimiento*.³⁰² En relación con lo segundo, la norma de comportamiento constituye el esquema en función del cual, a través de un juicio de valor, la conducta se califica como *contraria o conforme a Derecho*.³⁰³ Ahora bien, ¿cuál es el sentido que se atribuye a cada uno de estos comportamientos (ambos, jurídicamente relevantes) del ciudadano? Sin perjuicio de que esta pregunta será objeto de análisis detallado en otros lugares de esta investigación, es preciso delinear aquí la idea central.³⁰⁴ A modo de resumen: el comportamiento jurídico-penalmente relevante puede ser conforme a Derecho (*rechtmäßiges Verhalten*), en cuyo caso significa el cumplimiento del deber de cooperar al mantenimiento del orden de libertad jurídicamente garantizado; por lógica necesaria, el comportamiento contrario a Derecho (*unrechtmäßiges Verhalten*), cuando constituye un quebrantamiento culpable de la norma de conducta, significa el incumplimiento de tal deber de cooperación.³⁰⁵

Dado que el Derecho penal se concibe aquí como una praxis dinámica y colectivamente construida por los intervinientes en ella, el comportamiento conforme a la norma (*rechtmäßiges Verhalten*) es un elemento vital para su realización práctica. Con ese comportamiento, el ciudadano expresa una toma de posición favorable a lo requerido por la norma y, en esa medida, reconoce su fuerza vinculante, contribuyendo así a la construcción del orden de libertades (efectivamente practicado). Así las cosas, al acatamiento de la norma se le *atribuye el sentido* cumplir con el deber de cooperación ciudadana y resulta vital para la existencia del Derecho (en tanto ordenamiento efectivamente practicado).³⁰⁶ En el otro extremo y dado que las normas de comportamiento son (por su propia naturaleza) susceptibles de ser infringidas, el ciudadano puede optar por la alternativa contraria a la indicada en la directiva. Cuando la toma de posición no cooperativa se expresa mediante el quebrantamiento culpable de esa norma de comportamiento, estaremos ante un injusto culpable. A dicho comportamiento, entonces, se le *atribuye el sentido* de una toma de posición contraria al deber de cooperar en la construcción colectiva del estado de libertades institucionalmente garantizado.

La trascendencia central de esta concepción, según creo, se asienta en el cambio de paradigma que produce en el nivel del principio de legalidad: el principio *nullum crimen sine lege praevia* no representa una simple restricción del *ius puniendi*, impuesta desde

³⁰² PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 35. Esta característica implica que las normas jurídicas, por definición, exhiban un carácter esencialmente contingente: su cumplimiento por parte del destinatario es solo una posibilidad. Brevemente: toda norma es, por su naturaleza misma de norma, susceptible de ser infringida.

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO *et al.* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 882.

³⁰⁴ Véase, Capítulo IV, Apartado IV (pp. 166 ss.).

³⁰⁵ PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, pp. 281 ss.; EL MISMO, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 29 ss.

³⁰⁶ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 60-61: «*así como los individuos dependen del orden existente, este último vive –a la inversa– siempre que los individuos lo consideren vinculante, le den continuidad y desarrollo*».

fuera o como *side-constraint*.³⁰⁷ Por el contrario: dado que sin norma de comportamiento *no existe* acción jurídico-penalmente relevante (frente a la cual reaccionar), el principio de legalidad se vuelve una verdadera *condición constitutiva* de la práctica punitiva. Sin norma de comportamiento que pueda ser quebrantada, no puede haber acción delictiva.

La utilización del término «*condiciones constitutivas*» no es inocente. Con ello se pretende transmitir algo de la mayor importancia: las condiciones constitutivas son aquellas condiciones que funcionan como *presupuestos* de la actividad; sin ellas la actividad no existe como tal. Los ejemplos paradigmáticos en estos casos son los juegos: si no respetamos las reglas constitutivas de juego del ajedrez (por ej., que la pieza definida como alfil pueda trasladarse solo en diagonal, de corrido y en sentido bidireccional), puede que todavía estemos haciendo algo (incluso puede que estemos jugando –en un sentido laxo–) pero, ciertamente, eso que estamos haciendo no es jugar al ajedrez.³⁰⁸

2.2. *Ley penal («norma secundaria») y acción punitiva*

Ahora es necesario trasladar el esquema interpretativo anterior al ámbito de las acciones punitivas. Y es que, como dijimos, una comprensión cabal de toda la praxis punitiva exige concebir el comportamiento de *todos* los intervinientes (incluido el Estado) en términos expresivo-comunicativos. La acción punitiva, que se materializa en la restricción de los derechos jurídicamente garantizados del ciudadano, también debe concebirse como un *proceso interpretable*. En palabras de PAWLIK:

*«el actuar de personas racionales tiene siempre una dimensión comunicativa. Por ello, la aseveración de que también el acto punitivo tiene una dimensión comunicativa no resulta en absoluto sorprendente. Ésta es una declaración general propia de la teoría de la acción y no genuinamente jurídico-penal».*³⁰⁹

En un momento posterior, tendremos oportunidad de desarrollar esto en detalle. Por ahora, solo interesa destacar que el sustrato de la restricción de derechos (que conlleva toda coacción punitiva para el agente sobre el que recae), solo puede *adquirir sentido punitivo* cuando se la describe como el ejercicio estatal de la facultad punitiva

³⁰⁷ Aquí radica una de las diferencias centrales entre una práctica punitiva fundamentada de forma preventiva –que arroja un concepto de pena como herramienta de producción de seguridad– y una práctica punitiva orientada por principios retributivos –que arroja un concepto de pena como símbolo comunicativo–. Concibiendo el principio de legalidad como una restricción deontológica ajena al fundamento preventivo de la pena, MILTON PERALTA, «Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico», *InDret* (2), 2008, pp. 23 ss.

³⁰⁸ Acerca de cómo y por qué una fundamentación retributiva de la pena estatal concibe a los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, legalidad y culpabilidad como condiciones constitutivas de la práctica punitiva –y no como simples limitadores del *ius puniendi*–, MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, pp. 194 y ss.

³⁰⁹ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 62.

legítimamente habilitada por la ley penal.³¹⁰ Al igual que sucede con el disparo –puro ser–, en el caso de la acción delictiva, el sustrato del encierro de un agente es, por sí mismo, nada; y, por eso, puede ser todo. La restricción de una libertad ambulatoria puede ser una privación ilegítima de la libertad, una prisión preventiva, una medida de seguridad, etc. Por último, se producen también aquí impactos importantes a nivel de principios, ahora sobre el *nulla poena sine lege praevia*. Tal principio no constituye, nuevamente, una limitación externa o *side constraint* del *ius puniendi*; por el contrario, la existencia previa del enunciado legal constituye una *condición constitutiva* de la práctica punitiva. Sin ley penal, no hay campo de sentido donde introducir el sustrato (la restricción de derechos) y, por tanto, no habrá *sentido* punitivo. La ley penal no restringe un poder punitivo preexistente, sino que permite atribuir sentido punitivo a un sustrato determinado y, en esa medida, hace posible la praxis punitiva.

2.3. La relación entre deber de cooperación y deber de soportar la punición

Según hemos dicho, una conducta jurídico-penalmente relevante del ciudadano solo puede ser valorada, como *cumplimiento/incumplimiento* del deber de cooperación (al mantenimiento del estado de libertades), a partir del esquema provisto por la norma de comportamiento. Asimismo, en caso de que el incumplimiento tenga lugar mediante la realización de un injusto culpable, concurre el presupuesto operativo básico de la ley penal (si se quiere, norma de sanción) y –en principio– se abre la posibilidad de ejercer una acción punitiva; esto es, una reacción de carácter coactiva con la cual el Estado responde al discurso emitido por el ciudadano mediante su acción delictiva.³¹¹ En este punto, intentaremos aclarar la relación que existe, en el marco de una teoría retributivo-comunicativa, entre dicho deber de cooperación y la coacción punitiva que se emite como respuesta frente a su incumplimiento.

Para hacerlo, puede ser útil comenzar recordando que, en una visión *feuerbachiana* del Derecho penal, esa ley penal no es más que una *amenaza abstracta*, a través de la cual el Estado busca asegurar –mediante coacción psicológica– el cumplimiento de los deberes impuestos por las respectivas normas de comportamiento. Asimismo, dicha amenaza se ve reforzada, según FEUERBACH, con la imposición y ejecución de la pena en el caso concreto (recuérdese que dicha imposición, en su modelo, parece justificarse como mecanismo para hacer *eficaz* esa amenaza).³¹² Esta comprensión del Derecho penal resulta incompatible con el modelo aquí adoptado, pues la propia relación entre una norma de comportamiento y una norma de sanción impide una estructura

³¹⁰ Similar, WEGE, *Rücktritt und Normgeltung*, 2011, p. 84: «sin el componente de sentido, eso no sería una pena sino pura imposición de sufrimiento carente de sentido».

³¹¹ Por supuesto, tal apertura puede quedar condicionada a la no-concurrencia de otros presupuestos negativos de aplicación de la norma de sanción. Similar, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Cap. 4, nm. 5-12, Cap. 15, nm. 2.

³¹² Sobre la estructura argumental de FEUERBACH, véase Capítulo A-I (pp. 453 ss.).

argumental de carácter preventivo-intimidatorio. Dicho de modo preciso: la «*estructura de la teoría de la pena*» diseñada por FEUERBACH, que pretende justificar la imposición como mecanismo para garantizar la efectividad de la amenaza, *invierte* la relación de fundamentación entre norma de sanción y acción punitiva.

Ciertamente, desde la perspectiva del enunciado legal, uno puede quedarse con la impresión de que la imposición de la pena constituye, en verdad, un refuerzo de la conminación. Sin embargo, como observó magistralmente BINDING, esto es erróneo desde el punto de vista de la teoría de las normas. La imposición de una pena no puede hacer eficaz ni reforzar ninguna amenaza porque, sencillamente, el presupuesto indispensable para que esa norma de sanción se vuelva operativa (y se imponga la pena) consiste en la infracción del deber emanado de la norma de comportamiento (cuyo cumplimiento se trataba de asegurar mediante amenaza). Más explícito: en la estructura argumental de FEUERBACH, la imposición de la pena pretende hacer eficaz una amenaza que, en verdad, ya no tiene sentido, pues estaría destinada a garantizar el cumplimiento de un deber que ya ha sido irremediablemente infringido. En Derecho penal, el cumplimiento del *deber originario* no puede ser *asegurado* por la imposición de sanción alguna, pues lo radicalmente particular de la coacción punitiva radica en que su ejercicio solo puede tener lugar una vez que «*el cumplimiento del deber originario [...] ya es imposible*».³¹³

Lo único que podría asegurar el Estado, mediante la imposición de la pena, sería el cumplimiento de un deber *futuro* (en todo caso y si se quiere, materialmente idéntico; pero situacionalmente distinto); a saber, que no se cometan *nuevos* delitos. Sin embargo, si lo que buscamos con el ejercicio del *ius puniendi* es asegurar el cumplimiento de un deber futuro, entonces se trata de un deber completamente distinto de aquel otro que se pretendía garantizar con la conminación penal. Esto es exactamente lo que denunciaba BINDING: la teoría de FEUERBACH, en verdad, justifica la coacción punitiva en virtud de su capacidad para asegurar el cumplimiento de un deber que, por definición, ya nada tiene que ver con el agente sobre el que recae esa coacción.

Desde el punto de vista retributivo-comunicativo, hemos dicho, el enunciado legal es una *condición constitutiva* para que la coacción estatal pueda adquirir sentido punitivo, pero no el objeto de la justificación. Aquello que debe justificarse no es la ley penal (en tanto amenaza abstracta de pena), sino la acción punitiva (en tanto expresión de una práctica de asignación de responsabilidad por la alternativa de comportamiento libremente elegida por el sujeto). Es esta confusión la que, en verdad, da lugar a la objeción que, precisamente, BELING achacaba a FEUERBACH a título de «*falacia manifiesta*»; su argumentación, en efecto, pretende derivar la necesidad de la

³¹³ MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 59. Véase, también, LESCH, *La función de la pena*, 1999, pp. 25-26; ROBLES PLANAS, «La herencia de Karl Binding», en CANCIO MELIÁ *et. al.* (coord.), *LH-Barreiro*, t. I, 2019, pp. 747-748.

retribución, a partir de la necesidad de la amenaza de pena como instrumento para la obtención de resultados preventivos. Pero lo cierto es que «*uno no vende una casa porque la ha anunciado en venta [...], sino que la anuncia en venta porque se ha resuelto a realizar esa venta en virtud de razones que nada tienen que ver con el anuncio*». ³¹⁴ Sostener que el Estado ejerce el *ius puniendi* (formula un reproche) por el hecho de haber criminalizado previamente una conducta, es poner de cabeza el orden de las cosas. Más bien, cabe pensar que el Estado se ha resuelto a reprochar la realización de esa conducta (mucho antes y) por razones que nada tienen que ver con la conminación. El Estado criminaliza una conducta porque ha decidido reprochar su realización, no reprocha porque ha conminado con pena.

Con base en el ejemplo anterior, el Prof. SILVA SÁNCHEZ me formuló la siguiente observación. Puede uno imaginarse que el agente ponga en venta la propiedad, pero sin ninguna intención real de venderla. Supongamos que, en verdad, el sujeto solo tiene el propósito espurio de incrementar la oferta de inmuebles en la zona y, de ese modo, bajarle el precio a la propiedad contigua (que también está en venta y el falso oferente desea comprar). En tal caso, asumiendo que se trate de una oferta vinculante y que aparezca un comprador, da la impresión que el sujeto se vería “obligado” a efectuar la operación, solo por el hecho de haber anunciado la venta.

La pregunta es, entonces, si esta observación podría trasladarse al ámbito de la praxis punitiva, de manera tal que podrían existir casos en los que el Estado criminaliza conductas sin propósito de reproche alguno; en esos casos, parece que la imposición de la pena solo podría justificarse en virtud de la conminación previa. Según creo, aquí nos encontraríamos con dos obstáculos importantes. En primer lugar, si un Estado democrático de Derecho utilizara la legislación penal para fines espurios, entonces ya no tendría sentido hablar de justificación de la pena, pues se ha quebrado la legitimación política del Estado que es presupuesto necesario para imponerla. ³¹⁵ En segundo término, como veremos más adelante, el hecho de criminalizar conductas cuya realización no se tiene interés alguno en reprochar, echaría completamente por tierra la pretensión de sinceridad que debe contener todo acto comunicativo de reproche. Nos encontraríamos con una praxis punitiva deshonesta, que deja de ser retributiva y, por tanto, la acción punitiva no podría justificarse en estos términos.

A diferencia del modelo *fuerbachiano*, en una teoría retributivo-comunicativa, la relación entre deber de cooperación y coacción punitiva adquiere una imagen coherente. Si el Derecho se concibe como una praxis colectivamente construida por los agentes que intervienen en ella, debe aceptarse como premisa lo siguiente: el orden de libertades efectivamente practicado no puede lograrse mediante pura coacción de los ciudadanos, sino principalmente a través del cumplimiento *libre y voluntario* de la norma por parte

³¹⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 82.

³¹⁵ Al respecto, véase *supra*, Apartado II, punto 3, *in fine* (pp. 89 ss.).

del ciudadano. Dicho de otro modo: la construcción colectiva del Derecho no puede tener lugar mediante el cumplimiento coaccionado de las normas;³¹⁶ esas normas se dirigen a y son cumplidas o infringidas por ciudadanos dotados de voluntad libre.

Lo dicho no nos debe llevar a confusión: el Derecho penal es, ciertamente, un ordenamiento coactivo —«*la pena es coacción*»—.³¹⁷ Sin embargo, como ya hemos adelantado y tendremos oportunidad de analizar en el capítulo siguiente (con mayor detalle), resulta que la coacción punitiva no puede estar destinada a obtener el cumplimiento del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento infringida.³¹⁸ Y es que, desde el punto de vista de la teoría de las normas, una vez afirmado que el presupuesto operativo de la ley penal radica en el quebrantamiento culpable de la norma de conducta, es evidente que el deber originario ha devenido de imposible cumplimiento; por tanto, el deber de soportar la coacción punitiva no puede ser más que un *sustituto materialmente distinto* de ese deber originario. La coacción punitiva, entonces y en todo caso, pretendería garantizar el cumplimiento de un deber *materialmente distinto*, que ni siquiera puede derivarse de esa norma de comportamiento; a saber: *el deber de soportar la punición*.

Es esta *novación del deber* la que, precisamente, hace operativa la concepción retributivo-comunicativa de la praxis punitiva que aquí se sostiene. La norma de comportamiento divide el mundo del ciudadano en dos opciones: cumplimiento o incumplimiento del deber de cooperación (al mantenimiento de un Estado de libertades). Una vez infringido el deber de cooperación, concretamente materializado en la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento culpable se reprocha, el cumplimiento de este *concreto deber*, por definición, ya no puede ser exigido (pues tampoco puede ser cumplido).³¹⁹ Sin embargo, el ciudadano no queda desligado de su proto-deber de *contribuir* a la construcción colectiva del Derecho (ni tampoco el ordenamiento renuncia a dicha contribución), sino que este *modifica su contenido concreto*. Para decirlo de forma sintética: el enunciado legal sustituye ese deber originario (ahora de imposible cumplimiento) por otro *funcionalmente equivalente*, que llamamos aquí *deber de soportar la coacción punitiva*.

3. El merecimiento de pena

Una vez aclarado el vínculo entre deber de cooperación y deber de soportar la coacción punitiva, en este punto nos interesa analizar cómo se relaciona este último deber con el

³¹⁶ Véase, con mayores referencias, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 42 ss.; MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, pp. 58-59.

³¹⁷ JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 23.

³¹⁸ Véase Capítulo IV, Apartado IV (pp. 166 ss.).

³¹⁹ Fundamental, MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, pp. 59 ss.; ROBLES PLANAS, en CANCIO MELIÁ *et al.* (coord.), *LH-Jorge Barreiro*, 2019, p. 748.

concepto nuclear de toda teoría retributiva: el *merecimiento*. Y es que, si bien es cierto que no existe tal cosa como una definición del retribucionismo *en sí* (en verdad, «*el retribucionismo no es el nombre de una teoría sino, más bien, el nombre de una clase o tipo de teorías*»),³²⁰ también es cierto que, para pertenecer a esa «clase» de teorías, resulta necesario compartir un núcleo teórico mínimo. Y ese denominador común radica en lo siguiente: la noción de merecimiento debe jugar un papel importante en la justificación de las acciones punitivas.³²¹ Ahora bien, más allá de este eje de rotación, se terminan los acuerdos y comienzan las profundas divergencias, porque no todos asignan idéntico significado ni la misma importancia a la noción del merecimiento.³²² Sin poder entrar de forma detallada en ello, haremos algunas referencias básicas acerca de su *alcance y contenido*.

3.1. El alcance del merecimiento: el «deber de soportar la punición» como reflejo de una «facultad punitiva» del Estado (*ius puniendi*)

Hemos sostenido previamente que, en una teoría retributivo-comunicativa, la secuencia conceptual *delito/pena* no puede romperse: el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento es el presupuesto ineludible para el surgimiento de la facultad punitiva estatal. Esta vinculación indisoluble, de hecho, encuentra su expresión paradigmática en los enunciados legales contenidos en los modernos códigos penales, en la medida en que dicha ley penal vincula la realización de un supuesto de hecho con la aplicación de una determinada consecuencia jurídica.

Sin embargo, el vínculo entre *delito/pena* no debe llevar a confusión: que el delito constituya la condición necesaria (incluso, si se quiere, *suficiente*)³²³ para el ejercicio de la facultad punitiva, *no significa* –¡de ningún modo!– que la imposición de la pena

³²⁰ HUSAK, en KESSLER FERZAN/MORSE, *Legal...* 2016, p. 53. De hecho, GOTTINGHAM, *Philosophical Quarterly* (29), 1979, pp. 238 ss., identificó la existencia de al menos nueve variantes posibles de la teoría retributiva.

³²¹ En idéntico sentido, HUSAK, en KESSLER FERZAN/MORSE *Legal...*, 2016, p. 5; BERMAN, «Modest retributivism», en KESSLER FERZAN/MORSE *Legal...*, 2016, pp. 35 ss.; EL MISMO, «Two Kind of Retributivism»; en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, pp. 433 ss.; BEDAU, «Retribution and the Theory of Punishment», *The Journal of Philosophy* (75), 1978, pp. 601 ss.

³²² Véanse los autores mencionados en la cita anterior. También, ZIMMERMANN, *Verdienst...*, 2012, pp. 10 ss.; SCHÄLIKE, «Retributionstheorien der Strafe», en GESANG/SCHÄLIKE (eds.), *Die Großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*, 2011.

³²³ Siempre que se aclare el sentido particular en el que se usa aquí la expresión «condición suficiente», a saber, según lo expuesto por MOORE, *Placing Blame*, 2010, pp. 173 ss.; en idéntico sentido, KLEINIG, *Desert and Punishment*, pp. 161 ss. Conforme con esa idea, según MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 152: que «*el merecimiento es condición suficiente para la imposición de la pena ha de entenderse en el sentido de que, entre todas aquellas condiciones que pueden ser vistas como posibles razones para la punición, el merecimiento es suficiente para su justificación. Esto ciertamente no implica que no haya otra clase de condiciones, distintas de aquellas que pueden constituir razones posibles para la punición, que efectivamente son necesarias, pero que en la discusión acerca de las razones admisibles para la punición pueden ser dadas por supuestas*».

pueda entenderse como una *consecuencia necesaria* frente a la realización de un delito. Esto último, de hecho, solo puede ser posible bajo una interpretación deontológica –de tinte kantiana y extrema– de la idea de retribución:³²⁴ para sostener tal cosa, es necesario transformar el enunciado legal en un imperativo categórico, una especie de «*norma de comportamiento*» dirigida al juez penal.³²⁵ Frente a la mera concurrencia del presupuesto operativo, el juez quedaría entonces obligado a la aplicación de la sanción punitiva. En este esquema, lo que hemos señalado como «*deber de soportar la acción punitiva*», que recae sobre el ciudadano, se erigiría como reflejo del cumplimiento de otro deber, impuesto por el enunciado legal y que recae sobre el funcionario judicial a cargo de la punición estatal.

Esta «*conversión*» del enunciado legal en una norma de comportamiento dirigida al juez (y, con ello, la creación de un verdadero «*deber jurídico de imponer pena*») resulta incompatible con el punto de vista sostenido en esta investigación. Si existe tal cosa como un deber u obligación del Estado de castigar al ciudadano, dicho deber no puede derivarse directa y exclusivamente del enunciado legal. Semejante derivación, de hecho, requiere involucrar un amplio conjunto de normas acerca de la organización institucional del Estado y, en particular, sobre la competencia jurisdiccional. En definitiva, como advierte ROBLES PLANAS, los enunciados legales no son normas en sentido estricto, pues no imponen directamente deber alguno.³²⁶

Por el contrario, conforme la posición que asumo (*à la* BINDING), del enunciado legal no puede derivarse una norma imperativa para el juez, sino más bien una norma *habilitante*. Se trata de una disposición que regula la relación entre el titular del *ius puniendi* y el ciudadano responsable (del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento); en los términos de BINDING: «*la ley penal [establece] un derecho al castigo*».³²⁷ Cometido el injusto y acreditada la responsabilidad del agente, el enunciado legal solo concede una potestad punitiva al Estado; de manera tal que la ley penal solo habilita o faculta el ejercicio de la acción punitiva, pero en ningún caso obliga.

Ahora bien, caracterizar al enunciado legal como una norma habilitante (que solo concede una *facultad* punitiva), no afecta el carácter obligatorio de su correspondiente reflejo: sobre el ciudadano responsable del quebrantamiento culpable de la norma, de hecho, se impone un verdadero deber de soportar la punición. Y es que, en definitiva,

³²⁴ En la actualidad y hasta donde alcanzo, nadie afirma tal cosa.

³²⁵ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, pp. 61 ss.

³²⁶ ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret* (1), 2019, p. 7.

³²⁷ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 162; el destacado me pertenece; EL MISMO, *Grundriß...*, 8ª ed., 1913, p. 232: «*de ningún modo puede afirmarse que el deber de imponer un castigo se encuentra ya fundamentado en el origen mismo del Derecho penal. De lo contrario, todo delito [...] debería ser castigado*».

toda concesión de una facultad punitiva requiere aceptar, lógicamente, la existencia de un deber correlativo, al cual aquel se encuentra indisolublemente vinculada. En este preciso sentido debe entenderse la *subrogación* previamente señalada: una vez emitida la norma de comportamiento, el ciudadano puede adoptar dos formas de comportamiento antagónicas; cuando se inclina por el comportamiento contrario a Derecho, el enunciado legal sustituye ese deber originario (ahora de imposible cumplimiento) por un deber de soportar la eventual punición que, verdad, no es más que el reflejo de la facultad punitiva concedida al Estado.³²⁸

Es crucial insistir aquí en esta cuestión: entender el deber de soportar la punición como el reflejo de una facultad punitiva, resulta plenamente compatible con aceptar la centralidad de la noción de merecimiento para toda justificación de la pena retributiva. Y es que, en relación al «*alcance*» que posee un juicio de merecimiento, debe recordarse que tales juicios no implican, de ninguna manera, la creación de obligaciones en sentido estricto. En otras palabras: de la afirmación «*A merece Ø*» no se sigue necesariamente la afirmación «*alguien está obligado a garantizar que A reciba Ø*».³²⁹ Aplicado a nuestro ámbito, esto significa: la realización de un injusto culpable permite afirmar que su autor merece ser castigado, pero de allí no se sigue la imposición automática de pena. En todo caso, la punibilidad del quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento puede quedar sujeta a múltiples filtros propios de la «norma de sanción», a saber: condiciones objetivas de punibilidad, causas de extinción de la responsabilidad criminal, ausencia de equivalentes funcionales de la pena, etc. Una interpretación mecanicista de esta cuestión pasaría por alto aquello que nos advertía BINDING, «*los seres humanos castigan seres humanos [en función de sus hechos, pero] no los hechos en sí mismos*»,³³⁰ a la vez que confundiría erróneamente los conceptos de injusto culpable y hecho punible.³³¹

En palabras de PAWLIK, nuestra concepción «*sostiene que resulta legítimo reaccionar con pena frente a la comisión de un injusto del ciudadano. Sin embargo, esto de ningún modo significa que todo injusto del ciudadano debe encontrar una respuesta punitiva. [...] En una palabra: la concepción aquí sostenida solo reclama la posibilidad de aplicar pena [...]*».³³²

³²⁸ El cumplimiento de este segundo deber está destinado a materializar la misma prestación que se pretendía lograr con el cumplimiento del deber de cooperación inicialmente impuesto (y ahora de imposible cumplimiento). Véase, en detalle, Capítulo IV, Apartado IV, punto 3 (pp. 171 ss.).

³²⁹ Sobre el particular, ampliamente, BERMAN, en KESSLER FERZAN/MORSE, *Legal...*, 2016, pp. 35 ss.

³³⁰ BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, 1877, p. 11.

³³¹ Véase, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 656 ss.

³³² PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 96-97. En idéntico sentido, entre otros, JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, 1998, p. 26.

En resumen, la facultad estatal para ejercer la acción punitiva, no es más que el reflejo o contracara del deber de soportar la punición que recae sobre el ciudadano. Por esa razón, la coacción punitiva se concibe aquí como un «*hecho libre*» de su titular y nunca como un deber en términos estrictos.³³³ Sobre el *contenido de significado* de ese ejercicio, sin perjuicio de que nos ocuparemos luego con mayor detalle, podemos adelantar aquí lo siguiente: al ejercer su facultad punitiva, el Estado comunica que el vínculo formalmente indisoluble entre el goce de la libertad real y el deber de cooperar a su mantenimiento, ha sido materialmente disuelto de modo culpable por el ciudadano. En lo que sigue, una vez establecido que la centralidad del merecimiento resulta plenamente compatible con una concepción del enunciado legal como *norma habilitante*, podemos afrontar la cuestión de su contenido.

3.2. El contenido del merecimiento: sujeto, objeto y base de merecimiento

No es ninguna novedad que la noción de merecimiento presenta complejidades importantes, y que no existe en doctrina un acuerdo generalizado sobre el contenido de este concepto.³³⁴ Para acercarnos a esta idea, creo que puede ser útil comenzar destacando la estructura *triádica* que posee toda proclama (institucional) de merecimiento. En efecto, siempre que sea formulado en un marco institucional y jurídico, todos nuestros juicios de merecimiento se estructuran de la siguiente manera: «*el agente α merece β en virtud de ε* ».³³⁵ Conforme con ello, es posible distinguir tres elementos básicos, a saber: el sujeto (α), el objeto (β es aquello que α merece) y la base de merecimiento (ε es aquello *en virtud* de lo cual α merece β).

En relación al sujeto de merecimiento (α), no existen mayores controversias en la doctrina y, en esta investigación, creo que basta con recordar aquí lo expresado anteriormente: en el contexto praxeológico del Derecho penal, la justificación (o

³³³ MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 64: «*la punición es un “hecho libre” del titular del ius puniendi, [...] para el cual el delito solo constituye la fuente de un derecho subjetivo, correlativo al deber del penado –quien ya ha infringido, de modo reprochable, el deber impuesto por la norma de comportamiento- de tolerar la imposición y ejecución de la pena, pero no de un deber del propio Estado de castigar al responsable*». Por supuesto, esto no implica que el juez tenga libertad para decidir cuándo ejercerlo; en cualquier Estado democrático, las condiciones bajo las cuales se ejerce ese derecho al *ius puniendi* están altamente reguladas.

³³⁴ Sobre el particular, entre otros y con mayores referencias, ZIMMERMANN, *Verdienst...*, 2012, pp. 10 ss.; ALTPETER, *Strafwürdigkeit...*, 1990; DECKERT, *ZIS* (6), 2013, pp. 267-270.

³³⁵ Véase FEINBERG, en FRIEDMAN *et al.* (eds.), *Rights and Reason. Law and Philosophy Library* (44), 1970, pp. 63 ss.; KLEINIG, «The Concept of Desert», *American Philosophical Quarterly* (8-I), 1971; EL MISMO, *Desert and Punishment*, 1968, pp. 97 ss.; EL MISMO, en TONRY (ed.), *Retribution Has a Past: Has it a Future?*, 2011, pp. 46-62; DECKERT, *ZIS* (6), 2013, pp. 266-267; ZIMMERMANN, *Verdienst...*, 2012, p. 13 ss.

desaprobación) solo puede tener por objeto una actividad desplegada por un *agente comunicativamente relevante*.³³⁶

Es cierto que, en el lenguaje cotidiano, es posible afirmar que: «*el delito Ø merece más pena que el delito []*»; pero lo cierto es que esto no es más que un modo alternativo para expresar que el autor de Ø merece mayor reproche –en virtud del delito por él cometido– que aquél reproche merecido por el autor del delito []. Esta «forma de hablar» solo puede tener sentido en la medida en que una acción delictiva, en tanto *objeto de un juicio de desaprobación*, presupone la cualidad agencial del sujeto que la ejecutó.

La «base de merecimiento» (ϵ), por su parte, hace referencia a las razones en virtud de las cuales el agente (α) se hace acreedor del objeto de merecimiento (β). Aquí interesa resaltar que todo juicio de merecimiento se caracteriza porque tales razones no pueden ser de cualquier clase, sino siempre vinculadas a una actividad que ese agente *ya ha realizado*.³³⁷ La base de cualquier juicio de merecimiento, entonces, está en el pasado; mejor dicho: en un presente *irritado* por algo que sucedió en el pasado;³³⁸ o a la inversa: nadie puede merecer nada por una acción que todavía no ha realizado. En el marco de las acciones punitivas, en tanto estas representan una respuesta reactiva-institucional (*Gegenrede*) frente a la realización de una acción delictiva (*Rede*), esto significa que la base de merecimiento solo puede venir dada por una cosa: el quebrantamiento culpable de una concreta norma de comportamiento. En esta base de merecimiento se refleja, de modo particularmente gráfico, la consecuencia central de la teoría de las normas de BINDING: «*la necesidad de que el acto de coacción en que consiste la pena se base en la infracción personal de un deber previsto con anterioridad*». ³³⁹

La cuestión más debatida en relación al juicio de merecimiento, en verdad, se plantea alrededor del «objeto de merecimiento» (β); en concreto, se debate la respuesta a la siguiente pregunta: *¿qué es aquello que merece el agente?* A grandes rasgos y sin entrar

³³⁶ Al respecto, *supra*, Apartado III, punto 2 (pp. 84 ss.).

³³⁷ KLEINIG, *American Philosophical Quarterly* (8-1), 1971, p. 73: «*el merecimiento, sencillamente, nunca puede estar orientado hacia el futuro [...] Proclamas de merecimiento solo pueden ser formuladas sobre la base de [...] hechos que el sujeto [destinatario] de la misma ya ha realizado*».

³³⁸ En este sentido, MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 49: «*La pregunta por la superación del pasado a través del derecho encierra una trampa*» pues «*la necesidad de superación del pasado depende de que el pasado no sea, de hecho, mero pasado sino todavía presente*»; también JAKOBS, «*¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político*», *ADPCP* (47-2), 1994, pp. 137 ss. Lo único que puede superarse a través del Derecho es, en verdad, un presente que se ha visto *perturbado* por el pasado. Por esa razón, el paso del tiempo también puede afectar la intensidad perturbadora que produce en el presente el injusto culpable cometido en el pasado y, con ello, afectar la dimensión comunicativa del hecho punible; véase, SILVA SÁNCHEZ, «*Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito*», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (47-127), 2017, pp. 495 ss.; EL MISMO, *Malum passionis...*, 2018, pp. 166 ss.; RAGUÉS I VALLÉS, en GARCÍA CAVERO, *et al.* (coord.), *LH-Silva Sánchez*, 2019, pp. 61 ss.

³³⁹ ROBLES PLANAS, en CANCIO MELIÁ *et al.* (coord.), *LH-Jorge Barreiro*, 2019, p. 747.

en detalles, creo posible afirmar que las opciones disponibles para responder a esta pregunta son básicamente dos: a) aquello que merece el agente es *sufrir*; b) aquello que merece el agente es la formulación de un *reproche*.

[∅] Centrar el objeto de merecimiento en el *sufrimiento* del agente es altamente problemático por diversas razones. La primera de ellas ya ha sido mencionada en esta investigación, a propósito de la «*base de demanda*»: si aquello que merece el agente es sufrir, entonces no habrá necesidad de justificar ninguna acción punitiva que, desde el punto de vista subjetivo del agente sobre el que recae, no implique su sufrimiento. En el ejemplo oportunamente vertido: el desposeído total que comete un delito menor con el único objetivo de pasar el invierno dentro de la penitenciaría (pues allí se encuentra con mejores condiciones térmicas), no estaría recibiendo respuesta punitiva alguna. La segunda es que tal perspectiva impediría una aplicación racional del principio de igualdad y proporcionalidad de las penas, pues para ello habría que analizar el impacto de cada acción punitiva en el marco de la hoja de vida de cada destinatario.³⁴⁰ Brevemente: en una teoría retributivo-comunicativa, el sufrimiento del agente no representa el objeto de merecimiento,³⁴¹ pues resulta perfectamente posible la existencia de punición sin sufrimiento.

[∅] Aquí nos inclinamos por la segunda alternativa: aquello que merece el sujeto es recibir un juicio de desaprobación mediante la *formulación de un reproche*.³⁴² Debe aclararse, sin embargo, que la oposición entre ambas cuestiones no es tan radical como parece, al menos en Derecho penal; y ello por dos razones. En primer término, porque toda formulación de un reproche punitivo implica, por sí mismo, un cierto dolor o sufrimiento para el destinatario del mismo, independientemente del mecanismo expresivo a través del cual se canalice. En términos de HUSAK: quien se hace acreedor de un juicio de reproche por la previa comisión de un hecho delictivo, y no siente absolutamente nada en el momento en que se le formula, es una «*criatura curiosa*».³⁴³ De hecho, el sufrimiento intrínseco a cualquier juicio de reproche punitivo puede advertirse con ejemplos triviales: el sujeto cuyo patrimonio se restringe de forma coactiva, «*sufre*» de muy distinta manera cuando la restricción es impuesta por el sistema tributario que cuando proviene del sistema punitivo (la comunicación penal

³⁴⁰ Una crítica detallada a la perspectiva subjetivista respecto del objeto de merecimiento en los reproches punitivos puede encontrarse en GRAY, «Punishment as Suffering», *Vanderbilt Law Review* (63-6), 2010, pp. 1619 ss.; véase también KOLBER, «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review* (109), 2009, pp. 182 ss.

³⁴¹ En idéntico sentido, expresa GRAY, *Vanderbilt Law Review* (63-6), 2010, p. 1670: «*the point is that the subjective suffering of a particular offender is neither sufficient nor necessary to the justification, measure, or description of punishment for retributivist*».

³⁴² En el mismo sentido, DUFF, *Punishment, Communication...*, 2001, pp. 27 ss. Asume la premisa del sufrimiento, pero «*adaptada*» al hecho culpable, BERMAN, *Ethics* (118), p. 269.

³⁴³ HUSAK, en FERZAN/MORSE, *Legal...*, 2016, p. 61.

duele per se). En segundo término, porque si bien es cierto que el reproche puede adoptar formas diversas, resulta que su formulación institucionalizada en la praxis punitiva generalmente adopta, como mecanismo expresivo, la restricción de derechos del destinatario. Y tal símbolo expresivo se interpreta intersubjetivamente como un sufrimiento o dolor que, en Derecho penal, siempre comunica. Creo que no hay mejor fórmula para expresar esta idea (en su momento delineada por FEINBERG), que la recientemente utilizada por SILVA SÁNCHEZ: en Derecho penal, «*la dimensión fáctica [...] tiene un efecto comunicativo; igual que viceversa lo comunicativo [...] también tiene [...] un efecto fáctico-aflictivo, de manera tal que «la comunicación produce sufrimiento y [...] lo aflictivo comunica».*³⁴⁴ Definir el objeto de merecimiento a partir de la idea de formulación de un reproche es una consecuencia natural de las premisas adoptadas en esta investigación pues, en verdad, solo se trata de dar cuenta de la vinculación intrínseca de esta justificación retributiva de las acciones punitivas con su dimensión comunicativa. De esto nos ocupamos en el punto siguiente.

4. La prestación retributiva como dimensión ilocucionaria de la formulación de un reproche

Que la acción punitiva es también una acción comunicativa, en la medida en que posee una dimensión expresiva, constituye una premisa hoy en día difícilmente discutible. En la presente investigación, por lo demás, esta premisa constituye un punto de anclaje para la comprensión de toda la praxis punitiva. De hecho, hemos afirmado en reiteradas ocasiones que detrás de toda acción delictiva/punitiva existe un eje de rotación común: un agente capaz de lenguaje que, al actuar, siempre comunica. Ahora bien, una vez aceptada esta premisa de base, surge la pregunta siguiente: ¿qué clase de acción comunicativa es la acción punitiva?

Para contestar este interrogante, según creo, es imprescindible no perder de vista aquello que hemos sostenido (en el punto precedente) respecto del objeto de merecimiento: lo que merece el agente es recibir un juicio de desaprobación mediante la formulación de un reproche. Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, la acción punitiva estatal debe caracterizarse como una acción comunicativa mediante la cual se expresa un reproche merecido, el cual tiene por objeto la realización de una conducta precedente que, en este contexto praxeológico se interpreta como una toma de posición contraria al deber de cooperar (materializada a través del quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento). Como veremos a continuación, esta

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 116 y nota 292, respectivamente; FEINBERG, en EL MISMO, *Doing and Deserving*, 1970, p. 98: «*el simbolismo reprobatorio del castigo y su carácter de “tratamiento severo”, [...] nunca están separados en la realidad [...]. La reprobación es en sí dolorosa, esté o no acompañada por el consiguiente “tratamiento severo”, y el tratamiento severo tal como la multa o la privación de libertad, debido al simbolismo convencional, puede en sí misma ser reprobatoria.*».

caracterización de la acción punitiva –como formulación de un reproche– impacta de un modo particular en el plano argumental de la justificación de la praxis punitiva.

4.1. La dimensión ilocucionaria del reproche punitivo

La primera y más importante consecuencia de entender a las acciones punitivas como actos de reproche, radica en que con ello se bloquea la posibilidad de justificar su realización recurriendo a las consecuencias extrínsecas, y por definición contingentes, que estos puedan producir. Para comprender esta importante restricción, puede ser útil recordar algunas nociones básicas respecto de los actos de habla, en concreto, la distinción entre su dimensión *ilocucionaria* y *perlocucionaria*. En los términos originalmente propuestos por AUSTIN,³⁴⁵ la dimensión ilocucionaria de un acto de habla se corresponde con aquello que el agente *hace o realiza* cuando lo formula. La dimensión perlocucionaria, por su parte, hace referencia a aquellos efectos que el hablante busca generar (en el destinatario o en el mundo) mediante su acto de habla.

Dicho con un ejemplo: si Pedro le dice a Juan «¡vete y cierra la puerta al salir!», la dimensión perlocucionaria de su acto de habla es evidente, pues Pedro pretende que Juan se retire del lugar y cierre la puerta una vez que esté del lado opuesto. La dimensión ilocucionaria, en cambio, es aquello que Pedro *hace* cuando habla: le *da una orden* a Juan. En palabras HABERMAS: debemos distinguir entre el «*hacer diciendo algo*» y el «*causar algo mediante lo que se hace diciendo algo*».³⁴⁶

Al introducir estas distinciones en nuestro campo, los «*efectos preventivos*» que eventualmente puede generar la punición pasan a configurar efectos perlocucionarios de la formulación del reproche (entendido como acto de habla). Para decirlo de forma precisa: a la luz de la teoría de la comunicación, los efectos preventivos de la punición constituyen consecuencias extrínsecas (externalidades positivas o negativas) que la acción punitiva *puede* producir sobre el destinatario o los terceros. A partir de aquí, es fácil advertir la trascendencia de la cuestión señalada: conforme la restricción previamente mencionada, la formulación del reproche punitivo no podrá justificarse recurriendo a esos efectos preventivos, de manera tal que la coacción punitiva no puede asentar su justificación en las «*consecuencias psico-sociales o individuales*»³⁴⁷ que eventualmente pueda producir en el condenado ni en el resto de los ciudadanos intervinientes en la praxis jurídica. Ahora bien, quizás pueda uno preguntar... ¿por qué no?

³⁴⁵ AUSTIN, *How to do things with words*, 1962.

³⁴⁶ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, p. 371.

³⁴⁷ PAWLIK, *Normbestätigung...*, pp. 53-54.

La imposibilidad de fundamentar el reproche punitivo a través de sus potenciales efectos preventivos deriva del carácter contingente que viste la relación entre el acto de habla (la formulación del reproche institucionalizado) y su dimensión perlocucionaria (efectos preventivos).³⁴⁸ Esa relación es meramente contingente porque la efectiva producción de estos últimos no depende exclusivamente de la formulación –exitosa– del reproche, sino de múltiples condiciones adicionales que nada tienen que ver con esa formulación. Este carácter contingente significa, entonces, que la realización exitosa del reproche no puede garantizar que se obtengan tales consecuencias y, por tanto, asentar la justificación de dicha formulación con base en su capacidad para producirlos, nos proporcionaría un fundamento endeble.

Al margen de este argumento –propio de la teoría comunicativa–, recurrir a los efectos preventivos para justificar las acciones punitivas es, desde un punto de vista empírico, también problemático. Esto se debe a que, tanto las condiciones necesarias para su efectiva producción, como también su grado de consecución en la realidad mediante la acción punitiva, son cuestiones que, en gran parte y con honrosas excepciones, no han sido objeto de estudio.³⁴⁹ Lo anterior, por cierto, no significa que el reproche punitivo no produzca, por lo general y en gran medida, esas consecuencias extrínsecas. La existencia de los efectos empíricos de la punición (positivos y negativos) es algo que nadie puede desconocer y que, de hecho, deben ser tenidos muy en cuenta para un sinnúmero de consideraciones adicionales; e incluso pueden jugar un papel importante en las respuestas que oportunamente se formulen frente a otras demandas concretas de justificación.³⁵⁰

Si uno se toma en serio la idea de la comunicación y concibe a la acción punitiva como un verdadero acto de habla, entonces la justificación de tal reproche punitivo debe obtenerse a partir de su efecto ilocucionario; lo que significa: un reproche punitivo solo puede estar justificado en virtud de *aquello que se hace cuando se lo formula*.³⁵¹ Para explicar esta idea, puede ser útil retomar el ejemplo anterior: si Pedro le dice a Juan

³⁴⁸ Volviendo al ejemplo mencionado: quien emite la orden «¡vete y cierra la puerta cuando salgas!» puede que logre el efecto que busca e incluso es probable que así sea; pero también puede suceder que dichos efectos no se consigan. En efecto resulta enteramente factible que el destinatario desconozca la orden emitida, la puerta se atasque, ni siquiera funcione el pestillo, etc.; o incluso que ese efecto se consiga a medias (Juan se retire, pero deje la puerta abierta). Véase, SEARLE, *Actos de habla*, 1994, pp. 55 ss., 77 ss.

³⁴⁹ Al margen de ciertos esfuerzos más bien aislados (por todos, ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012; recientemente, ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, 2017) en la doctrina no existen estudios profundos respecto de los reales efectos preventivos de la punición. Cierta sector de la doctrina se refiere a esta tendencia como «*consecuencialismo sin consecuencias*»; ORTIZ DE URBINA, en CARNEVALLI (coord.), *Derecho...*, 2017, pp. 419 ss.

³⁵⁰ Para la noción de demanda de justificación y su importancia en la justificación jurídica de las acciones punitivas, véase *supra*, Apartado II, punto 3 (pp. 89 ss.).

³⁵¹ Asentar la justificación de la punición en aquello que *se hace* cuando se lo formula es, por cierto, bastante razonable en la medida en que, como aquí, el objeto de justificación se ha definido como una *actividad agencial* y el Derecho penal se conciba como una *praxis colectivamente construida* (y no como *poiesis*).

«¡cierre Ud. la puerta!», es muy posible que la puerta quede, finalmente, cerrada; y esto significa que Juan ha hecho lo que Pedro le requería. Sin embargo, es necesario advertir también lo siguiente: es perfectamente posible que, p. ej., Juan mande de paseo a Pedro; con lo cual, la puerta quedará abierta (a menos, por supuesto, que alguien más la cierre). El efecto perlocucionario es, por definición, contingente: depende de condiciones ajenas a la formulación del acto de habla.

Sin embargo, este carácter contingente no se presenta en la dimensión ilocucionaria del lenguaje. Una vez que Pedro ha formulado su acto de habla, independientemente de lo que suceda con la puerta, algo ha cambiado en el mundo; Pedro ya ha *hecho* algo. Eso que Pedro ha hecho, en efecto, es introducir en el «mundo comunicativo» algo que ya no puede quitarse: ha *emitido* una orden. La dimensión ilocucionaria de ese acto de habla realizado por Pedro –haber emitido una orden–, como es evidente, no se vincula de modo contingente con ese acto de habla, pues no depende de ninguna otra cosa más que de la propia formulación correcta del mismo. Lo señalado es importante para nosotros, porque significa que el éxito ilocucionario de la formulación de un reproche punitivo no puede depender de condiciones ajenas a las propias reglas de la comunicación; a la inversa: la formulación correcta de un reproche punitivo produce *consecuencias intrínsecas* (en relación *necesaria y no contingente* con el acto de habla).

Conforme lo sostenido, entonces, es posible afirmar la siguiente conclusión: la ejecución de una acción punitiva, entendida como la formulación de un reproche merecido, solo puede quedar justificado en virtud de aquello que *se hace* cuando se lo formula (su efecto ilocucionario o consecuencia intrínseca). En esta investigación, eso que hacemos al formular un reproche punitivo, será denominado «*prestación retributiva*»; y consiste, *grosso modo*, en la *confirmación dinámica del Derecho* (mediante la puesta en evidencia del carácter nulo de la acción delictiva).³⁵² En el punto siguiente, nos ocupamos de analizar esta idea.

4.2. La confirmación «dinámica» del Derecho

Los conceptos de confirmación de la norma (*Normbestätigung*) y restablecimiento del Derecho (*Wiederherstellung des Rechts*) no son nuevos en la justificación de la praxis punitiva. Más bien al contrario, estamos ante nociones ampliamente conocidas en la doctrina, por lo que creo resultaría sobreabundante reparar en una nueva explicación de su contenido. Sin embargo, lo que resulta obligado aclarar aquí, es el matiz introducido en estas líneas argumentales: ¿qué implica la idea de confirmación *dinámica* del

³⁵² En sentido hegeliano propio: *Aufhebung*. Como es sabido, la expresión posee –en la lógica de HEGEL– un significado preciso y de carácter doble: «significa tanto la idea de conservar, mantener, como, al mismo tiempo, la de hacer cesar, poner fin. El mismo conservar ya incluye en sí el aspecto negativo [...]»; cfr. HEGEL, *Ciencia de la lógica* (trad. de Augusta y Rodolfo Mondolfo), 5ª ed., v. I, 1982, Libro I, Sección I, Cap. 1, C., nota 8. Sobre el particular, véase [Capítulo A-II](#) (pp. 459 ss.).

Derecho, en tanto ordenamiento efectivamente practicado? ¿Cuáles son los matices que aporta a la noción tradicional?

Como ha puesto de relieve PAWLIK, cuando cierto sector de la doctrina afirma que la pena «restablece la vigencia de la norma quebrantada», está adoptando una visión más bien *estática* de esa idea.³⁵³ Esta perspectiva, en el caso de JAKOBS, es el producto de haber asumido dos premisas teóricas [diferentes pero] íntimamente relacionadas entre sí. Por un lado y como es sabido, JAKOBS acentúa fuertemente una dimensión distinta de las normas de comportamiento, diferenciándose así de la doctrina tradicional. En su concepción, inspirada en la teoría de sistemas de LUHMANN, la norma de comportamiento no representa tanto una directiva de conducta, como una *expectativa de conducta* institucionalizada. El delito, como consecuencia, no se define como la lesión de un bien jurídico, sino como lesión de la vigencia de la norma en tanto expectativa institucionalizada; la función de la pena, entonces, consiste en restituir esa vigencia lesionada a su estatus originario (confirmando de modo contra-fáctico, la expectativa). A partir de aquí y, por otro lado, se advierte en el autor una cierta concepción *reificante* del ordenamiento jurídico: las normas de comportamiento parecen concebirse como un objeto de contenido estático, completamente independiente de los destinatarios cuya conducta debe orientar (una expectativa); y la pena, en caso de ser necesaria, devuelve a las potenciales víctimas la posibilidad de confiar en que esa norma (expectativa) constituye la pauta orientadora en el sistema de interacción. Se trata, en JAKOBS, de auténtica *poiesis* sistémica;³⁵⁴ y como resultado de estas premisas, se comprende perfectamente que el autor afirme lo siguiente:

«la sanción [...] constituye [...] la constatación de la realidad de la sociedad *sin cambios*»; «la pena [...] significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente *sin modificaciones*, manteniéndose».³⁵⁵

Desde el punto de vista adoptado en esta investigación, la idea del restablecimiento del Derecho necesita adquirir un matiz distinto, bastante más *dinámico*. No se trata de *conservar* nada, como tampoco de volver a poner en vigencia el contenido de una norma (expectativa), tal y como esta existía *antes* del delito. En el marco teórico aquí adoptado, el Derecho penal no pertenece a la lógica de la *poiesis*, sino que se trata de auténtica *praxis*: solo se mueve hacia delante. Hemos sostenido, en reiteradas ocasiones, que el verdadero Derecho consiste en un ordenamiento efectivamente practicado, esto es, una práctica colectivamente construida; por tanto, los agentes que intervienen en su construcción y desarrollo, la modifican de forma permanente. En palabras de PAWLIK,

³⁵³ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 59.

³⁵⁴ Véase, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1995, § 1/4 ss.; EL MISMO, *Sociedad, norma...*, 1996, pp. 17 ss.

³⁵⁵ JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, 1998, p. 25; EL MISMO, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 23; respectivamente. Los destacados son propios.

«las normas del Derecho [...] existen única y exclusivamente en su realización» práctica por parte de los sujetos.³⁵⁶ Desde esta perspectiva, cuando afirmamos que la prestación retributiva (en tanto efecto ilocucionario de las acciones punitivas) consiste en la confirmación *dinámica* del Derecho, no estamos haciendo referencia al mantenimiento o conservación de lo ya existente, sino a la realización práctica del Derecho, como dinámica constructiva que, por definición, solo se mueve «*hacia adelante*».

Las normas jurídicas, es cierto, ya nos vienen dadas. Pero resulta que esas normas no tienen un contenido de significado fijo y, por tanto, su confirmación solo puede tener lugar mediante una decisión práctica del aplicador judicial que se remite a ella como punto de partida para tomar esa decisión. Dicho de mejor modo: «*los significados no son cosas dadas [...], son más bien el resultado de una praxis de acción colectiva*».³⁵⁷ Lo que se confirma, entonces, no es tanto el *contenido* previo de la norma de comportamiento quebrantada, sino la autoridad o validez del Derecho, entendido este como una praxis colectivamente construida; como un mecanismo de asignación de sentido al comportamiento jurídico-penalmente relevante, que permite distinguir lo punible de lo no punible (y por tanto, *asignando o quitando contenido* a la norma).³⁵⁸

Una vez establecido, en términos generales, a qué hacemos referencia en esta investigación cuando aludimos a la «*prestación retributiva*» (o confirmación dinámica del Derecho –concebido como ordenamiento efectivamente practicado–), debemos volver a insistir en que dicha prestación no constituye un efecto contingente de las acciones punitivas, sino intrínseco a su ejecución. La prestación retributiva no es, entonces, un efecto extrínseco de la punición, sino una consecuencia necesaria o *intrínseca* de la misma: la confirmación dinámica se *identifica* con el acto mismo de la punición. Por esa razón, junto con BINDING, puede sostenerse que el restablecimiento del Derecho es necesariamente alcanzado cuando el Estado realiza su acción punitiva.³⁵⁹ Ambos «*momentos*» no pueden diferenciarse, pues lo segundo constituye el efecto ilocucionario o consecuencia intrínseca/necesaria de lo primero.

Desde esta perspectiva, la acción punitiva es tanto (a) el ejercicio de un derecho estatal a retribuir culpabilidad como (b) la confirmación dinámica del Derecho; la distinción entre ambas cuestiones solo tiene una relevancia analítica y depende de cuál sea la dimensión

³⁵⁶ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 61, haciendo analogía con el lenguaje: «*las expresiones de un individuo solo pueden adquirir significado en una cierta praxis lingüística. [...] Como consecuencia, el lenguaje no puede concebirse como una magnitud cuasi-natural dada al hablante, de forma previa e independiente de este, pero tampoco es un mero producto dependiente de su propia voluntad o intenciones*». Concebidos como praxis, tanto en el Derecho como en el lenguaje, los intervinientes son «*determinados* [por el Derecho y el lenguaje, pero también] *determinadores* [del Derecho y el lenguaje]».

³⁵⁷ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 60.

³⁵⁸ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 62.

³⁵⁹ BINDING, *Grundriß...*, 8ª ed., 1913, p. 235: «*toda pena es una pena-final. La finalidad jurídica de toda pena [...] se alcanza plenamente con la ejecución de la misma*».

del fenómeno punitivo que se pretenda enfatizar. Derecho a punir y la necesidad de imponer pena para el restablecimiento del Derecho no pueden distinguirse ni en virtud de una dimensión temporal, ni tampoco en relación a su contenido.³⁶⁰

Lo anterior puede reformularse, a título de conclusión provisional, del modo siguiente: la formulación de un reproche punitivo, siempre que sea ejecutado bajo las *condiciones constitutivas* que garantizan el éxito de la comunicación, confirma en sentido dinámico (lleva hacia adelante –*vollziehen*–) la praxis colectivamente construida que llamamos Derecho penal. La retribución *es* el restablecimiento y, por tanto, la prestación retributiva forma parte del concepto de pena retributiva.³⁶¹

4.3. Las condiciones constitutivas para la formulación de un reproche punitivo

Según dijimos, la prestación retributiva (confirmación dinámica del Derecho) es una consecuencia intrínseca de toda formulación exitosa de un reproche punitivo; no depende de condiciones ajenas a la comunicación. Sin embargo, el éxito de ese acto de habla punitivo, sí que depende de reglas internas a la comunicación; lo que significa: la prestación retributiva solo puede ser alcanzada si el reproche punitivo es formulado de manera adecuada. Para garantizar el éxito de la comunicación (*no-instrumentalización*), es necesario cumplir con ciertos presupuestos o condiciones constitutivas que, según la teoría de los actos de habla, se denominan *pretensiones*. En ese ámbito, generalmente se exige una [a] pretensión de sinceridad; una [b] pretensión de verdad; y una [b] pretensión de corrección.³⁶² Apliquemos estas distinciones a las acciones punitivas.³⁶³

[a] La *pretensión de sinceridad* impide, precisamente, que el reproche sea *instrumentalizado* para la obtención de efectos ajenos a la formulación del mismo pues,

³⁶⁰ La unificación entre derecho y deber es algo natural en HEGEL, pues cuando hablamos del *ordenamiento efectivamente practicado*, nos estamos moviendo en el ámbito de la eticidad, de la Idea del Derecho, y lo distintivo de este nivel radica en la *unificación de derechos y deberes*. Lo mismo sucede con la legítima defensa: describirla como el ejercicio de un derecho del agredido o como el cumplimiento de un deber del agresor es, a los fines de la prestación obtenida (confirmación dinámica de la Idea del Derecho), irrelevante. Sobre el particular, ver MAÑALICH, *Revista Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 66: lo único que permite distinguir ambas dimensiones es el deber–derecho correlativo que genera cada una: el derecho a punir origina un deber de soportar la punición (que recaerá en cabeza del condenado); y un derecho en la ciudadanía a exigirle al Estado la confirmación del Derecho.

³⁶¹ En sentido similar, JAKOBS, «La imputación jurídico penal y las condiciones de vigencia de la norma», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, pp. 180-181, afirma que «La pena [...] es la respuesta al hecho [...]. La respuesta no persigue algo así como una confirmación mediata [...], sino que es ya en sí misma directamente esa confirmación». Asimismo, agrega que «a esta confirmación pueden vincularse consecuencias psico-sociales de diversa índole [...]. Pero **tales consecuencias no pertenecen al concepto de pena** [...]». A contrario sensu habría que concluir, entonces, que aquella confirmación que la respuesta punitiva directamente implica (*per sé*), **sí pertenece al concepto de pena** y es precisamente lo que aquí denominamos «*prestación retributiva*». Véase también, MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 65.

³⁶² HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, 1999, pp. 407-419.

³⁶³ Fundamental en esto, MAÑALICH, *Estudios Públicos* (108), 2007, pp. 156 ss.

de lo contrario, este queda completamente desnaturalizado. En efecto, existen algunos actos comunicativos que no pueden ser siquiera formulados (con perspectiva de éxito alguna) si el hablante, previamente, no asume un compromiso de sinceridad: las felicitaciones, condolencias o reproches que no son sinceros, dejan de ser tales.³⁶⁴

El reproche que no se formula como reacción sincera (frente un comportamiento precedente que el hablante considera reprochable), sino como medio para la potencial obtención de un efecto cualquiera, no es verdadera comunicación con el destinatario, sino *instrumentalización* del mismo. Esta instrumentalización tiene lugar porque el hablante que felicita o reprocha para obtener algo del destinatario o un tercero, adopta una *actitud objetivamente*, incompatible con el reconocimiento del otro como agente comunicativo.³⁶⁵ Cuando se adopta esta actitud objetivante, la comunicación deja de estar orientada al entendimiento mutuo de los intervinientes, pues el diálogo se ha convertido en *estrategia*.³⁶⁶ Con ello el destinatario de ese «falso reproche» no es concebido como agente con el cual me comunico, sino como el objeto de mi acción estratégica cuyo destinatario comunicativo es otro sujeto distinto del penado (la sociedad o sus integrantes).³⁶⁷

[b] La *pretensión de verdad* del reproche formulado, por su parte, impide que una acción punitiva impuesta sobre un sujeto no culpable pueda ser justificada en términos retributivo-comunicativos. No es posible minimizar la trascendencia de esta cuestión, pues implica concebir a la culpabilidad del destinatario como una *condición constitutiva* de la praxis punitiva, que encuentra su reflejo en el merecimiento de reproche punitivo. Sin culpabilidad no hay delito (no hay discurso) y, por tanto, tampoco la restricción de derechos podrá adoptar la forma conceptual de pena retributiva (pues dicha restricción

³⁶⁴ MAÑALICH, *Estudios Públicos* (108), 2007, p. 156: «Una expresión de reproche hecha para la obtención de determinadas consecuencias por definición deja de constituir un reproche, aun cuando se lo presente como tal y haya base para el mismo».

³⁶⁵ Sobre la diferencia entre adoptar una actitud reactiva y una actitud objetivante, STRAWSON, *Libertad...*, 1995, pp. 46 ss. Sobre las implicancias para la justificación de la pena, PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 53: «asentar la legitimidad de la pena esencialmente en su idoneidad para lograr [consecuencias psicosociales o individuales] significaría no hablar más con el delincuente, como corresponde al contenido de significado de la pena, sino con otras personas por medio de aquel»; similar, KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en MAÑALICH/KINDHÄUSER, *Pena y culpabilidad...*, 2011, p. 114: «quien reprocha algo a alguien persiguiendo determinados fines, menoscaba y niega con ello la autonomía comunicativa del autor de delito».

³⁶⁶ Una acción comunicativa, en el sentido que la utiliza HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, 1999, pp. 407 ss., debe diferenciarse de la acción estratégica, precisamente, porque a través de la segunda se persiguen efectos perlocucionarios.

³⁶⁷ En términos similares, JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, 1998, p. 13., señalaba la escisión de la persona que genera toda teoría mixta de la pena: no se puede, al mismo tiempo y en relación a la misma persona, estar reprochando y reformando, pues «la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas».

no se trata de respuesta alguna).³⁶⁸ Y es que, en los términos de WOHLERS, «una pena sin desaprobación de culpabilidad ya no es una pena [...], sino algo diferente en sustancia»³⁶⁹ y, desde el punto de vista conceptual, estamos ante «una contradicción en sí misma».³⁷⁰

La pretensión de verdad del reproche punitivo, entonces, no es más que una expresión lógica de la premisa inicialmente adoptada: en una teoría retributivo-comunicativa, delito y pena constituyen una secuencia conceptual indisoluble. Con ello, se soluciona de plano el problema de las restricciones coactivas de derechos que se imponen *a sabiendas* sobre un inocente (incluso por el agente estatal habilitado y en el marco de un proceso penal). Tal restricción de derechos no puede conceptualizarse como pena, pues esto implicaría adscribir, de forma simultánea y sobre mismo sustrato, dos sentidos comunicativos contradictorios: acción punitiva y acción delictiva.³⁷¹ Esta pretensión de verdad, por supuesto, no implica desconocer que las acciones punitivas siempre están sometidas al principio de la falibilidad humana. Es evidente que se pueden cometer errores, pero resulta que la imposición judicial errónea del encierro tampoco es pena: en estos casos se trata, simplemente, de una privación de libertad generada, en su caso, en riesgo permitido.

[c] La *pretensión de corrección* (en tanto condición constitutiva de la praxis punitiva) no es más que la expresión concreta de una idea que ya hemos mencionado: la necesaria legitimidad de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento culpable se retribuye.³⁷² Para decirlo de modo preciso: una justificación retributivo-comunicativa

³⁶⁸ PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 75: «una sanción que no respeta el principio del hecho ni el principio de la culpabilidad deja de ser una pena en sentido conceptual».

³⁶⁹ WOHLERS, *GA* (7), 2019, p. 438.

³⁷⁰ FRISTER, «Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit», en FREUND *et al.*, *FS-Frisch*, 2013, pp. 553 ss.

³⁷¹ Si bien es cierto que un mismo sustrato admite una multiplicidad de descripciones *diferentes* (incluso todas verdaderas), tales descripciones no pueden ser contradictorias. Dicho de otro modo: las propiedades que son predicables de un *ser determinado* (*Dasein*) pueden ser muy diferentes entre sí, pero nunca pueden ser incompatibles: un ser cuadrado puede ser rojo, pero nunca triangular. Véase, en detalle, BRANDON, *Praxis filosófica* (50), 2020, pp. 289 ss.

³⁷² Ya hemos aclarado (*supra*, Apartado II, punto 3) que ninguna teoría jurídica de la pena puede proveernos, por sí sola, de un concepto material de delito y a partir del cual sea posible determinar las conductas que legítimamente podemos criminalizar. Véase, con ulteriores referencias, MAÑALICH, *Estudios Públicos* (118), 2007, pp. 141 ss.; PERALTA, *InDret* (2), 2008, pp. 18 y ss.; SANCINETTI, «Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución Nacional», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (16), 2003, pp. 49 ss.; KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung - Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *GA*, 1989, p. 494. En palabras de PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, p. 255: establecer una norma de conducta (fijar su contenido y justificarla) es una cosa; determinar las condiciones bajo las cuales se considera que esa norma de conducta ha sido lesionada, es otra completamente diferente. Sin embargo, también señalamos que la teoría de la retribución no es indiferente a esos criterios, sino que puede aportar directrices centrales en ello. Por ejemplo, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, pp. 34 ss., ha expresado que, desde una perspectiva retributiva, las normas de comportamiento constituyen un mecanismo para generar una *justa* distribución de los bienes fundamentales (en un sentido bastante preciso). Aclara, con razón, que esto no implica confundir a las acciones punitivas con la reparación: punir al autor no es un mecanismo para

asume, en todo caso, un umbral mínimo de legitimidad de la norma de comportamiento quebrantada, pues «*la legitimidad de la pena [...] presupone la legitimidad de la norma de comportamiento reforzada mediante esa norma de sanción*». ³⁷³ De hecho, como tendremos oportunidad de analizar en la segunda parte de esta investigación, cuando ese umbral mínimo de legitimidad está comprometido, nos encontramos ante una norma de comportamiento de legitimidad retributivamente precaria. Dicho carácter precario explica, entre otras cosas, que la facultad punitiva del Estado (oportunamente habilitada por el enunciado legal), sufra condicionamientos importantes. ³⁷⁴

5. La restricción de derechos como símbolo de merecimiento de pena

En la medida en que una justificación de la pena introduzca la dimensión comunicativa (*Punishment as Language*), deberá reconocer que, como en todo lenguaje, los mecanismos de expresión son convencionales y, como tal, susceptibles de ser modificados. Como consecuencia, pareciera ser que toda teoría comunicativa sobre de la praxis punitiva deberá enfrentarse, tarde o temprano, a la objeción comúnmente asentada en este carácter convencional del lenguaje. ³⁷⁵ Según se dice y en términos breves, al adoptar una visión reduccionista de la pena estatal, las teorías comunicativas adolecen de una fuerte deficiencia: no pueden explicar la restricción de derechos (el tratamiento severo, si se prefiere) en la que materialmente consiste la coacción punitiva.

Si el Estado solo tuviera intención de *comunicar* un reproche, entonces podría utilizar para ello cualquier otro mecanismo diferente a la restricción de derechos del agente. El debate sobre la justificación del castigo perdería todo sentido, pues la solución del problema radicaría, sencillamente, en reemplazar esa forma de expresión comunicativa por otra. ³⁷⁶

Para hacer frente a esta objeción, un cierto sector de la doctrina –tomando como punto de partida la secuencia conceptual *delito/pena*– fundamenta la restricción de derechos bajo la idea de «*necesidad de objetivación*» de la respuesta punitiva. En esta línea, destaca JAKOBS que el delito no puede concebirse como mera declaración comunicativa; a través de la comisión de su hecho, el agente imprime en el mundo el contenido de esa comunicación, objetiviza su mensaje y modifica –de forma definitiva– el mundo sensible. A partir de aquí, dado que delito y pena son conceptos reflejos, la acción punitiva también necesita *objetivarse* de algún modo, imprimir su contenido de

restablecer esa justa distribución (que se logra mediante la norma de comportamiento) sino para restablecer la vigencia de la norma quebrantada.

³⁷³ En idéntico sentido, MAÑALICH, *Estudios Públicos* (118), 2007, p. 123.

³⁷⁴ Véase, en detalle: Capítulo IV, Apartado IV (pp. 166 ss.); Capítulo V, Apartado V (pp. 258 ss.); Capítulo VI, Apartado V (pp. 368 ss.), Capítulo VII, Apartado IV (pp. 421 ss.).

³⁷⁵ Similar, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, pp. 43 ss.

³⁷⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *En busca...*, 2015, pp. 78 ss.

significado en el mundo sensible; y eso es lo que explica la necesidad de restringir los derechos del agente.³⁷⁷

Posteriormente, JAKOBS introdujo una línea más «cognitivista», afirmando que «*el dolor sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma*» pues, de lo contrario, la comunicación normativa perdería cualquier «*cimentación cognitiva*» y, con ello, no podría proporcionar orientación real en el mundo.³⁷⁸ En este sentido, afirma que «*la pena en cuanto dolor solo puede ser fundamentada en atención a sus efectos en el autor en cuanto ser sensual, y solo aquí, en el ámbito de los sentidos, cabe encontrar una medida, a saber: sus efectos sobre la dirección real de la orientación*».³⁷⁹

Según creo, esta explicación no tiene la capacidad de rendimiento que JAKOBS pretende; a decir verdad, el argumento salta ilegítimamente del plano comunicativo al plano fáctico.³⁸⁰ En este sentido, incluso cuando fuere posible afirmar que un *discurso* delictivo puede generar «*necesidad*» de respuesta punitiva (comunicación), dicho razonamiento no puede trasladarse –sin más– a la dimensión fáctica o existencial (la necesidad de infligir dolor). El carácter secuencial del binomio *delito/pena*, su indisoluble vinculación, solo puede predicarse en su *concepto*, no en su *existencia*. En los términos de SCHÜNEMANN: la argumentación de JAKOBS da un salto ilegítimo entre dos niveles del lenguaje, pues la necesidad comunicativa (propia del meta-lenguaje) no puede justificar también la necesidad de modificar el mundo (propia del lenguaje-objeto); de modo que «*la imposición de dolor empírico se hace pasar como una consecuencia necesaria de una operación de pensamiento del metalenguaje*».³⁸¹

En el marco de esta investigación, la restricción coactiva de los derechos del agente (que tradicionalmente implican las acciones punitivas) debe explicarse de forma coherente con las premisas teórico-comunicativas previamente asumidas. Según dijimos, las acciones punitivas y las acciones delictivas comparten un eje de rotación común: un sujeto que actúa y, por tanto, siempre comunica. La acción punitiva es comunicación simbólicamente mediada y, en esta línea, la *restricción de derechos* en que consiste, siempre debe explicarse a través de este paradigma comunicativo.³⁸² Así

³⁷⁷ JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, 1998, p. 25: «*así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas (o se dispone a ello), también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva*».

³⁷⁸ JAKOBS, en JAKOBS/POLAINO NAVARRETE, *Función...*, 2006, pp. 40-41; EL MISMO, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 33. Para un análisis crítico de esta nueva orientación, véase el estudio introductorio de CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ en JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 56 ss.

³⁷⁹ JAKOBS, «La pena como reparación», en REYES ALVARADO *et al.* (coord.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 349.

³⁸⁰ Incluso cierto sector de la doctrina le ha achacado que tal afirmación «*no es una conclusión, sino solo una simple aseveración [...] singularmente precaria*»; SCHÜNEMANN, *InDret* (2), 2008, p. 5.

³⁸¹ Similar, BERMEJO, en ALEGRE *et al.* (coord.), *Homenaje a Carlos Nino*, 2008, p. 184.

³⁸² SCHÜNEMANN, *InDret* (2), 2008, p. 5.

las cosas, sigo aquí la línea sostenida por un sector importante de la doctrina: la restricción de derechos del agente no es más que un *símbolo* que garantiza el éxito comunicativo.³⁸³

La privación de libertad ambulatoria o del patrimonio, entonces, constituye un mecanismo de expresión comunicativa, no es más que un sustrato que simboliza el reproche merecido.³⁸⁴ Con ello, se evita la confusión entre el *símbolo* y lo *simbolizado*: la restricción de derechos del autor es un *símbolo* y, su función se agota en simbolizar el reproche merecido (por el quebrantamiento culpable de la norma). Lo relevante no es el símbolo en sí mismo, sino lo simbolizado: la tarea del *concepto* de pena consiste en transformar ese sustrato –el contenido sensual de la acción punitiva– en algo «*portador de significado general*»,³⁸⁵ esto es, la formulación de un reproche merecido. El símbolo, en palabras de HÄLSCHNER, no es más que «*una consecuencia de la existencia-concreta (Dasein) finita e históricamente determinada del Derecho*»;³⁸⁶ de modo que

*«el dolor aparece como un constructo normativo [que] solo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la comunicación sobre el dolor –no el dolor en si- sea considerado, normativamente, como relevante».*³⁸⁷ En términos de SILVA SÁNCHEZ: a la pena, solo le resulta «*consustancial el sufrimiento inherente a la propia comunicación [de modo que] solo accidentalmente, por razones derivadas de las específicas necesidades de comunicación propias del espíritu del tiempo en un país determinado, cabe que sea preciso añadir a aquel mal puramente comunicativo un mal adicional*».³⁸⁸

Una vez aclarado que dicha restricción de derechos no es más que un símbolo comunicativo, es preciso volver a la objeción inicial y reconocer que esos autores llevan razón cuando señalan el carácter esencialmente *convencional* y *contingente* del mecanismo de expresión punitivo. De hecho, es precisamente por ello que cierto sector

³⁸³ Señalando el carácter más bien accidental del sufrimiento físico del autor, fundamental y con mayores referencias, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret* (2), 2008; SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 113 y ss.; BERMEJO, en ALEGRE *et al.* (coord.), *Homenaje a Carlos Nino*, 2008, pp. 183 ss.; MAÑALICH, *Estudios Públicos* (118), 2007, pp. 177 ss.; PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 51 ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 145-146; v. BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882, pp. 319 ss.

³⁸⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret* (2), 2008, p. 17: «*el lado cognitivo es un presupuesto, una condición – mejor: la condición de una posibilidad en términos kantianos– de la comunicación normativa, la cual, empero, no puede ser asegurada por el propio sistema jurídico. [...] O expresado de otra forma: el “dolor” como portador de significados pertenecerá al concepto de la pena mientras que contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna [...] aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación*».

³⁸⁵ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 52.

³⁸⁶ La cita ha sido tomada de JAKOBS, «Unrecht, Zurechnung, Notstand. Bemerkungen zur Lehre Hugo Hälschners», en KUBICIEL *et al.* (eds.), *Hegels Erben?*..., 2017, p. 177. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *En busca...*, 2015, pp. 241 ss.

³⁸⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret* (2), 2008, p. 16. El destacado es propio.

³⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 114.

de la doctrina califica a esta «*dimensión fáctica*» de la pena como un elemento «*accidental*» del concepto.³⁸⁹ Y es que, en verdad, si la concreta existencia de la pena no fuera algo contingente y convencional, sería extremadamente difícil explicar los profundos cambios que han experimentado –y seguirán experimentando– nuestros símbolos punitivos. Dicho a la inversa: es precisamente esa convencionalidad lo que permite explicar la evolución del símbolo. La erradicación de las penas crueles e inhumanas, pasando por la corriente abolicionista irrefrenable de la pena de muerte (al menos en occidente) hasta llegar a la actualidad, tiempo en el que hemos adoptado (mayoritariamente) la privación temporal de libertad ambulatoria y, paulatinamente, la estamos suplantando por la restricción del patrimonio, son la expresión de dicha contingencia.³⁹⁰

Ahora bien, quienes toman el carácter convencional y contingente del símbolo comunicativo para formular la conocida objeción del «*argumento del ramo de flores*», yerran en una cuestión importante. Recordemos, brevemente, que la objeción discurre como sigue: si la restricción de derechos no es más que un mecanismo expresivo derivado de una simple convención, entonces la solución de todos nuestros problemas pasaría, simplemente, por modificar esa forma de expresarnos. En definitiva, bastaría con ponernos de acuerdo en que, para manifestar un reproche punitivo (en lugar de restringir derechos) regalaremos flores a los culpables. En mi opinión, no es difícil advertir que detrás de esta objeción existe una «*visión instrumentalista del lenguaje*», que asume la arbitrariedad de la relación significante-significado. En definitiva, el problema con esta concepción radica en que pasa por alto una cuestión fundamental: el hecho de que las convenciones sean contingentes (y susceptibles de ser modificadas) no las convierte en algo arbitrariamente disponible.³⁹¹ En el marco de una praxis colectiva, cuando afirmamos que una convención es contingente, de ninguna manera estamos asumiendo que, solo por ello, también puede ser modificada a libre arbitrio de quienes la utilizan. Para decirlo con PAWLIK: cuando nos comunicamos somos libres de elegir los símbolos que utilizamos, pero no nos está permitido modificar individualmente el *contenido* que, intersubjetivamente, les ha sido asignado a cada uno de esos símbolos comunicativos.³⁹² La intersubjetividad es una condición para la existencia del lenguaje

³⁸⁹ Los términos pertenecen a SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 114 ss.

³⁹⁰ En términos cuantitativos, la afectación del patrimonio es –en muchos Estados– el mecanismo de expresión punitiva principal. En España, cerca del 35% de las penas impuestas a personas físicas en el año 2019, consistieron en multas; las privativas de libertad, el 19% del total (véase, INE del Registro Central de Penados del 2019). Sobre la importancia cada vez mayor de la pena de multa, véase GIL GIL *et al.* (coord.), *Consecuencias jurídicas del delito*, 2018, pp. 204 ss.

³⁹¹ Para una crítica de la visión instrumentalista del lenguaje, TAYLOR, *Animal de lenguaje: Hacia una visión integral de la capacidad humana de lenguaje*, 2017, Capítulo V.

³⁹² PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 61, afirma que «*por un lado, las reglas generadoras de sentido ya han sido dadas previamente a los miembros de la comunidad lingüística, pero por otro, también están en sus manos*». Cuando se trata de la praxis del lenguaje (y del Derecho), en palabras de SEEL, somos «*determinadores determinados*» (la cita pertenece a PAWLIK, *Normbestätigung...*, nota 425).

pues, si cada interviniente en la comunicación pudiera modificar el contenido de significado de los símbolos que utilizamos, caeríamos en el absurdo de reconocer la existencia de lenguajes privados.³⁹³

La restricción de derechos del agente es un símbolo comunicativo y, como tal, es cierto que resulta contingente y modificable. Sin embargo, el contenido privativo de derechos que caracteriza a la sanción punitiva no puede considerarse una elección arbitraria y equivalente a cualquier otra. Brevemente: el hecho de que la actividad punitiva repercute sobre dichos símbolos no puede considerarse una mera casualidad. Frente a la pregunta de por qué son éstos los mecanismos convencionalmente elegidos para simbolizar el reproche, cabe la siguiente respuesta: todo Derecho penal de un Estado democrático de Derecho se asienta sobre el axioma fundamental de la autodeterminación del ciudadano, y es precisamente por eso que «*la libertad de movimiento y la disposición sobre los propios bienes se reconocen culturalmente como los símbolos centrales del concepto de libertad*».³⁹⁴ Quien tache nuestros símbolos punitivos de irracionales, nos dice PAWLIK, no podrá ser rebatido en sentido estricto pero, a decir verdad, ignora los límites de aquello que la filosofía práctica está en condiciones de aportar.³⁹⁵

Resumiendo: no se trata de que exista una necesidad de moldear empíricamente el mundo, sino de comprender que la privación de la libertad y restricción del patrimonio constituyen nuestros símbolos comunicativos. Como símbolos que son, evidentemente, poseen un carácter convencional y esencialmente contingente; pero su elección no puede considerarse caprichosa pues, en un Estado democrático de Derecho, garantizan el éxito comunicativo en la medida en que impactan sobre los símbolos centrales de la libertad del ciudadano. En este sentido y al igual que sucede con el lenguaje, su modificación no está a libre disposición de los intervinientes en la praxis comunicativa.

*Para un análisis detallado del Blumenstrauß-Argument,
véase [Capítulo A-III](#) (pp. 477 ss.)*

³⁹³ Sobre la imposibilidad de un lenguaje privado, por todos, WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, §§ 255 ss.; TAYLOR, *Animal de lenguaje...*, 2016, Capítulo V.

³⁹⁴ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 56.

³⁹⁵ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 55.

IV. EL CONCEPTO DE LA PENA RETRIBUTIVA

En el Capítulo II, pusimos de relieve que el supuesto «orden lógico» de los planos conceptual y justificativo no es más que una «ilusión teórica». Un concepto útil de la pena estatal no puede construirse a través del método de la abstracción, coleccionando propiedades abstraídas del «mundo real», pues «en el mundo real no hay pena alguna».³⁹⁶ La función del concepto de pena, por el contrario, consiste en transformar el sustrato (el contenido sensual) en algo *portador de un significado intelectual general*.³⁹⁷ El concepto de pena, entonces, designa una *relación de sentido* entre un determinado sustrato (la restricción coactiva de los derechos del agente sobre el que recae) y el *significado punitivo* que, bajo una cierta visión sobre la praxis punitiva, se le asigna a dicho sustrato. Pero es evidente que, para ello, el concepto debe contener elementos normativos y valorativos que solo pueden provenir de una determinada teoría sobre la justificación de las acciones punitivas. En esa medida, como adelantamos en el Capítulo I, el concepto de pena se vuelve *relativo* a la justificación de las acciones punitivas. En el Apartado III de este Capítulo, desarrollamos los lineamientos de una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva que nos provee la materia prima necesaria para proceder a la construcción de este concepto dogmático de la *pena retributiva*.

1. La materia prima: recapitulación

Si se intenta un brevísimo resumen sobre los lineamientos teóricos desarrollados en el Apartado anterior, podemos identificar cuatro elementos centrales en nuestra justificación retributivo-comunicativa.

- a) Las acciones delictivas y punitivas poseen un denominador o eje de rotación común: el carácter agencial del sujeto que las ejecuta. Detrás de cada acción delictiva, y de cada acción punitiva, existe un *agente capaz de lenguaje* que, cuando actúa, indefectiblemente comunica.
- b) Toda acción delictiva y toda acción punitiva constituyen, entonces, *acciones comunicativas*. En cuanto acto de habla comunicativo, la acción punitiva consiste en la *formulación de un reproche a título de respuesta merecida* a la previa realización de un injusto culpable.
- c) En todo ordenamiento jurídico asentado sobre la idea de autodeterminación y libertad, el mecanismo de expresión del reproche punitivo consiste en la «*restricción de los derechos del agente responsable*» (la privación temporal de la libertad ambulatoria o la restricción del patrimonio).

³⁹⁶ BELING, *Die Vergeltungsidee...*, 1908, p. 5.

³⁹⁷ Véase, con mayores referencias, PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 52.

- d) En la medida en que se trata de un acto de habla con el que se expresa un reproche merecido, la justificación de una acción punitiva solo puede asentarse en la consecuencia intrínseca que este produce (siempre que se formule de manera exitosa). Dicho efecto ilocucionario consiste en la «*confirmación dinámica*» del Derecho, entendido como ordenamiento efectivamente practicado (como praxis colectivamente construida por los ciudadanos responsables ante y del Derecho). Llamamos a esto «*prestación retributiva*».

2. La estructura

Recogidos los contenidos necesarios para la construcción de nuestro concepto de pena retributiva, resulta indispensable contar también con una cierta forma o estructura en la cual ubicar ese contenido de manera relativamente ordenada. Por más que no lo parezca, la estructura es importante para la construcción de un concepto y, para ponerlo en evidencia, puede ser útil echar una mirada al otro lado de la secuencia conceptual: el concepto de delito. En efecto, y más allá de las vicisitudes teóricas respecto del *contenido* con el que se llenan las categorías dogmáticas del injusto culpable (así como también las vinculaciones entre ellas), es difícil negar que su estructura estratificada ha permanecido relativamente inalterada.³⁹⁸ Como es evidente, estructurar el concepto de delito no implica afirmar que el delito sea una «realidad» en sí misma estratificada; es solo que dicha estructura nos resulta útil a los fines analíticos y didácticos de nuestra praxis punitiva.

En mi opinión, lo mismo vale para la contraparte: un concepto de pena rico en contenido valorativo y estructuralmente ordenado, nos ayuda a que este desempeñe con éxito aquellas tareas en las que falla un concepto funcionalmente aséptico de pena estatal (aquello que denominamos «*problema de la individuación*» y «*problema de la relevancia*»). La estructura, entonces, es necesaria para lograr que el concepto sea capaz de transformar el sustrato en algo portador de significado general. Por supuesto que, en esta investigación, no se intentará la construcción de un concepto de pena retributiva con un grado de desarrollo idéntico (ni siquiera similar) al que se ha logrado obtener en el ámbito del delito. Nuestra pretensión es bastante más modesta y queda reducida a dos premisas básicas.

[Ø] *La primera* es poner de relieve que no se alcanza un concepto realmente operativo si se lo construye mediante un proceso de yuxtaposición de propiedades. El concepto de pena retributiva no puede ser el resultado de una mera enunciación de condiciones individualmente necesarias y en conjunto suficientes (reproche, merecimiento,

³⁹⁸ No debe olvidarse, sin embargo, que la progresiva normativización de la dogmática jurídico penal ha puesto en tela de juicio los límites supuestamente rígidos entre estas categorías. Ninguna categoría tradicionalmente binaria (injusto-culpabilidad, tipicidad-antijuricidad, dolo-imprudencia, etc.) ha quedado exenta de la piqueta normativista que ha ido erosionando los límites entre ellas.

restricción de derechos, estatalidad, prestación retributiva, etc.). No se trata, simplemente, de coleccionar propiedades (comunes de diversos fenómenos) en una mera relación aditiva que, en verdad, «[...] puede vincular lo mismo una cuchara de té con el número 3 que una quimera con un espacio de cuatro dimensiones».³⁹⁹

Sobre esto ya nos hemos manifestado al momento de formular las críticas al método de la abstracción como mecanismo para la construcción de conceptos y, en honor a la brevedad, allí nos remitimos.⁴⁰⁰

[Ø] *La segunda* es una consecuencia de la anterior y consiste en reconocer que, a fin de dar lugar a un concepto, tales propiedades deben quedar relacionadas entre sí a través de un principio o regla. Lo que necesitamos, entonces, es individualizar ese elemento vinculante. Solo así es posible construir un concepto que goce de una cierta estructura racional y que, en esa medida, de cuenta de esas relaciones.

En la construcción de un concepto, lo relevante no es «*extraer algo común*» a partir de diversas apariencias del mundo; lo relevante es, más bien, conceder a esas apariencias o sustrato del mundo fenoménico un orden bajo «*una función común*». En este sentido, «*el concepto no es un camino abierto sino una función misma de abrir*».⁴⁰¹

Para ello, tomamos aquí, aunque solo sea como punto de referencia genérico, la idea de «*función proposicional*» que, para la construcción de los conceptos, propuso originariamente CASSIRER.⁴⁰² En este esquema de formación de conceptos, el contenido (sustrato fenomenológico) que seleccionamos para introducir en el concepto no posee, por sí mismo, ningún significado relevante. Tales propiedades solo pueden adquirir sentido punitivo en la medida en que resulten vinculadas con una determinada *regla o principio*. Dicho de modo preciso: en un concepto funcional de pena retributiva, el contenido se encuentra vinculado a través de una *regla relacional* generadora de sentido.⁴⁰³ Siguiendo la propuesta terminológica de CASSIRER, a esa regla relacional se la denomina aquí «*principio lógico regulador*» del concepto.⁴⁰⁴

³⁹⁹ La frase pertenece a RUSSELL, *Principles of Mathematics*, I, 1903, p. 71; pero aquí he tomado la formulación que hace suya CASSIRER, *Filosofía de las formas simbólicas*, t. III, 1998, p. 228.

⁴⁰⁰ Véase, con mayores referencias, Capítulo II, Apartado II (pp. 42 ss.). Para una crítica detallada del método de la abstracción, CASSIRER, *Substance and Function...*, 1923, pp. 18 ss.; EL MISMO, *Filosofía de las formas simbólicas*, t. III, 1998, pp. 222 ss.

⁴⁰¹ CASSIRER, *Filosofía de las formas simbólicas*, t. III, 1998, p. 225.

⁴⁰² CASSIRER, *Filosofía...*, t. III, 1998, pp. 222 ss.

⁴⁰³ CASSIRER, *Substance and Function...*, 1923, p. 20: «[...] *la propiedad característica del concepto no es la "universalidad" de una [re]presentación [mental], sino la validez universal de un principio [regulativo] de un orden serial*».

⁴⁰⁴ CASSIRER, *Substance and Function...*, 1923, p. 15: es la «*identidad de esta relación generadora, mantenida a través de los cambios en los contenidos particulares, la que constituye la forma específica del concepto*».

Para decirlo con un ejemplo: «la imagen de un triángulo que no es ni rectángulo, ni isósceles ni escaleno, pero que al mismo tiempo ha de ser todo ello, es una mera ficción [...]. Partiendo de la representación intuitiva de un triángulo, el concepto del mismo no surge al cancelar nosotros ciertas determinaciones que contiene la representación, sino al colocarlas como variables» de la función. «Aquello que vincula a las diversas configuraciones que consideramos como “casos” de un mismo concepto, no es la unidad de una imagen genérica, sino la unidad de una regla de transformación».⁴⁰⁵ Por pura lógica, tal regla o principio regulador de sentido (punto pivote de todo concepto funcional) no puede provenir del mundo sensible; en otras palabras: el «principio lógico regulador» no tiene (ni puede tener) una realidad óptica independiente de los fenómenos sobre los cuales imprime el sentido.⁴⁰⁶

Si para formar nuestro concepto de pena retributiva, se adopta una estructura similar a esa, según creo, se obtienen ventajas importantes pues, en efecto, nos permite ordenar su contenido y establecer las relaciones pertinentes. Así las cosas, el concepto funcional de pena podría construirse con base en una estructura trimembre: un conjunto de *propiedades*, un *principio lógico-regulador* y una *prestación retributiva*.

[Ø] *Propiedades* tales como la privación temporal de la libertad, la restricción del patrimonio, la estatalidad, su carácter institucional, etc., representan el sustrato sobre el que luego se *imprime* sentido punitivo. Se trata de propiedades que pueden ser más o menos contingentes –incluso algunas pueden considerarse indispensables–, pero el punto crucial consiste en advertir que *ninguna de ellas*, por sí mismas o consideradas en forma conjunta, pueden expresar sentido punitivo. Para que el sustrato pueda transformarse en algo portador de significado general, es necesario vincularlas con el principio lógico regulador del concepto.

[Ø] *El principio lógico regulador* de la pena constituye, como dijimos, el elemento a partir del cual atribuimos sentido punitivo a las propiedades (seleccionadas para integrar el concepto). Se trata del elemento pivote central que nos ha sido proporcionado por el plano justificativo de las acciones punitivas y, en una teoría retributivo-comunicativa como la que aquí se adopta, viene dado por el *merecimiento de reproche* del agente. Es precisamente por esto que, previamente, pudimos afirmar que la restricción de derechos del agente no es más que un símbolo convencional y contingente en nuestra praxis

⁴⁰⁵ CASSIRER, *Filosofía...*, t. III, 1998, p. 226.

⁴⁰⁶ Tomando como ejemplo la función proposicional, puede graficarse esta cuestión a través de la idea de constantes y variables. En una expresión $f(x)$, el contenido de la constante ‘f’ (el principio lógico regulador) no puede ser obtenido a partir de ninguna de las propiedades fenoménicas incluidas en las variables (x) . En la estructura de un concepto funcional, el contenido de la constante debe considerarse *absolutamente independiente* de las variables, pues solo cuando relacionamos una concreta variable con el principio regulador, se obtiene *lo determinado* (a través del concepto).

punitiva. Esto significa: si a dicho sustrato se le sitúa fuera de la relación de significado punitivo que aporta el principio del merecimiento, *no comunica nada*.⁴⁰⁷

[Ø] *La prestación retributiva* es el efecto ilocucionario o consecuencia intrínseca de toda formulación exitosa de un reproche punitivo. Como dijimos, un reproche merecido por el quebrantamiento culpable de una norma solo puede justificarse en función de aquello que *se hace* cuando se lo formula, esto es: la confirmación dinámica del Derecho en tanto orden efectivamente practicado. La prestación retributiva, entonces, es una parte central de un concepto (funcional) de pena retributiva.

3. El concepto funcional de la pena retributiva y sus ventajas

A partir de lo expuesto, nuestro concepto de pena retributiva podría sintetizarse como *el acto comunicativo (estatal) que, a través de la restricción de los derechos del destinatario, expresa el reproche merecido por el ciudadano en virtud del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento y, con ello, confirma en sentido dinámico el Derecho (en tanto ordenamiento jurídico efectivamente practicado)*.

Como contrapartida, un concepto funcional de delito también debería estar presidido por un principio lógico regulador que permita imprimir sentido delictivo a las conductas del agente. En una teoría retributivo-comunicativa, tal principio solo puede venir dado por la *culpabilidad* del agente: solo la culpabilidad proporciona verdadero significado delictivo al injusto. Quien obra de modo no culpable, no actúa de forma jurídico-penalmente relevante (no emite discurso alguno frente al cual se pueda responder de forma punitiva). Esto último es importante porque implica que, en el modelo teórico asumido en esta investigación, el concepto de injusto jurídico-penalmente relevante es indisociable de la culpabilidad.⁴⁰⁸ Con esto, se cierra de forma definitiva la secuencia conceptual: la pena es la contracara del delito, porque el merecimiento de reproche es la contracara de la culpabilidad del agente. Volviendo a nuestro concepto funcional de

⁴⁰⁷ Similar, v. HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, § 17/II; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Cap. 1, nm. 14: para transformarse en un verdadero concepto de pena, el «*Vorbegriff der Strafe*» debe situarse bajo el «*Oberbegriff*» de la retribución.

⁴⁰⁸ La discusión acerca de si el concepto de *injusto no culpable* tiene un contenido axiológico propio, por lo demás, no es relevante para los propósitos de este trabajo: dado que se trata de identificar equivalentes funcionales a un deber de soportar la punición, lo único importante es la concurrencia de un verdadero injusto culpable, pues solo este constituye el presupuesto operativo para la aplicación del enunciado legal que concede la facultad punitiva (que es la contracara de ese deber). Para un análisis detallado de esta cuestión y con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto?», *InDret* (3), 2014; PAWLIK, «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal»; en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, pp. 109 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito», *Revista Chilena de Derecho* (22-2), 1995, pp. 265-296; SCHÜNEMANN, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en EL MISMO (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, pp. 149 ss.

pena, es preciso insistir aquí en las ventajas que este posee frente al concepto ecuménico que propone el método abstraccionista:

[Ø] En primer lugar, un concepto funcional de pena no adolece del «*problema de la individuación*», pues aquí se vuelve posible trabajar de forma prospectiva, moverse hacia la «*determinación de lo concreto*» y, con ello, precisar la extensión del concepto de pena retributiva.⁴⁰⁹ Esta ventaja tiene su causa en que, según dijimos, la restricción de derechos del agente no es más que un *símbolo* de expresión comunicativa; no posee, al menos no por sí misma, verdadero *sentido* punitivo.

Para decirlo de modo preciso: la acción de privar de libertad o restringir el patrimonio no es más que un mero sustrato, una existencia indeterminada (*reine Sein*) no distinguible de la *nada*; y dado que admite una infinidad de existencias concretas (pues admite una infinidad de descripciones diferentes, de acuerdo al campo de sentido donde se lo inserte) *puede ser todo*. El sustrato, por sí mismo, es *nada* que, justamente por eso y al mismo tiempo, puede ser *todo*: secuestro, guerra, pena, tortura, delito de privación ilegítima de la libertad, etc. Solo la descripción que hacemos de ella, al insertarla en un determinado campo de sentido, puede concederle existencia determinada (*Dasein*) y, con ello, hacerla distinguible de otras existencias concretas (*Anderssein*). En palabras de CASSIRER: «*al lado de lo que el contenido 'es' en su materia, en su estructura sensual, aparece entonces qué es 'lo que significa' [ese contenido] en un sistema de conocimiento*» determinado.⁴¹⁰

Lo que concede carácter punitivo a esa restricción de derechos es el vínculo que mantiene con el principio lógico regulador. De esta forma, aquello que permite explicar la diferencia entre el contenido bruto del mundo sensible (el encierro) y el contenido de la forma concreta que adopta el concepto (pena privativa de libertad), radica exclusivamente en el sentido aportado por el principio lógico regulador (merecimiento de reproche). Para que la restricción de derechos pueda expresar sentido punitivo, debe erigirse como símbolo de la respuesta reactiva institucional, merecida por el agente y a través de la cual se le reprocha la infracción culpable de una norma de comportamiento. En consecuencia, toda aquella restricción de derechos de un ciudadano que no exprese el reproche merecido por la realización de injusto culpable, aun cuando sea aplicada por el Estado, en un procedimiento judicial y con todas las garantías pertinentes, cae fuera de los límites conceptuales de la pena retributiva. Esto significa: prisión preventiva, medidas de seguridad, encierro bruto que el Estado dispone respecto de sujetos no

⁴⁰⁹ Véase Capítulo II, Apartado II, punto 2.1 (pp. 46 ss.).

⁴¹⁰ CASSIRER, *Substance and Function...*, 1923, p. 25.

culpables (sea por error –evitable o inevitable– o de forma intencionada), no pueden considerarse penas retributivas.⁴¹¹

[Ø] En segundo lugar, también se soluciona el «*problema de la relevancia*». Solo a través de su vinculación con el plano justificativo (y los principios normativos que de allí extraemos) se hace posible obtener una explicación racional acerca de por qué son precisamente esas (y no otras) las propiedades con las cuales debe construirse el concepto de pena. El concepto funcional de pena retributiva, concebido como el producto de una justificación retributivo-comunicativa de la praxis punitiva, puede explicar fácilmente [a] por qué el merecimiento del agente es un presupuesto necesario para que la restricción de libertad o patrimonio se considere pena retributiva; y [b] por qué son precisamente esos, y no otros, los símbolos de expresión comunicativa a través de los cuales expresamos el reproche punitivo.

[Ø] Al margen de proporcionar una solución a los problemas mencionados, la construcción de un concepto funcional de pena retributiva nos provee, en esta investigación, una ventaja adicional. Para poner de relieve esta cuestión, debe recordarse que el concepto de pena retributiva aquí propuesto incluye un elemento de la mayor relevancia, a saber: la «*prestación retributiva*». Según dijimos, las acciones punitivas son una clase de actos de habla; más precisamente, se trata de la formulación de un reproche punitivo que, en la medida en que sea desarrollado de forma exitosa (respetando las condiciones constitutivas del acto de habla), generará una consecuencia intrínseca: la *confirmación dinámica* del Derecho en cuanto praxis colectivamente construida. Y dado que el concepto mismo incluye la prestación retributiva, se vuelve posible estabilizar dicha prestación como un punto de referencia y, mediante un método comparativo, buscar equivalentes funcionales al deber de soportar la acción punitiva del agente. Al desarrollo de esta idea, dedicaremos la segunda parte de la investigación.

V. CONCLUSIONES

1. La construcción de un concepto funcional de pena retributiva, entendido como el producto de una determinada posición sobre la justificación de la praxis punitiva, nos sitúa frente a un problema metodológico, común a toda ciencia valorativa: ¿cómo es posible justificar algo cuyo concepto está en proceso de construcción? Para solucionarlo, recurrimos al método de la reconstrucción racional de los conceptos: se distingue aquí entre las acciones punitivas (el objeto de la justificación) y el concepto de

⁴¹¹ Por supuesto, esto no quiere decir que, bajo determinadas condiciones específicas, dichos institutos no puedan ser considerados funcionalmente equivalentes a la pena retributiva. Respecto de la prisión preventiva, SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 148 ss.; en detalle, RAGUÉS I VALLÈS, *InDret* (3), 2020.

pena estatal (el producto del debate). Y es que, a decir verdad, los conceptos no se justifican, se construyen; solo las acciones pueden ser justificadas.

2. Una descripción de las acciones punitivas no es un verdadero concepto, sino una noción preliminar orientada a hacer surgir el debate sobre su permisibilidad. Por eso, debe poner de relieve aquella característica que las vuelve particularmente necesitadas de una justificación. Las acciones punitivas consisten en una actividad agencial (y estatal) reactiva, cuya permisibilidad puede ser cuestionada debido a que su ejercicio conlleva la heteroadministración del espacio de libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae.

3. Si una acción necesita ser justificada, es porque existen razones que, *prima facie*, hablan en contra de su permisibilidad. A esas razones, les denominamos «demandas de justificación». La formulación de esas demandas debe ser concreta y adaptada al contexto en que se pretende obtener una respuesta, esto es, debe expresar cuáles son las *concretas razones jurídicas* por las que esas acciones punitivas necesitan ser justificadas. A partir de la descripción proporcionada, es posible hallar tanto la *base de demanda* (su carácter coactivo) como el *axioma jurídico* respecto del cual parece situarse en flagrante contradicción (la autodeterminación del ciudadano). Brevemente: en su existencia, la acción punitiva aparenta ser una nueva infracción del Derecho.

4. En esta investigación, la justificación de las acciones punitivas adopta los lineamientos de una teoría retributivo-comunicativa asentada en una concepción del Derecho (penal) como praxis colectivamente construida.

4.1. La praxis punitiva debe comprenderse como parte de un conjunto más amplio de prácticas reactivas, gobernadas por el binomio libertad-responsabilidad. En virtud de esa pertenencia, nuestra teoría retributivo-comunicativa posee algunas propiedades irrenunciables:

a. Todos los intervinientes se definen como agentes con capacidad de expresión comunicativamente relevante: su actuar (sea o no delictivo) *siempre comunica*. Como consecuencia, el destinatario del reproche queda definido como agente racional con el cual el Estado entabla una pretensión de diálogo ciudadano (no como objeto o instrumento de una estrategia preventiva).

b. La libertad de voluntad es un presupuesto pragmático de la praxis punitiva. No se trata de un hecho biológico, sino de un producto cultural y conforme con el cual se afirma que los sujetos son capaces de orientar su conducta conforme a razones socialmente comprensibles.

c. La praxis punitiva pertenece al grupo de prácticas sociales en que los intervinientes se exigen responsabilidad, precisamente y en términos reactivos, por el ejercicio de ese espacio de libertad atribuido al agente (por las orientaciones elegidas por ese agente). La responsabilidad

reactiva es un concepto relacional con una estructura triádica: involucra al *destinatario* que es llamado a responder, al *Estado* que hace ese llamado y *el estatus de ciudadano*, en función del cual el último está habilitado para formular ese llamado al primero.

4.2. Dado que todos los intervinientes son agentes con capacidad expresiva, cuyo actuar siempre comunica, las acciones delictivas y punitivas no deben concebirse como sustrato, sino como *sentido* que se adscribe a un sustrato. En una praxis jurídico-punitiva, dicha atribución de sentido tiene lugar a través de normas:

a. En el caso del comportamiento del ciudadano, la atribución de sentido se hace a partir de la norma de comportamiento: tanto quien acata como quien infringe esa norma, *comunica* algo jurídico-penalmente relevante. Sin norma de conducta, no hay praxis punitiva posible. Quien acata, expresa una toma de posición favorable al cumplimiento del deber de cooperar al mantenimiento del orden de libertad jurídicamente garantizado. Quien quebranta de modo culpable la norma de conducta, expresa una toma de posición contraria al deber de cooperación.

b. En el caso de las acciones punitivas, la atribución de sentido se hace a partir del enunciado legal que habilita el ejercicio de la facultad punitiva. Fuera de ese campo de sentido, no podemos describir un suceso como acción punitiva; por tanto, sin norma de sanción, no hay praxis punitiva posible.

c. La relación entre el originariamente impuesto por la norma de comportamiento y el deber de soportar la acción punitiva, es una *relación sustitutiva por novación*; en la medida en que ambos son la expresión concreta de un proto-deber de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades institucionalizado. Una vez infringido el primero, el ciudadano no queda desligado de su deber de contribuir a la construcción colectiva del Derecho: el enunciado legal *sustituye* el deber originario (ahora de imposible cumplimiento) por otro funcionalmente equivalente, a saber: el *deber de soportar la coacción punitiva*. La coacción punitiva, entonces, no está destinada a obtener el cumplimiento del primero (pues este ya ha sido infringido) ni tampoco un deber similar eventualmente infringible (por ese u otro agente) en el futuro, sino del segundo.

4.3. El merecimiento está llamado a desempeñar un papel importante en toda justificación retributivo-comunicativa de las acciones punitivas.

a. Respecto de su alcance, debe recordarse que no todo injusto culpable acarrea la imposición automática de una pena, pues de la afirmación «*A merece \emptyset* » no se sigue la afirmación «*alguien está obligado a garantizar que A reciba \emptyset* ». El enunciado legal no impone deber alguno a aplicar el castigo, sino que se trata de una norma habilitante: solo concede al Estado una facultad punitiva, generando como reflejo un deber de soportar la acción punitiva.

b. Respecto de su contenido, todo juicio de merecimiento tiene una estructura *triádica*: «*el agente α merece β en virtud de ε* ». En una teoría retributiva, el «*destinatario*» es siempre un agente comunicativamente relevante, la «*base de merecimiento*» es una actividad ya realizada

(un presente irritado por el pasado) y el «*objeto de merecimiento*» es la formulación de un reproche.

4.4. El objeto de merecimiento pone de relieve la dimensión comunicativa de la teoría retributiva aquí defendida: la formulación de un reproche es siempre un acto de habla. Como tal, su justificación solo puede lograrse de modo satisfactorio en la medida en que se aluda a aquello que *se hace* cuando se formula el reproche. Llamamos a eso «*prestación retributiva*» y consiste en la confirmación dinámica del Derecho (entendido como ordenamiento efectivamente practicado).

4.5. La restricción de derechos del agente no es más que un mecanismo convencional de expresión del reproche merecido. Esta caracterización, es cierto, lo convierte en algo contingente y modificable, pero no por eso arbitrariamente disponible. En todo ordenamiento jurídico asentado sobre el axioma fundamental de la autodeterminación, es perfectamente lógico que las acciones punitivas impacten sobre los símbolos indiscutidos de la libertad ciudadana.

5. Para la construcción de un concepto funcional de pena estatal, la materia prima proporcionada por la justificación retributivo-comunicativa debe ordenarse bajo una estructura trimembre, compuesta por un principio regulador de sentido, propiedades fenoménicas o normativas y un elemento funcional. La pena es un acto comunicativo (estatal) que, *a través de la restricción de los derechos del destinatario*, expresa el *reproche merecido* por el ciudadano en virtud del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento y, con ello, *confirma en sentido dinámico el Derecho* (en tanto ordenamiento jurídico efectivamente practicado).

6. Un concepto funcional de pena retributiva logra sortear los déficits e inconsistencias señalados en el capítulo anterior y, además, nos provee una herramienta conceptual idónea para identificar potenciales equivalentes funcionales al deber de soportar la acción punitiva.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV

FUNCIONALISMO DE LAS EQUIVALENCIAS Y EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA RETRIBUTIVA

*«Die Funktion ist keine zu bewirkende Wirkung, sondern ein regulatives Sinnschema, das einen Vergleichsbereich äquivalenter Leistungen organisiert. Sie bezeichnet einen speziellen Standpunkt, von dem aus verschiedene Möglichkeiten in einem einheitlichen Aspekt erfaßt werden können».**

LUHMANN, *Funktion und Kausalität*, 1962.

* «La función no es ningún efecto a producir, sino un esquema lógico regulador que organiza un ámbito comparativo de prestaciones equivalentes. Caracteriza una posición especial a partir de la cual pueden ser comprendidas en un aspecto unitario diversas posibilidades».

I. INTRODUCCIÓN

Una vez establecidos los lineamientos generales de la teoría retributivo-comunicativa de la pena, damos comienzo a la segunda parte de esta investigación. Aquí intentaremos compatibilizar el método comparativo del «*funcionalismo de las equivalencias*» con las conclusiones obtenidas en la primera parte. Nuestro objetivo principal es la construcción de un marco teórico que nos permita trabajar de forma sistemática aquellos comportamientos posteriores al injusto culpable pero que pueden modificar la dimensión de sentido del hecho punible. En concreto, se trata de crear un marco teórico que permita identificar y clasificar determinados institutos (la mayoría de ellos previstos en el Derecho positivo, pero bien podrían ser otros) como potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Este Capítulo IV constituye, entonces, un punto bisagra de nuestra investigación: pretende tender un puente entre las conclusiones alcanzadas en la primera parte del trabajo con el análisis detallado y particular de cada uno de los institutos que, seleccionados como candidatos a ser equivalentes funcionales de la pena retributiva, llevaremos a cabo en la tercera parte.

Para esta tarea, considero indispensable comenzar este Capítulo IV haciendo algunas consideraciones preliminares relativas a este método comparativo. El Apartado II, entonces, puede considerarse una breve introducción a la idea de función y de equivalentes funcionales en el ámbito de la sociología (1). Esta pequeña caja de herramientas nos permitirá, en un segundo momento, entrar en el análisis crítico del «*funcionalismo de la causalidad*» y sus problemas conceptuales y metodológicos (2). A partir de allí, estaremos en condiciones de presentar los matices conceptuales introducidos por LUHMANN sobre la idea de función (3.1) y, con ello, establecer los lineamientos centrales del método comparativo que este autor denomina «*funcionalismo de las equivalencias*» (3.2).

El Apartado III da cuenta del momento y el modo en que esta perspectiva funcionalista (en general) y la idea de los equivalentes funcionales de la pena (en particular) se incorporaron y tomaron forma en la ciencia del Derecho penal. Como podría esperarse, focalizaremos nuestra atención en la (escasa) evolución doctrinal que ha tenido, hasta el momento, esta particular idea de los equivalentes funcionales de la pena. Para ello, dividimos el análisis en dos momentos distintos. En primer lugar, damos cuenta de (1) la etapa germinal de su incorporación y su escaso impacto en la dogmática. En segundo término, destacamos (2) el rescate de esta categoría conceptual, por parte de la doctrina española, así como del reciente desarrollo de una teoría sobre los equivalentes funcionales de la pena.

Las herramientas teórico-metodológicas anteriormente referidas, junto con las conclusiones obtenidas en la primera parte de esta investigación, constituyen la base

sobre la cual desarrollamos, en el Apartado IV, nuestro modelo de equivalentes funcionales de la pena retributiva. Para decirlo de modo más preciso: utilizaremos el concepto funcional de pena retributiva (obtenido en el Capítulo III) como punto de apoyo teórico para aplicar el método comparativo y, con ello, identificar y clasificar potenciales equivalentes funcionales de la pena (retributiva). Tal y como el método comparativo indica, primero debe establecerse el *problema de referencia* de toda praxis punitiva (1) para, luego, especificar las alternativas básicas de solución. Dichas alternativas son (brevemente y en términos que será necesario precisar luego) el cumplimiento del deber ciudadano de cooperación al mantenimiento de un Estado de libertades (2) y el cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva (3) que lo reemplaza (cuando el primero se infringe mediante la comisión de un injusto culpable). Una vez esclarecido lo anterior, se abre la posibilidad de utilizar el método comparativo en sentido estricto, esto es, comenzar la búsqueda de comportamientos postdelictivos (materialmente distintos pero) funcionalmente equivalentes al deber de soportar la punición. Esta búsqueda requiere establecer algunos requisitos de base (4) que nos permitirán, en un paso posterior, *identificar* potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva (5). Luego, a partir de tres criterios básicos, se propone un esquema de *clasificación* de esos posibles equivalentes funcionales de la pena para, finalmente, seleccionar tres de ellos, lo que nos permitirá, en la tercera parte de esta investigación, poner a prueba la capacidad de rendimiento del modelo (6). El Apartado V resume las conclusiones del Capítulo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Función y equivalentes funcionales. Breve introducción

En una genérica aproximación, el sentido de la expresión «*equivalentes funcionales*» puede transmitirse a través de ejemplos cotidianos: un cuchillo (de punta redondeada) es funcionalmente equivalente a un destornillador si y en la medida que, utilizando el primero, puedo lograr el mismo efecto que lograría utilizando el segundo –a saber: extraer (o introducir) un tornillo–; una droga es funcionalmente equivalente a otra si ambas producen, sobre el organismo, el mismo efecto. En el ámbito de las ciencias sociales, como es sabido, la expresión «*equivalente funcional*» proviene de la sociología. En este campo, si bien es cierto que el contenido de la misma coincide, en gran medida, con la noción general recién detallada, toma como punto de partida la distinción técnica entre *estructura* y *función*. De hecho, la expresión fue popularizada por MERTON para mostrar, precisamente, el carácter sustituible de ciertas estructuras en relación con el desempeño de determinadas funciones sociales.⁴¹² En términos precisos:

⁴¹² MERTON, *Teoría y estructuras sociales*, 1992, pp. 107 y 127. El autor refiere que el término también habría sido utilizado por las ciencias psicológicas y en la neurología, remitiendo (en nota30) a un trabajo

el objetivo de MERTON era poner en tela de juicio el «*postulado de la indispensabilidad*» de ciertas instituciones o estructuras sociales pues, según este autor, lo realmente indisponible era la función social que dicha estructura desempeñaba.

El «*postulado de la indispensabilidad*» contiene, en este sentido, dos afirmaciones diferentes pero relacionadas entre sí. La primera es que hay ciertas *funciones que son indispensables* (de su continua realización depende la subsistencia de la sociedad); la segunda es que ciertas *estructuras sociales son indispensables para la realización de esas funciones* (dichas estructuras serían, entonces, irremplazables). Es precisamente esta segunda afirmación la que ataca MERTON: «*así como la misma cosa puede tener múltiples funciones, la misma función ser desempeñada [...] por cosas diferentes. [...] O en otras palabras, hay un margen de variación en las estructuras que realizan la función en cuestión*».⁴¹³

En este sentido, una vez que se renuncia al carácter indisponible de ciertas estructuras sociales, aparece el núcleo conceptual de las alternativas funcionales, cuya idea básica es, entonces, la siguiente: la estructura social π es funcionalmente equivalente a la estructura social β si, y en la medida que, ambas puedan desempeñar la misma función. A partir de aquí, la atención queda fijada en el grado o margen de variaciones estructurales que podemos introducir sin que, por ello, afectemos la función desempeñada. Debe advertirse, sin embargo, que este margen de variación tampoco es infinito, sino que está limitado, entre otras cosas, por la propia estructura que resulta modificada. Y es que los elementos de cada estructura se encuentran en relación de interdependencia recíproca, por lo que existen límites a las posibilidades de introducir cambios en ella.⁴¹⁴

Dado que la expresión «*alternativas o equivalentes funcionales*» está intrínsecamente vinculada a la distinción sociológica entre estructura y función, detrás de la expresión se encuentra una determinada concepción acerca de la función (y también del concepto de estructura).⁴¹⁵ En este sentido, si el grado de equivalencia funcional entre dos (o más) estructuras depende de su capacidad para desempeñar la misma función, debemos especificar qué entendemos por función. El problema es que, como veremos luego, el término función ha sido utilizado en múltiples disciplinas y con muy diversos

de ENGLISH, publicado en 1937 («Symbolic versus functional equivalents in the neuroses of deprivation»).

⁴¹³ MERTON, *Teoría...*, 1992, p. 107.

⁴¹⁴ A esta resistencia, MERTON, *Teoría...*, 1992, pp. 107 y 128, le denomina «*coerción estructural*» y, según afirma, se corresponde con el principio de las posibilidades limitadas de GOLDENWEISER (aplicado en una esfera más amplia).

⁴¹⁵ Aquí, por supuesto, no entraremos en esta cuestión. Basta con mencionar que, por estructura, generalmente se entiende aquel conjunto de interacciones estables de una sociedad determinada, sustentado por las instituciones, y que ejercen cierto efecto constrictivo sobre las creencias y acciones de los individuos.

significados. A los fines de esta breve introducción, sin embargo, basta con señalar que, en la concepción de MERTON, el término función es utilizado para designar las «consecuencias objetivas» de una determinada estructura que «favorecen la adaptación o ajuste del sistema». ⁴¹⁶ En definitiva, el concepto de función se identifica con la noción de *contribución positiva* o *efecto útil*.

A partir de este concepto de función, como veremos en el siguiente punto, la posibilidad de encontrar equivalentes funcionales a una determinada estructura depende, directamente, de que podamos probar –con cierto grado de certeza– la existencia de una específica *relación de causalidad*. En este sentido, la estructura alternativa solo puede considerarse funcionalmente equivalente a la originaria, en la medida en que podamos demostrar que esta mantiene un vínculo causal respecto de un determinado efecto útil (aquel que también produce la estructura originaria). Por esa razón, este concepto de equivalencias funcionales es el producto de una determinada *clase* de análisis funcional que, en términos generales, se denomina «*funcionalismo de la causalidad*». ⁴¹⁷

En esta investigación, adoptamos un punto de vista ligeramente distinto, que incorpora los matices conceptuales introducidos por LUHMANN. Este autor modificó sustancialmente el concepto mismo de función y, a partir de allí, desarrolló una nueva perspectiva, denominada «*funcionalismo de las equivalencias*». Antes de entrar en detalles sobre este modelo, es necesario realizar un breve análisis acerca del concepto de función que utiliza el «*funcionalismo de la causalidad*», así como también referir los problemas metodológicos que afectan a esta perspectiva. De lo contrario, no será posible entender los matices conceptuales introducidos por LUHMANN ni el método comparativo al que se da lugar a partir de ellos. ⁴¹⁸

2. El funcionalismo de la causalidad y sus problemas metodológicos

No es ninguna novedad que el término «*función*» adolece de una polisemia insoportable: los «*conceptos de función y de explicación funcional [son] legión*». ⁴¹⁹ En efecto, la expresión se ha utilizado en múltiples disciplinas, con sentidos parcial o totalmente divergentes; y esto provoca que, cuando uno se aproxima al ámbito del análisis funcional, tenga la sensación de estar entrando «*en una verdadera jungla de*

⁴¹⁶ MERTON, *Teoría...*, 1992, pp. 125-126.

⁴¹⁷ LUHMANN, «Función y causalidad», en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 23.

⁴¹⁸ De forma idéntica, GALINDO, «El método funcional en la teoría de sistemas», en DE LA GARZA TOLEDO/LEYVA (eds.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, 2012, pp. 379 ss.

⁴¹⁹ MAHNER/BUNGE, «Function and Functionalism: a Synthetic Perspective», *Philosophy of Science* (68), 2001, pp. 75 ss.

confusión semántica». ⁴²⁰ De hecho, la polisemia extrema del término ha permitido distinguir, incluso dentro del llamado «*funcionalismo de la causalidad*», al menos cinco diferentes corrientes teóricas, a saber: funcionalismo teleológico, de la adaptación, clásico, instrumental y refinado. ⁴²¹ El objetivo de nuestras consideraciones, sin embargo, no nos exige entrar en esos detalles: aquí solo se trata de hacer una caracterización breve del «*funcionalismo de la causalidad*», poniendo de relieve aquellos elementos que permitirán distinguirlo del «*funcionalismo de las equivalencias*», pues solo este último –en tanto método comparativo– nos será útil en esta segunda parte de la investigación.

Para ello, agrupamos dentro de la etiqueta «*funcionalismo de la causalidad*», todas las corrientes funcionalistas que utilizan a la relación de causa-efecto como elemento central para explicar el origen y mantenimiento de una determinada estructura o institución social. Conforme lo hemos adelantado en el punto anterior, la razón por la cual esa relación de causalidad asume el papel protagonista, radica en la adopción de un determinado punto de partida conceptual: la función está equiparada a la noción de *efecto* o *consecuencia objetiva* (empíricamente constatable). Ahora, debemos analizar, con mayor detalle, de dónde obtuvo y cuál es el sentido preciso en el que, el «*funcionalismo de la causalidad*», utiliza el término.

La idea de la función fue incorporada a la sociología en un contexto fuertemente influenciado por el positivismo científico; para ser más precisos, fue tomada por COMTE de las ciencias de la biología. ⁴²² Este origen tiene una explicación concreta: al momento del nacimiento de la ciencia sociológica, el objetivo de COMTE era independizar esta nueva disciplina de la filosofía moral (respecto de la cual se encontraba subordinada) y, por eso, la aproximó a las ciencias biológicas a través del concepto de la función. ⁴²³ Haciendo una especie de analogía organísmica, COMTE concebía a la sociedad como un organismo vivo; una visión del mundo social como un complejo sistémico, en el que cada una de sus partes –órganos– contribuye, de una forma u otra, a su mantenimiento y supervivencia. Desde este punto de vista, la «función» se define como aquella *performance* que un órgano o estructura desempeña, en tanto y en cuanto contribución que hace al mantenimiento de un organismo globalmente considerado.

⁴²⁰ MUNCH, «The Concept of Function and Functional Analysis in Sociology», *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), pp. 193 ss., 1976.

⁴²¹ MICHAELS, «The Functional Method of Comparative Law», en REINMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, pp. 339 ss.

⁴²² MICHAELS, en REINMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford...*, 2006, p. 344.

⁴²³ Sin embargo, aquí tampoco se utiliza en un solo sentido; más bien, el término función admite, también dentro de la biología, varios significados distintos. Véase al respecto MAHNER/BUNGE, *Philosophy of Science* (68), 2001, pp. 75-94. En detalle, Capítulo A-IV (pp. 481 ss.).

Luego de esta vinculación germinal, el pensamiento de SPENCER⁴²⁴ dio impulso definitivo a la perspectiva organicista en la sociología. Este autor introdujo la idea de «*necesidad funcional*», dando lugar al denominado «*funcionalismo de la adaptación*».⁴²⁵ Se trata de una herramienta explicativa a partir de la cual, adoptando una concepción organicista de la sociedad, SPENCER pretende dar cuenta del *origen sociológico* de una institución. En este sentido, dado que todo organismo necesita que sus estructuras (órganos) desempeñen funciones vitales para su subsistencia, con el término «*necesidad funcional*» se designa, precisamente, el motivo o razón por el cual una determinada institución o estructura nace y se mantiene vigente dentro de un organismo social. Dicho de otro modo: el concepto de función sirve para explicar la relación entre un todo y sus partes en términos de necesidad: «*es el todo el que precisa que sus partes satisfagan determinadas necesidades*».⁴²⁶ Luego, DURKHEIM intentó desvincular el concepto de función del origen sociológico de las instituciones, utilizándolo de un modo más preciso, a saber, para designar la «*relación de correspondencia*» entre una actividad y las necesidades generales del organismo social. Para DURKHEIM, la función es una actividad que satisface una determinada necesidad del organismo social, pero no explica el origen de la estructura que la desempeña.

En este sentido, DURKHEIM introdujo un aporte sustancial que no ha sido suficientemente atendido, a saber, la distinción entre la *capacidad explicativa* y la *capacidad analítica* del concepto de función. Señala el autor que «*la mayoría de los sociólogos cree haber dado cuenta de los fenómenos una vez que ha hecho ver para qué sirven [...]. Se cree haber dicho todo lo necesario [...] cuando se ha establecido [...] qué necesidad social satisfacen. [...] Pero ese método confunde dos cuestiones muy diferentes. Hacer ver hasta qué punto un hecho es útil no es explicar cómo ha nacido ni cómo es lo que es. Porque las aplicaciones a las que se sirve suponen las propiedades específicas que lo caracterizan, pero no lo crean. [...] No es esa necesidad la que puede sacarlas de la nada y conferirles el ser*». Los fenómenos sociales no existen por lo general en vistas a los resultados que producen».⁴²⁷ Es esa diferenciación la que, en definitiva, permite distinguir entre un *análisis causal* y un *análisis funcional*.⁴²⁸ Haber pasado por alto esta distinción ha provocado que, como veremos a continuación, el funcionalismo de la causalidad haya sido blanco de críticas metodológicas severas.

⁴²⁴ Con mayores referencias, TURNER/MARYANKSI, «Is Neofunctionalism really functional?», *Sociological Theory* (6-1), 1988, pp. 110 ss.

⁴²⁵ Con mayores referencias, MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, pp. 193 ss.; MICHAELS, en REINMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 344.

⁴²⁶ CADENAS, «La función del funcionalismo», *Sociologías* (18-41), 2016, p. 201.

⁴²⁷ DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, 2001, pp. 146-147.

⁴²⁸ DURKHEIM, *Las reglas...*, 2001, p. 147: «*Cuando se trata, pues, de explicar un fenómeno social, es preciso buscar por separado la causa eficiente que lo produce y la función que cumple*». Sobre el particular, TURNER/MARYANKSI, *Sociological Theory* (6-1), 1988, p. 112 y ss.; MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, pp. 203 ss.

El término fue posteriormente trasladado, con las obras de RADCLIFFE-BROWN y MALINOWSKI, al campo de la antropología. Dar cuenta de este paso es importante porque estos autores, en su afán de buscar leyes sociológicas universales, le imprimieron al concepto de función un *sentido causalista* todavía más fuerte. RADCLIFFE-BROWN, p. ej., afirma que todo sistema social necesita satisfacer unas condiciones mínimas de existencia, y que la función «*es el papel [o] aportación que hace [una actividad] a la conservación de la continuidad estructural*». En este sentido, esclarecer esas condiciones y ponerlas en relación con las funciones o actividades que las garantizan significaba, para ellos, algo así como descubrir una «*ley sociológica*». Así las cosas, en la medida en que podamos demostrar que una determinada institución social tiene por función generar, en todo o en parte, alguna de esas condiciones mínimas de existencia, entonces a través de esa ley es posible explicar *el* origen sociológico de esa institución.⁴²⁹ En este esquema, las necesidades del sistema se transforman en instrumentos capaces de explicar el *origen y permanencia* de una institución.

Al margen de las diferencias sutiles entre los autores mencionados, el punto básico que interesa destacar aquí es el siguiente: se concibe a la sociedad como un todo –un organismo– en el que cada una de sus instituciones –órganos– se origina (y posee una forma concreta) en virtud de su capacidad contributiva para el mantenimiento del sistema globalmente considerado. Brevemente: para un funcionalista de la causalidad, una institución social existe, tal y como es, porque ha sido generada por el organismo para la satisfacción de una determinada necesidad. La institución *existe porque desempeña* una cierta actividad que, desde el punto de vista del organismo, representa una contribución positiva para su mantenimiento (se trata de un pensamiento intrínsecamente teleológico).

Luego de su paso por la antropología y de haber adquirido una fuerte impronta causalista, el término volvió con fuerza al campo de la sociología. Con la llegada de MERTON y PARSONS a la Universidad de Harvard (a fines de 1930), se introdujeron los estudios de esos antropólogos en la ciencia sociológica estadounidense y, a partir de aquí, la corriente funcionalista se extendió a una velocidad sorprendente. En los Estados Unidos, el «*funcionalismo de la causalidad*» se convirtió, por lejos, en el protagonista principal de la escena sociológica durante los años cuarenta y cincuenta. Sin embargo,

⁴²⁹ Ese origen sociológico debe distinguirse del *origen histórico* de la institución. Los antecedentes causales (factores que explican el surgimiento histórico de un hecho o institución) no constituyen un objeto de estudio sociológico, sino que su análisis debe quedar reservado al ámbito de la historia. En este sentido, RADCLIFFE-BROWN, *Structure and Function in Primitive Society*, 1952, p. 43: «[...] *an institution may be said to have its general 'raison d'etre' (sociological origin) and its particular 'raison d'etre' (historical origin). The first is for the sociologist or social anthropologist to discover by the comparative method. The second is for the historian to discover by examination of records or for the ethnologist, in the absence of records, to speculate about*».

así de vertiginosa fue también la revuelta *anti-funcionalista* de los años sesenta,⁴³⁰ entre cuyos representantes se encontraban, en un número no despreciable, los propios discípulos de la escuela de PARSONS.⁴³¹ De este movimiento, en efecto, surgieron las principales críticas sustanciales y metodológicas a las teorías inspiradas en el funcionalismo de la causalidad. En relación con las primeras, de las que no nos ocuparemos aquí,⁴³² generalmente se mencionan tres cuestiones: el carácter a-histórico del funcionalismo, su impronta conservadora y su incapacidad para dar acabada cuenta del cambio social.⁴³³ Las críticas metodológicas, que serán atendidas en esta investigación, denuncian la adopción de un concepto de función que, en verdad, revela una especie de «*transición semántica ilícita*».⁴³⁴ Asimismo, se objeta que, una vez producida esta transición, cualquier explicación o análisis funcional adolece de una *implícita circularidad* (en virtud de haber invertido el razonamiento teleológico).⁴³⁵

2.1. La transición semántica ilícita

La descripción previamente realizada sobre el funcionalismo de la causalidad (a pesar de ser breve y genérica), nos ha permitido poner de relieve el punto de partida para desarrollar esta crítica: estas posiciones trabajan con un concepto de función equiparado al de «*efecto útil o contribución positiva*».⁴³⁶ La función se concibe como aquella externalidad positiva que una determinada actividad, asociada a una estructura o institución, produce sobre el todo –del cual esa estructura forma parte–. En este modelo, la función queda restringida a la idea de impacto beneficioso, de modo que el acento está puesto en el efecto o consecuencia útil que genera esa actividad. Tanto es así, que

⁴³⁰ La expresión pertenece a ALEXANDER, *Twenty Lectures. Sociological Theory since World War II*, 1987, p. 111.

⁴³¹ Al respecto, CADENAS, *Sociologías* (18-41), 2016, p. 202, ha afirmado que «[...] Robert Merton ya había llamado la atención acerca de las dificultades de una empresa funcionalista como la que iba a emprender su maestro de Harvard».

⁴³² Las críticas sustanciales no serán afrontadas pues todas ellas han sido suficientemente rebatidas en la doctrina y, además, no nos aportan nada relevante a los fines de esta investigación. Al respecto, véase NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, 1989, pp. 81 ss.; TURNER/MARYANSKI, *Functionalism*, 1979; LOS MISMOS, *Sociological Theory* (6-1), 1988, pp. 115-116.

⁴³³ Con este concepto de función ligado a las ciencias de la biología, está claro que el punto de referencia siempre será la *supervivencia* del todo. Un problema de esta perspectiva, que aquí no se afronta, radica en que nos exige aceptar como válido, de entrada, un punto de vista que resulta más que cuestionable: el fin de la sociedad viene dado –al igual que en el de los organismos vivos– por la supervivencia y conservación de un *status quo* determinado.

⁴³⁴ MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, p. 197.

⁴³⁵ El trabajo crítico más relevante en relación al método utilizado por el funcionalismo de la causalidad es el de DAVIS, «The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology», *American Sociological Review* (24-6), 1959, pp. 757-772.

⁴³⁶ En este sentido, destacaba LUHMANN, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 12 que, en el marco del funcionalismo de la causalidad, la «*función es caracterizada como una clase especial de efecto*». Similar, MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences*, (6-3), 1976, p. 202 señala: «*lo que determina la 'utilidad' de un ítem cultural o un fenómeno social [...] son las necesidades [...] de la unidad a la que sirven*»;

muchos funcionalistas han introducido también la vertiente negativa del concepto, a saber, la idea de «*disfunción*»; con la cual hacen referencia a los efectos perniciosos que esa actividad produce.

En este sentido, MERTON definía *lo funcional* como el resultado neto positivo que se obtiene luego de hacer el balance entre las consecuencias objetivas beneficiosas y las perjudiciales; y lo *disfuncional*, a la inversa, implica haber obtenido un resultado neto negativo.⁴³⁷

La objeción a este respecto consiste en lo siguiente: equiparar la función a la idea de «*efecto útil*» es el producto de una «*transición semántica ilícita*». Para advertir esta transición, puede ser recurrir a la etimología del término: función proviene del latín '*functio*' que, a su vez, es una sustantivación del verbo latino '*fungi*', cuyo significado es *ejecutar* (realizar o llevar a cabo algo); en el caso de la lengua griega, el término *εργον* (*ergon*) designa también una actividad u operación determinada. Como sustantivo, entonces, el término función designa la actividad que una entidad determinada desarrolla (si se quiere, en tanto atributo distintivo de esa entidad). Desde el punto de vista etimológico, la función designa solo una *actividad*, no el efecto o externalidad que esa actividad produce. Por lo tanto, de ningún modo puede quedar identificada con la idea de contribución positiva que, en su caso, el desarrollo de esa actividad puede significar respecto de un sistema total. Dicho de otro modo: la actividad (función) no implica, *per se*, una utilidad instrumental; para añadir esa noción de utilidad, es necesario adoptar un punto de vista externo y relativo al observador que valora esa actividad tomando como referencia un todo.⁴³⁸ En palabras de MUNCH: como consecuencia de «[...] *esta asociación de la 'función' con la de 'utilidad', [...] el aspecto funcional de una actividad [...] ya no radica en la actividad en sí misma, sino en su efecto*».⁴³⁹

En un ejemplo sencillo: la función del corazón (su actividad distintiva) radica en la actividad de bombear sangre. Para identificar esa actividad con un efecto beneficioso, debemos adoptar un punto de vista externo, relativo al organismo; y, además asumir una perspectiva valorativa determinada, según la cual la *supervivencia* de ese organismo es algo *valioso*.

⁴³⁷ MERTON, *Teoría...*, 1992, p. 125-126

⁴³⁸ En este sentido, toda noción de función como externalidad presupone una cierta valoración por parte del observador que la describe. Tal como señala SEARLE, *La construcción...*, 1997, pp. 33-34: «*las funciones nunca son intrínsecas a la física de ningún fenómeno, sino que son externamente asignadas por observadores [...] "Descubrimos", en efecto, funciones en la naturaleza. Mas el descubrimiento de una función natural puede tener lugar solo en el marco de un conjunto de asignaciones previas de valor [...]*». Solo cuando aceptamos que la supervivencia tiene un cierto valor para el organismo podemos hacer una afirmación del estilo «*la función del corazón es bombear sangre*». En una palabra: «*en lo que atañe a la naturaleza, intrínsecamente considerada, no hay hechos funcionales más allá de los hechos causales. El añadido de la función es relativo al observador*». Véase, al respecto, Capítulo A-IV.

⁴³⁹ MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, p. 197.

Al margen del argumento etimológico, parece evidente que una función –entendida como actividad– no puede ser equiparada a la idea de efecto *útil*, sencillamente, porque el carácter positivo o negativo de la externalidad generada no depende (al menos no exclusivamente) del desarrollo de la actividad en sí misma, si no de múltiples cuestiones ajenas a ella. En nuestro ejemplo: bombear sangre es, en términos generales, útil para el organismo; pero también puede ser altamente perjudicial, p. ej., si tenemos una arteria perforada a través de la cual expulsamos sangre. En este caso, la externalidad se vuelve negativa y, como consecuencia, lo que era una función se vuelve (en virtud de la herida) una *disfunción*. Por el contrario, si uno eliminara esa connotación instrumental y equiparara la idea de función a lo que originariamente significa (la actividad misma), la noción de disfunción se vuelve, como afirma MUNCH, «*un absoluto sinsentido*».⁴⁴⁰

Para un análisis detallado de esta transición semántica ilícita,
véase [Capítulo A-IV](#) (pp. 481 ss.)

2.2. La circularidad

Esta transición semántica, a través de la cual se identifica la función con la idea de externalidad positivamente valorada, es un elemento clave para entender, ahora ya en segundo término, el carácter intrínsecamente circular del funcionalismo de la causalidad. Esta deficiencia no es más que el producto de haber adoptado las dos premisas siguientes: por un lado, se equipara la función con el efecto útil y, por otro, se pretende utilizar ese efecto para explicar el origen y mantenimiento de las instituciones sociales. Dicho de otro modo: la explicación funcional pretende explicar el origen de una institución a partir de su capacidad para producir un efecto (satisfacer una cierta necesidad). Con ello, es evidente, cae en el absurdo de explicar el origen de las causas a través de sus efectos. Desde el punto de vista metodológico, entonces, el funcionalismo de la causalidad adopta un modelo de explicación mecánico que invierte la explicación causal (pues invierte la relación explicativa causa-efecto).⁴⁴¹ Tal como lo advirtió

⁴⁴⁰ MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, p. 198. Pero esto no es todo, pues señala MUNCH que, a partir de la generalización de esta idea, se ha confundido directamente el concepto de función con el de utilidad. En este sentido, ya no se requiere que el efecto útil provenga de una determinada *actividad*. Cualquier efecto útil se equipara a función, por más que dicho efecto ni siquiera se asocie a una actividad, sino directamente a un objeto inanimado, del cual alguien hace uso: «*una cueva sirve a la función de refugio*».

⁴⁴¹ Ningún efecto puede explicar la existencia de una causa; a la inversa, son las causas las que permiten explicar los efectos. Sirva un ejemplo extremo para mayor aclaración: el sangrado –efecto– no puede servir como verdadera explicación de la *existencia* del corte; más bien a la inversa: es el corte –en tanto causa– lo que *explica la existencia* del sangrado. Las teorías funcionalistas intentaron responder a esta crítica *calificando* los efectos. Se decía entonces que «no todos los efectos son funciones», sino solo algunos de ellos. Para realizar la selección, se utilizaba una construcción causal auxiliar o «criterio de referencia limitativo». LUHMANN señala tres construcciones auxiliares a través de las cuales se ha pretendido eludir esta crítica: a) se transforma a las necesidades del sistema en causas o motivos para su satisfacción; b) la teoría del equilibrio, que restringe los efectos a través de la idea de mantenimiento de la

LUHMANN, “«[...] no es posible explicar sin más las causas por sus efectos [pues] la función de una actividad, vista como efecto, dista de ser motivo suficiente que explique la existencia efectiva de dicha actividad [...]».⁴⁴²

La deficiencia señalada queda a la vista cuando uno intenta explicar el origen de cualquier estructura a partir de este razonamiento. De hecho, ni siquiera en el ámbito de la biología (desde donde supuestamente se extrae esta idea evolutiva de la función) es posible hacer semejantes afirmaciones. Es evidente que las alas generan un impacto positivo para ciertos animales, en la medida en que permiten a los pájaros volar, pero sería absurdo explicar el origen de las alas a partir de dicha utilidad, pues nadie estaría dispuesto a afirmar que esos animales desarrollaron sus alas *para* poder volar. También es posible que nuestra nariz nos preste una utilidad fantástica a aquellas personas que necesitamos gafas; pero nadie pensaría que hemos desarrollado la nariz (y las orejas) con el objeto de proveer un soporte para las gafas.

Esta cuestión ha sido reiteradamente advertida: un concepto de función como utilidad no puede proveer una verdadera explicación. Al tratarse de un concepto ligado a la noción de efecto, su propia existencia está condicionada a la existencia previa de una o más actividades que se describen como causas (y no a la inversa). Es por ello que MAHNER/BUNGE denominan a esta clase de razonamiento «*reporte funcional*», pero insisten en lo siguiente: no se trata de una *verdadera* explicación sobre el origen de la institución.⁴⁴³ De hecho, ya hemos adelantado que DURKHEIM advirtió esta deficiencia y, sin demasiado éxito, intentó mantener separadas las nociones de función (como correlación entre prestación-necesidad) y de explicación causal (factores que dan lugar al nacimiento de una institución). Por el contrario, cuando borramos esa distinción, se subordina el análisis funcional a la posibilidad de constatar una relación de causalidad inversa, cayendo en una explicación circular. Para solucionar estos problemas, LUHMANN propuso distinguir entre la teoría y el método funcional. Según este autor, lo que puede aportarnos el funcionalismo es, en verdad, solo un *método*; por lo que necesita ser complementado con una teoría. Veamos de qué se trata esta propuesta.

relación de equilibrio entre sistema y medio (los efectos funcionales solo son aquellas respuestas del sistema producidas por las irritaciones del medio con el objeto de mantener el equilibrio); y c) la idea de reciprocidad funcional entre sistemas de GOULDNER. A pesar del esfuerzo, los intentos teóricos por limitar la clase de efectos útiles que deben considerarse como funciones generalmente fracasan. El problema está en que, si bien en el ámbito de la ciencias biológicas puede resultar relativamente sencillo aislar las variables que inciden en relación a un determinado fenómeno, en el campo social esa tarea se complica debido a la multiplicidad de variables, sus innumerables interrelaciones y la imposibilidad de establecer relaciones invariables entre causas y efectos. Sobre el particular, LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 18.; ARNOLD/RODRÍGUEZ, «Teoría de los sistemas sociales: las bases de la perspectiva luhmanniana», *Estudios Sociales* (69-3), 1991, pp. 100 y ss.

⁴⁴² LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 13.

⁴⁴³ MAHNER/BUNGE, *Philosophy of Science* (68), 2001, p. 83

3. El rescate del método. LUHMANN y el funcionalismo de las equivalencias

3.1. Nuevo concepto de función. La distinción entre teoría y método

LUHMANN se sumó a la revuelta crítica mencionada, profundizando las observaciones metodológicas realizadas al funcionalismo de la causalidad.⁴⁴⁴ Desde el punto de vista del sociólogo alemán, si se define a la función como efecto útil, el análisis funcional queda reducido a mera aplicación concreta de una relación causa-efecto. En el funcionalismo de la causalidad, la *teoría* no es más que una mera adopción de hipótesis sobre leyes causales y, el *método*, un conjunto de reglas que permitirían verificar la validez empírica de tales hipótesis. En la medida en que las funciones se definen con base en supuestas leyes causales, su aplicación en el campo social es altamente problemática, porque la posibilidad de demostración empírica de esas leyes, es prácticamente nula.⁴⁴⁵ El problema, en este sentido, radica en que el funcionalismo de la causalidad ha asumido presupuestos metodológicos positivistas, generando tensiones entre la explicación funcional y las reglas de comprobación causal. A decir verdad, el modelo coloca al investigador frente a la siguiente alternativa: o bien explica teleológicamente a través de los efectos, o bien explica mecánicamente a través de las causas; no hay más que hacer.

A partir de aquí, LUHMANN diagnostica de forma precisa el problema: el funcionalismo de la causalidad adolece de un método autónomo y es por ello que queda subordinado a la demostración empírico-causal. Identificado el problema, y a diferencia de los demás críticos, LUHMANN puso de relieve que las objeciones formuladas, si bien son correctas, solo son atingentes en la medida en que el funcionalismo se mantenga subordinado al método de comprobación empírica que impone la relación de causalidad. En efecto, frente a las tensiones generadas por dicha subordinación, dos escenarios de solución son posibles: o bien se aferra uno a la corriente positivista tradicional y tira por la ventana cualquier concepción funcionalista (pues, como dijimos, no tiene capacidad explicativa alguna), o bien se ataca dicha subordinación (que es lo que genera esa tensión), poniendo en tela de juicio el papel central de la relación de causalidad para la explicación funcional. LUHMANN, como es evidente, opta por la segunda alternativa: antes de tirar por la ventana el bebé metodológico junto con la bañera explicativa,

⁴⁴⁴ A principios de los sesenta, el sociólogo diagnosticaba que el ámbito metodológico del funcionalismo no había avanzado prácticamente nada, pues ni siquiera en las cuestiones más básicas –tales como «*la relación del método funcional respecto a los conceptos causales de causa y efecto*»– parecía existir el mínimo acuerdo; LUHMANN, «Método funcional y teoría de sistemas», en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, pp. 48 ss.

⁴⁴⁵ La imposibilidad de hallar leyes causales en el dominio de las ciencias sociales y las dificultades que ello genera han sido señaladas por LUHMANN, entre otras ocasiones, pero principalmente, en «Función y causalidad», pp. 12-13, y en «Método funcional y teoría de sistemas», p. 52; ambos publicados en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973. Sobre el particular, también NAVAS, *La teoría...*, 1989, pp. 80 ss.

propone formular una distinción entre *teoría* y *método funcional*.⁴⁴⁶ Con esa distinción, según el autor, se puede liberar al *método* funcional de la correspondiente *teoría* sustantiva (donde puede ser más o menos relevante la relación de causalidad).

Adviértase lo siguiente: LUHAMANN no pretende desconocer la potencial relevancia que, para una teoría sustantiva, puede tener una determinada relación de causalidad; lo único que pretende, a decir verdad, es quitarle su papel protagonista en relación al método; para el análisis comparativo del funcionalismo de las equivalencias, dicha relación queda desplazada a la periferia.

Para poder llevar a cabo esa tarea, LUHMANN formaliza la noción de función, desligándola de su previa vinculación con la noción de efecto útil. Tomando como punto de apoyo a la filosofía conceptual de CASSIRER, propone adoptar un concepto de función distinto, acercándolo a la idea de *función enunciativa*, proveniente de la lógica proposicional.⁴⁴⁷ Una función enunciativa, vale recordar, es un enunciado abierto, compuesto por un predicado y un objeto directo que representan, respectivamente, la constante y la variable de la función. Para LUHMANN, y ganar en precisión justifica la cita:

*«La función es una relación de variables, es decir, de denominaciones para valores intercambiables. [...] La 'x' de la función "x es azul" puede ser ocupada por el cielo, el mar, la violeta, etc. sin que se modifique el valor de verdad de la función [...] Desde el punto de vista "es azul", el cielo, el mar y la violeta son funcionalmente equivalentes. La función es un esquema regulativo de una pluralidad de posibilidades equivalentes».*⁴⁴⁸
*«La función no es ningún efecto a producir, sino un esquema lógico regulador que organiza un ámbito comparativo de prestaciones equivalentes. Caracteriza una posición especial a partir de la cual pueden ser comprendidas en un aspecto unitario diversas posibilidades».*⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ La teoría y el método son cuestiones que deben distinguirse, tanto en relación a los parámetros para su confirmación o falsación, como también respecto al grado de abstracción que presentan. En efecto, demostrar la falsedad de una teoría no implica necesariamente falsear el método con el que opera, así como tampoco la teoría necesita alcanzar el mismo grado de abstracción que el método. Las consideraciones metodológicas de LUHMANN, prácticamente en su totalidad, están contenidas en tres trabajos científicos publicados a mediados del siglo pasado: LUHMANN, «Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft», *Verwaltungsarchiv* (49), 1958, pp. 97 ss.; «Función y causalidad» y «Método funcional y teoría de sistemas», ambos en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973.

⁴⁴⁷ LUHMANN, «Función y causalidad», pp. 12-13, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973. Véase también BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, 1974, pp. 56 ss.

⁴⁴⁸ LUHMANN, *Verwaltungsarchiv* (49), 1958. En este caso, he tomado la traducción realizada por NAVAS, *La teoría...*, 1989, p. 50. Véase también LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, pp. 20-21.

⁴⁴⁹ LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 20. Dado que aquí la función es un esquema regulador de sentido y para evitar confusiones terminológicas, nótese que durante la primera parte de este trabajo (y al momento de establecer el concepto dogmático de pena), hemos hablado de *prestación* y no de función (de la pena retributiva).

En este sentido, una vez eliminada su connotación efectista y formalizada como una proposición abierta, la función se vuelve un *esquema regulador* de ciertas posibilidades que entran en comparación.⁴⁵⁰ Formalizar la función, según el sociólogo, nos provee de un concepto con mayor capacidad de rendimiento metodológico: se abre un ámbito comparativo de equivalencias respecto al punto de referencia elegido por el investigador. Así las cosas, una vez estabilizado el predicado como punto de referencia (la constante), se hace posible reemplazar la variable indeterminada 'x' por diferentes valores, dando lugar a un *enunciado cerrado*.

En el ejemplo: la constante o predicado del enunciado está representada por la propiedad «*es azul*»; tal propiedad se atribuye a (se predica de) la variable 'x', que es el objeto directo del enunciado. Si reemplazamos esa variable 'x' por el sustantivo '*cielo*', el enunciado queda cerrado del siguiente modo: «*el cielo es azul*»; si la reemplazamos por el sustantivo '*auto*', se obtiene el enunciado cerrado «*el auto es azul*», etc.

Una vez asignado determinado contenido a la variable, se obtiene una proposición concreta de la cual podemos predicar, a partir de una teoría sustancial, el valor de verdad o falsedad. Para realizar esa comprobación, dependiendo del ámbito científico en el que se haga uso del método comparativo, es posible que sea necesario recurrir a una determinada relación de causalidad. Pero eso no representa aquí un problema pues, ya adelantamos, LUHMANN no pretende prescindir completamente del potencial explicativo de la relación de causalidad, sino degradar su relevancia para el *método comparativo*.⁴⁵¹ En definitiva, modificar el concepto de función permite a LUHMANN desplazar a la relación de causalidad del centro de la escena, ubicándola en la periferia del análisis: el objetivo primordial no es la comprobación de la (supuestamente invariable) relación causa-efecto; a decir verdad, en el ámbito social, esto es prácticamente imposible. La relación de causalidad se concibe, a partir de ahora, como una aplicación auxiliar del método comparativo del funcionalismo de las equivalencias, y no a la inversa. Con ello, el sociológico ha dado un giro teórico importante: mientras el funcionalismo de la causalidad entiende a la función como una aplicación concreta de la relación causa-efecto, el funcionalismo de las equivalencias concibe a esa relación como una mera aplicación auxiliar de un método comparativo. En palabras de LUHMANN:

«*No se trata de mostrar una antinomia entre la investigación funcional y la causal [sino que] se aspira a una inversión de las relaciones de fundamentación [...]: la función no es*

⁴⁵⁰ BRINGEWAT, *Funktionales Denken...*, 1974, p. 64.

⁴⁵¹ Véase, al respecto, GALINDO, en DE LA GARZA TOLEDO/LEYVA (eds.), *Tratado...*, 2012, p. 392, nota 10: «[esto] no quiere decir que el esquema causal desaparezca del análisis científico. Sin embargo, ante la imposibilidad de establecer una correlación causal definitiva, la relación entre causas y efectos debe dejar de ser el objeto de la comprobación para convertirse en mero apoyo metodológico [...]».

[un efecto a producir y, por tanto, no es] *una especie peculiar de la relación causal, sino que la relación causal es un caso de aplicación del orden funcional*».⁴⁵²

Así las cosas, si el contenido concreto con el que hemos reemplazado la variable 'x' transforma el enunciado en verdadero, entonces ese contenido pasa a formar parte de aquello que se denomina «*universo del discurso de la función proposicional*». En el ejemplo mencionado, las variables 'cielo' y 'auto' formarían parte del universo del discurso, mientras que el sustantivo 'color rojo', por definición, quedaría fuera. El universo del discurso estará compuesto, entonces, por todas aquellas posibilidades que puede adoptar la variable 'x' y que hacen del enunciado una afirmación verdadera.

3.2. *El funcionalismo de las equivalencias. Lineamientos generales de un método comparativo*

Formalizar el concepto de función permite a LUHMANN tomar la noción de equivalencias funcionales (introducido inicialmente por MERTON) y elevarla a la categoría de principio metodológico; con ello, da lugar al «*funcionalismo de las equivalencias*».⁴⁵³ Este “nuevo” funcionalismo de las equivalencias no constituye (a diferencia del anterior) una verdadera teoría, sino un *método* para realizar un análisis comparativo entre diferentes alternativas de solución respecto de un determinado problema de referencia (cada alternativa es una respuesta posible pero no necesaria frente a ese problema de referencia).⁴⁵⁴ El centro del análisis funcional, por tanto, no pretende explicar cuál es la esencia de una alternativa estructural –la relación con el problema de referencia no es considerada a partir de sí misma– sino como hilo conductor para un análisis comparativo.⁴⁵⁵ En sus palabras, el funcionalismo es un *método comparativo* que

«[...] *utiliza las relaciones con el fin de concebir lo dado como contingente y lo diferente como comparable. Refiere lo dado [...] a puntos de vista de problema e intenta hacer comprensible [...] que el problema pueda resolverse de una u otra manera. La relación entre el problema y su solución no se pretende por sí misma, sino que sirve más bien*

⁴⁵² LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, pp. 24-25.

⁴⁵³ LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, p. 23; MICHAELS, en REINMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford...*, 2006, pp. 356 ss.

⁴⁵⁴ BRINGEWAT, *Funktionales Denken...*, 1974, pp. 62 ss.

⁴⁵⁵ Cuando optamos por resolver un determinado problema a través de una específica solución, excluimos todas las demás alternativas posibles de solución de ese mismo problema. LUHMANN analiza la solución elegida a la luz de las demás soluciones que hemos dejado de lado: compara una solución con otra para ver qué tienen en común y qué de diferente. En sus términos: se trata de encontrar la similitud en la diferencia.

*como hilo conductor en la búsqueda de otras posibilidades, de equivalentes funcionales».*⁴⁵⁶

En el funcionalismo de las equivalencias, dado que la función no es un efecto a producir sino un esquema regulador para establecer vínculos entre una institución (la variable) con un determinado problema de referencia (la constante), el primer paso consiste, lógicamente, en la identificación de ese problema de referencia.⁴⁵⁷ Este paso es fundamental: solo así se puede construir el punto pivote o elemento invariable de la función proposicional y en relación al cual serán comparadas las variables. Dicho de un mejor modo: la identificación del problema de referencia constituye el *tertium comparationis*, el punto fijo que, *ceteris paribus*, permite considerar a los institutos comparados como funcionalmente equivalentes. Sin *tertium comparationis* no hay comparación posible y, por tanto, tampoco podemos indagar qué otras posibilidades (funcionalmente equivalentes) existen para la solución de ese problema de referencia.

Para ello, debe recordarse lo establecido en el punto anterior: la función no es más que un esquema regulador, una categoría puramente formal de un *método* comparativo. Para que dicho método pueda trabajar, es evidente que debemos dotar de contenido a las variables y a la constante de la función (proposicional) y, para ello, es necesario recurrir a una *teoría* de carácter sustancial.⁴⁵⁸ En definitiva: determinar el problema de referencia no es una tarea que pueda ser hecha en el vacío, sino que requiere de una teoría que, en este sentido, complemente el método.

Una vez fijado el problema de referencia, obtenemos el enunciado abierto ('x' es azul) y, por ello, el segundo paso consiste en reemplazar la variable ('x') con otras alternativas, es decir, establecer hipótesis de equivalencias funcionales. Aquí se trata de analizar si es posible modificar algún elemento del instituto originario o bien sustituir ese instituto por otro, sin alterar la relación que este mantiene con el problema de referencia (o, en caso de haberlo sustituido, analizar si ambos mantienen una relación idéntica). Por supuesto, debe advertirse, una relación de equivalencia funcional entre dos variables no significa que ambas se consideren idénticas (recuérdese: se trata de encontrar la similitud *en* la diferencia). Dicha relación de equivalencia funcional solo implica que ambas variables forman parte del «universo del discurso» con el que se

⁴⁵⁶ LUHMANN, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, 1998, p. 71. La literalidad de la nota ha sido tomada de NAVAS, *La teoría...*, 1989, p. 52), pues su formulación me parece más clara.

⁴⁵⁷ Dada la orientación constructivista de LUHMANN, más que de identificación del problema, sería más adecuado hablar de *construcción* del problema de referencia. La distinción es teóricamente importante, pero, a los efectos aquí perseguidos, puede ser pasada por alto.

⁴⁵⁸ A esa cuestión dedicó LUHMANN el último de los trabajos metodológicos mencionados, en el que establece las líneas directrices para complementar el método funcional con la teoría de los sistemas sociales. Aquí explica cómo la teoría de los sistemas sociales se complementa con el método funcional mediante la construcción de un problema (la complejidad social) y el establecimiento de un punto de referencia crucial: la reducción de la complejidad. Véase al respecto GALINDO, en DE LA GARZA TOLEDO/LEYVA (eds.), *Tratado...*, 2012, pp. 388 ss.

puede completar la función proposicional; pues en relación a *ese* específico problema de referencia (¡y solo en relación a él!), presentan una vinculación similar.⁴⁵⁹

Somos conscientes del carácter genérico de las consideraciones realizadas acerca de un tema complejo como es el funcionalismo. A pesar de ello y en el marco de esta investigación, no podemos extendernos más sobre esta cuestión, pues nos desviaría nuestro objetivo principal. Sin embargo, espero que lo dicho hasta ahora haya sido suficiente para hacernos con una idea general acerca de cómo trabaja el funcionalismo de las equivalencias. A decir verdad, eso es todo lo que necesitamos para poder analizar, en el ámbito del Derecho penal, si y cómo puede ser introducido este método. A ello dedicamos los Apartados siguientes.

III. EQUIVALENTES FUNCIONALES EN DERECHO PENAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL

En el ámbito jurídico-penal, la «*perspectiva funcionalista*» comenzó a recibir una atención importante a partir de la década de 1970.⁴⁶⁰ Los trabajos pioneros y más importantes en esta línea, hasta donde alcanzo, fueron realizados por AMELUNG, CALLIESS y BRINGEWAT. El primero de esos autores desarrolla un concepto de delito que muestra una clara influencia de la teoría de los sistemas sociales (desarrollada en el ámbito de la sociología por el funcionalismo sistémico). Aquí, el delito es un «*fenómeno social disfuncional*», un comportamiento contrario a una norma que, a su vez, es entendida como pauta necesaria para resolver los problemas de subsistencia de una sociedad dada. El Derecho penal, entonces, constituye un mecanismo de control o subsistencia social, en la medida en que ha sido diseñado para reaccionar frente a ese fenómeno disfuncional.⁴⁶¹ En una línea similar, CALLIESS comprende al Derecho penal en general como parte de un proceso dialógico institucionalizado que protege la seguridad de las expectativas de conducta y, de ese modo, «*preserva y genera oportunidades de comunicación y participación en la sociedad*» (su concepto de bien jurídico lesionado por el delito). En ese marco, la pena consiste en una «*modificación de las chances participación del condenado en el sistema social*».⁴⁶² El trabajo de

⁴⁵⁹ Para determinar esta cuestión, será necesario recurrir nuevamente a la teoría sustancial pues, como dijimos, dicha teoría nos permite establecer el «*universo del discurso*» de la función proposicional.

⁴⁶⁰ El uso que hacemos aquí del término «*perspectiva funcionalista*» es más restringido que el habitual en la ciencia penal. En efecto, normalmente se designa como «*concepción funcional*» en Derecho penal a la dogmática teleológica, es decir, a todas aquellas orientaciones teóricas que construyen sus categorías dogmáticas a partir de los fines atribuidos a la pena o al Derecho penal en general. De modo más restrictivo, aquí reservamos el término «*perspectiva funcionalista*» para hacer referencia a aquellos autores que introducen, en la ciencia penal, categorías conceptuales provenientes de la teoría de los sistemas sociales y el método del funcionalismo de las equivalencias.

⁴⁶¹ AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

⁴⁶² CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, 1974, pp. 143 ss. y 155 ss. Véase también, CALLIESS,

BRINGEWAT, por su parte, expone el potencial analítico de la perspectiva funcionalista en general, y del método del funcionalismo de las equivalencias en particular, hacia el interior de la disciplina jurídico-penal.⁴⁶³ Por último, a inicios de la década de 1980, la obra de JAKOBS representa la incorporación definitiva de la perspectiva funcionalista a la dogmática jurídico penal.⁴⁶⁴

La breve descripción del párrafo anterior pone de relieve que, en la ciencia jurídico-penal, la introducción de ciertas categorías conceptuales provenientes de la teoría de sistemas, la utilización del método funcional e incluso la idea misma de «equivalentes funcionales de la pena», no es algo precisamente reciente.⁴⁶⁵ Sin embargo, y a pesar de la enorme repercusión que ha tenido la obra del Prof. JAKOBS, esta última cuestión ha quedado, durante largo tiempo, prácticamente relegada al olvido.⁴⁶⁶ Por esa razón, a los fines de hacer un recuento acerca de la (breve) evolución que ha tenido la idea de equivalentes funcionales de la pena, creo que pueden distinguirse básicamente dos etapas. Una primera etapa germinal, en la que esta idea presenta un desarrollo teórico-sistemático bastante pobre y, como consecuencia, su aplicación práctica es más bien esporádica. La segunda de esas etapas, por el contrario, se caracteriza por presentar un desarrollo sistemático de esta herramienta y fue inaugurada por SILVA SÁNCHEZ (2018), quien estableció los primeros lineamientos teóricos para la ordenación, ubicación en la teoría del delito y extracción de consecuencias dogmáticas de los potenciales equivalentes funcionales de la pena.

1. Etapa germinal de los «equivalentes funcionales de la pena»

En 1974, BRINGEWAT realizó el primer acercamiento entre el método del funcionalismo de las equivalencias y la ciencia del Derecho penal. De hecho, este autor señaló con particular énfasis que, en el marco de nuestra disciplina, los campos especialmente propicios para aplicar este método comparativo eran [a] el sistema de propiedades del hecho punible, [b] el complejo de normas jurídico-penales y, en lo que aquí interesa, [c] la forma de sanción que denominamos, en sentido propio, pena.

Según este autor, la aplicación del método comparativo para el análisis de potenciales equivalentes funcionales a la sanción penal, podía tener lugar por dos vías distintas. Por un lado, el investigador puede preguntarse qué funciones efectivamente materializa la pena y, por otro, qué funciones debería materializar la pena. Ahora bien,

«Rechtstheorie als Systemtheorie», en JAHN *et al.* (eds.), *Rechtstheorie: Beiträge zur Grundlagendiskussion: Beiträge Zur Grundlagendiskussion*, 1971, pp. 142 ss.

⁴⁶³ BRINGEWAT, *Funktionales Denken...*, 1974.

⁴⁶⁴ JAKOBS, AT, 1983.

⁴⁶⁵ Para un análisis pormenorizado, BRINGEWAT, *Funktionales Denken...*, 1974, pp. 71 ss. y 113 ss.

⁴⁶⁶ Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, «La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante», *InDret* (1), 2019, pp. 1 ss.

independientemente de cuál sea la orientación elegida al momento de formular la pregunta, BRINGEWAT exige hacer una aplicación correcta del método comparativo y, para ello, destaca que el primer paso radica en establecer un determinado «*punto de referencia*». En este caso, dicho punto de referencia viene dado por la contribución que presta, para la solución de un determinado problema intra-sistémico, el castigo institucionalizado.⁴⁶⁷

Luego de ese primer acercamiento (que ha pasado prácticamente desapercibido en la doctrina alemana y española) la idea de los equivalentes funcionales fue introducida por JAKOBS en la primera edición de su Tratado.⁴⁶⁸ Esto no debería resultar sorprendente: es cierto que entre la teoría del Derecho penal de JAKOBS y la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN no es posible establecer una relación directa, pero la influencia de este último autor ha sido expresamente reconocida por el primero.⁴⁶⁹ JAKOBS entiende a la pena como una réplica, emitida frente al cuestionamiento de la norma y con el objeto de mantener la vigencia de esa expectativa de conducta que orienta el contacto social. Con ese punto de partida, parece lógico afirmar que el conflicto social, surgido a raíz del cuestionamiento de la norma, no necesariamente debe encontrar solución a través de la reacción punitiva. Brevemente: la pena es *una* respuesta social frente al delito, pero no es (ni puede ser) la *única* respuesta posible. En ese marco teórico y conceptual, JAKOBS parece comprender los equivalentes funcionales de la pena como todas aquellas respuestas posibles con que la sociedad reacciona, a título sustitutivo de la pena, frente al delito. Dicho de modo más preciso: en el modelo de JAKOBS, cualquier método alternativo que permita procesar el conflicto social generado a través del delito, es un equivalente funcional a la pena.⁴⁷⁰

Como puede advertirse, JAKOBS utiliza el término de equivalentes funcionales de la pena de forma extremadamente genérica. En ese modelo, tanto los institutos procesales como también los sustanciales pueden considerarse equivalentes funcionales de la eventual respuesta punitiva. En este sentido, el conflicto puede resolverse a través de la imposición de medidas de seguridad, de una condena de ejecución condicional, con la suspensión del juicio a prueba o la utilización de ciertos criterios de oportunidad procesal (a través de los cuales el Estado se abstiene de la persecución penal de delitos de bagatela o sobresee al acusado). En ciertas situaciones de justificación (p. ej., en casos de exceso o provocación de la legítima defensa) incluso el traslado del conflicto a

⁴⁶⁷ BRINGEWAT, *Funktionales Denken...*, 1974, p. 120 ss.

⁴⁶⁸ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 1/11. Resulta sorprendente que JAKOBS no haga referencia alguna a la obra de BRINGEWAT, en la medida en que esta constituye el producto de una tesis doctoral defendida en Bielefeld, donde LUHMANN ocupaba la plaza de catedrático.

⁴⁶⁹ Véase JAKOBS, *Sociedad...*, 1996, p. 16.

⁴⁷⁰ JAKOBS, *AT*, 1995, § 1/13 ss., 1/51, § 3/18

la esfera de responsabilidad de la víctima puede concebirse, para este autor, como un equivalente funcional de la pena.⁴⁷¹

Esta «*absoluta indiferenciación de instituciones*» en el marco de los potenciales equivalentes funcionales de la pena resulta, en el modelo de JAKOBS, ciertamente lógica. Como ya ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, si se radicaliza la idea de necesidad de pena, hasta el punto tal en que solo puede considerarse como delito aquello que es efectivamente castigado (y lo castigado es lo que resulta necesario para la estabilización de la vigencia de la norma), entonces «*toda las instituciones que deciden sobre la aplicación o no de la norma de secundaria serían equivalentes funcionales*».⁴⁷²

Al margen de esta indeterminación, la ausencia de un marco teórico sólido para desarrollar las consecuencias sistemáticas de esta categoría, fue denunciada rápidamente por cierto sector de la doctrina. En esta línea, BARATTA primero y MIR PUIG después, argumentaron que la fundamentación preventivo-integradora de la pena, al menos en la propuesta de JAKOBS, se había quedado por debajo de las posibilidades críticas que tenía la teoría de sistemas luhmanniana que la inspiraba. Y dicha escasa capacidad crítica se debía, en parte, al hecho de no haber tomado suficientemente en serio la posibilidad de que una misma función pueda ser cumplida por instituciones diversas.⁴⁷³ Y es que, a decir verdad, ni JAKOBS ni la doctrina alemana en general han desarrollado esta categoría de modo mínimamente sistemático. Más bien al contrario: hasta no hace mucho, la utilización del método comparativo provisto por el funcionalismo de las equivalencias, al menos en el marco del Derecho penal, había caído en el olvido. Como consecuencia, el uso que se le ha dado a esta categoría conceptual por parte de la doctrina contemporánea y en esta etapa pre-sistemática, ha sido extremadamente esporádica y aislada.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ JAKOBS, *AT*, 1995, § 1/13.a. Esto último no debería sorprender: debe recordarse que, en el modelo de este autor, la culpabilidad es pura necesidad de pena. Si disminuye la culpabilidad, es porque ha disminuido la necesidad de pena por haberse solucionado el conflicto a través de una respuesta social distinta.

⁴⁷² SILVA SÁNCHEZ, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral...*, 2004, p. 23.

⁴⁷³ BARATTA, «Integración-prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Revista Doctrina Penal* (8-29), 1985, pp. 9 ss.; MIR PUIG, *El Derecho penal...*, 1994, p. 138. Véase también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, pp. 169 ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa* (23), 2000, pp. 300 ss.

⁴⁷⁴ En la doctrina española, destaca SILVA SÁNCHEZ, *InDret* (3), 2014, EL MISMO, *En busca...*, 2015, pp. 47 ss. y 73 ss., EL MISMO, «Restablecimiento del Derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB* (47-127), 2016, pp. 495 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, p. 100; GALAIN PALERMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, 2010, pp. 336 ss.; EL MISMO, «Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal», *Revista Penal* (30), 2012, pp. 13 ss.; TOSCANO TINOCO, «Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal

A pesar de las críticas mencionadas, es preciso reconocer mérito a BRINGEWAT por haber incorporado el método del funcionalismo de las equivalencias al Derecho penal, pero también a JAKOBS por haber difundido la idea de los equivalentes funcionales de la pena. Hasta donde alcanzo, fueron sus contribuciones las que motivaron a otros autores, en el ámbito de la dogmática del hecho punible, a utilizar el término de equivalentes funcionales de la pena.

2. El desarrollo de los «equivalentes funcionales de la pena»

Como destacamos al inicio de este Apartado, la contribución decisiva en esta materia de ha sido realizada por SILVA SÁNCHEZ. El Capítulo III de su obra más reciente («*Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*») constituye, hasta la fecha, la teorización más lograda sobre los equivalentes funcionales de la pena. Las breves consideraciones que siguen solo tienen por objeto delinear los puntos centrales de esa contribución, pues estos configuran, junto con las ideas expuestas en el Apartado precedente, las bases sobre la que desarrollaremos el modelo de equivalentes funcionales de la pena retributiva.

El punto de partida del Prof. SILVA SÁNCHEZ radica en distinguir, hacia el interior del concepto de pena, dos dimensiones funcionales distintas, a saber, el plano simbólico-comunicativo y el plano fáctico-aflictivo; así como tres propiedades *estructurales* básicas: carácter estatal, autoritativo y reactivo. Esta premisa conceptual sobre la pena parece encontrar, en su modelo, un coherente reflejo en su concepto de delito, en la medida en que este también posee una doble dimensión. Por un lado, de carácter vertical, como lesión del Derecho en cuanto Derecho; y, por el otro, de carácter horizontal, como ruptura de la relación interpersonal o de reconocimiento recíproco entre autor y víctima.⁴⁷⁵

Respecto de esas dimensiones cabe destacar que, en su modelo y según creo, el plano simbólico-comunicativo posee cierta preeminencia respecto del plano aflictivo. La pena, sostiene el autor, «*se asocia sustancialmente a la inflicción por el Estado de un mal simbólico-comunicativo al agente responsable de un delito, a quien este se le reprocha jurídicamente. [...] Solo accidentalmente, por razones derivadas de las específicas necesidades de comunicación [...] cabe que sea preciso añadir a aquel mal puramente comunicativo un mal adicional*».⁴⁷⁶ En mi opinión, esto explica el hecho de que, cuando se pueda predicar una equivalencia total de la dimensión funcional comunicativa, la consecuencia es la no imposición de pena. En cambio, cuando se trata de una

y visión crítica», *RDPyC* (3-10), 2013, pp. 237 ss. En la doctrina alemana, JAKOBS, «La pena como reparación», en REYES ALVARADO *et al.* (coord.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 340; AMLEUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 205 ss.

⁴⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB* (47-127), 2016, p. 497; similar, EL MISMO, *En busca...*, 2015, pp. 157 ss.

⁴⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 113-114.

equivalencia funcional total de la dimensión aflictiva, la pena se impone, pero no se ejecuta.

Una vez establecidas las dos dimensiones funcionales y las propiedades estructurales de la pena estatal, se introducen algunas precisiones en relación con la idea de equivalencia funcional. Aquí y en mi opinión, el aporte decisivo radica en que SILVA SÁNCHEZ ha identificado el núcleo del método originalmente propuesto por LUHMANN: la equivalencia funcional es una *similitud* que, a través de un análisis comparativo, se predica entre dos institutos determinados con relación a un determinado punto de referencia. Esta precisión terminológica es fundamental para evitar confusiones: cuando se afirma que un determinado instituto puede considerarse funcionalmente equivalente respecto de (alguna de las dimensiones de) la pena estatal, no se trata establecer una relación de identidad entre ambas cuestiones comparadas, sino de encontrar la similitud *en la diferencia*.

En un ejemplo proporcionado por SILVA SÁNCHEZ: «[e]n el Código penal español se considera que las condenas dictadas en otros países de la Unión Europea son equivalentes funcionales de la condena nacional **a efectos de la reincidencia**. Sin embargo, tales condenas no se consideran equivalentes funcionales de la condena española [...] en relación con la incidencia del principio de *non bis in idem*».⁴⁷⁷

En el caso de la pena y de modo coherente con el concepto funcional previamente establecido, ese punto de referencia viene dado por los «efectos» o «funciones» que cada una de las dimensiones mencionadas (comunicativo-aflictiva) genera o materializa. En palabras del autor: los equivalentes funcionales de la pena consisten en «*fenómenos posteriores a la comisión del injusto culpable directamente relacionados con este, que parecen cumplir fines similares a los propios de alguna de las dos dimensiones – comunicativa y fáctica– de la función de la pena*».⁴⁷⁸

Como se advierte, para SILVA SÁNCHEZ, es la propia *función* de la pena estatal la que presenta dos dimensiones distintas. Por un lado, y conforme con la preeminencia del plano simbólico-comunicativo que hemos destacado en el marco del concepto, la función sustancial de la pena es la simbólico-comunicativa, es decir, «*la del restablecimiento del Derecho lesionado por el delito*». Por otro lado, la pena tiene también ciertas «*funciones accidentales en el plano de la psicología individual y social*» y para cuyo cumplimiento se puede requerir «*el mal consistente en la privación o restricción de derechos*».⁴⁷⁹

A partir de estas premisas, aquí brevemente resumidas, el autor propone un esquema organizativo de determinados hechos o circunstancias, posteriores a la realización de un

⁴⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 118. El destacado me pertenece

⁴⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 118.

⁴⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 122.

injusto culpable, respecto de los cuales podría predicarse esa relación de equivalencia funcional. Dado que esta ordenación constituye la base del criterio clasificatorio propuesto en esta investigación, sería sobreabundante hacer una consideración detallada aquí.⁴⁸⁰ Basta mencionar que dicha clasificación se asienta en cuatro criterios distintos: concurrencia de alguna similitud estructural, dimensión de la pena respecto de la cual se predica la equivalencia funcional, grado de dicha equivalencia y el carácter institucionalizado (legislado) del instituto.

Por último, SILVA SÁNCHEZ establece algunas líneas directrices para la correspondiente ubicación sistemática de esos equivalentes funcionales de la pena. Para ello, la clave está en advertir que nos encontramos ante comportamientos o circunstancias posteriores a la comisión del injusto culpable, de modo que su ubicación sistemática siempre quedará por fuera de esas categorías dogmáticas. En esta medida, dependiendo de cuál sea la dimensión de la pena respecto de la cual se predique la equivalencia funcional, dicha ubicación puede recaer en sede de *punibilidad* o en otra categoría, propuesta y denominada por el autor, como «*causas de exclusión de la ejecución de la condena*». Esta última agruparía todas «*aquellas situaciones que ponen de relieve la innecesariedad de la dimensión específicamente aflictiva de la pena. Esta innecesariedad determina [que] la pena privativa de libertad [...] no deba ser ejecutada, deba serlo solo de modo parcial o, en fin, lo sea de modo no aflictivo*».⁴⁸¹

En el modelo presentado en esta investigación, adoptamos un concepto funcional de pena retributiva en el que la dimensión aflictiva de las acciones punitivas queda integrada entre las propiedades estructurales de la pena (representa un mecanismo contingente para la correcta expresión del reproche formulado).⁴⁸² Como consecuencia, el sentido que concedemos al término «equivalentes funcionales» es más restringido o limitado y se producirán algunas variaciones. Por esa razón, muchos de los casos que SILVA SÁNCHEZ identifica como potenciales equivalentes funcionales (linchamientos, retorsión o abusos policiales, entre otros) no podrán considerarse como tales. En relación a los casos mencionados en el párrafo precedente, creo que podrían calificarse –si se quiere– como equivalentes funcionales en sentido impropio. En efecto, aquí se trata de modificar o reemplazar, en el propio concepto de pena retributiva, algunas de sus propiedades estructurales (y no de *reemplazar* la reacción punitiva por otro comportamiento distinto). Sobre esto, volveremos en el Apartado siguiente.

Finalmente, corresponde destacar que el trabajo realizado por SILVA SÁNCHEZ no solo ha motivado la realización de esta investigación, sino también algunos trabajos recientes de otros autores. En particular, pueden destacarse aquí las contribuciones de RAGUÉS I VALLÈS, quien analiza la posibilidad de considerar a la prisión preventiva y el

⁴⁸⁰ Véase, *infra*, Apartado IV, punto 6 (pp. 182 ss).

⁴⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 117-119.

⁴⁸² Véase, Capítulo III, Apartado III, punto 5.

transcurso del tiempo como potenciales equivalentes funcionales de la pena.⁴⁸³ Sobre estas consideraciones, sin embargo, no podemos entrar ahora. El objetivo de este Apartado es, simplemente, poner de relieve el estado de la discusión relativa a los equivalentes funcionales en Derecho penal. Y es que, a pesar de que se trata de una herramienta teórica poco desarrollada, las contribuciones destacadas han sido fundamentales para el desarrollo de esta investigación. En el Apartado siguiente, intentaremos delinear un modelo teórico para la identificación, clasificación y extracción de consecuencias sistemáticas de los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva.

IV. EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA RETRIBUTIVA

En el Apartado II de este Capítulo, repasamos las líneas centrales del funcionalismo de las equivalencias: se trata de un método comparativo que, en el ámbito del Derecho, permite observar determinados institutos jurídicos a la luz de su carácter contingente y variable (sin necesidad de hacer foco exclusivamente en descubrir su esencia). El objetivo radica, entonces, en analizar un instituto a partir de las similitudes y diferencias que este presenta respecto de otro, con el cual lo comparamos a la luz de un determinado problema de referencia. Para decirlo de un modo preciso: si en un concreto ordenamiento jurídico, tomamos como problema de referencia 'α', respecto del cual la institución jurídica 'p' mantiene la clase de relación 'β', todas las demás instituciones jurídicas (q, r, s,) que mantengan, con ese mismo problema de referencia 'α', una relación del tipo 'β', pueden considerarse funcionalmente equivalentes a 'p'. La *equivalencia funcional* es, entonces, una clase muy específica de *similitud*, a saber: aquella que presentan dos institutos cuando son comparados entre sí respecto de la relación que ambos mantienen con un mismo problema de referencia. El objetivo está, para decirlo con LUHMANN, en hallar la similitud *en* la diferencia.

Ahora bien, si volvemos nuestra atención hacia las conclusiones obtenidas en la primera parte de esta investigación, en particular, la estructura conceptual de la pena retributivo-comunicativa, nos encontramos con una herramienta particularmente propicia para aplicar este método comparativo. En efecto, en el Capítulo III pusimos de relieve que, para obtener un concepto útil de la pena estatal, necesitamos introducir en él determinados elementos normativos y valorativos (muchos de los cuales solo pueden extraerse a partir de una teoría sobre la justificación de las acciones punitivas). Establecimos también que ese contenido necesita de una cierta estructura conceptual en la cual ordenarse, pues resulta insuficiente limitarnos a mencionar propiedades (como si

⁴⁸³ RAGUÉS I VALLÉS, «¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena», *InDret* (3), 2020 pp. 112 ss.; EL MISMO, «El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena», en GARCÍA CAVERO, *Derecho penal y persona. Libro homenaje a Silva Sánchez*, 2019, pp. 61 ss.

se tratara de requisitos yuxtapuestos); dichas propiedades, dijimos, deben quedar vinculadas a través de un principio regulador de sentido. A partir de allí, nos inclinamos por formular un concepto de pena con una estructura trimembre. En primer lugar, dimos cuenta del conjunto de propiedades que forman el *sustrato* del concepto (que pueden ser más o menos contingentes, o incluso considerarse indispensables). Esas propiedades, sin embargo, no pueden expresar por sí mismas –tampoco en conjunto– sentido punitivo alguno (el *ser* del sustrato, en su pura indeterminación, no comunica nada). Para que esas propiedades adquieran sentido punitivo es necesario incorporar, en segundo término, el principio regulador del merecimiento de reproche. Por último, un concepto de pena retributivo-comunicativa debe contener también la dimensión ilocucionaria de toda formulación de reproche merecido. A este elemento, le denominamos prestación retributiva y viene dado por la confirmación dinámica del Derecho en tanto orden efectivamente practicado. A partir de esta estructura compleja (trimembre), y en los términos del método comparativo propio del funcionalismo de las equivalencias, es necesario establecer entonces cuál es el problema de referencia y cómo contribuye a su solución aquello que llamamos prestación retributiva. Solo así podremos comenzar la búsqueda de posibilidades funcionalmente equivalentes.

1. El problema de referencia

En el Apartado II, establecimos que el primer paso para aplicar este método comparativo radica en la identificación de un determinado problema de referencia. Solo así podremos contar con el *tertium comparationis* (la constante de la función proposicional) respecto del cual analizar las alternativas funcionalmente equivalentes. Para esta tarea, dijimos, no se puede operar en el vacío: se requiere de una teoría sustancial que complemente el método comparativo. Dado que aquí se trata de identificar los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva, parece evidente que, para determinar nuestro problema de referencia, es necesario recurrir a la teoría de la pena oportunamente desarrollada. Solo allí encontraremos el problema de referencia a cuya solución contribuyen las acciones punitivas del Estado. Por lo tanto, es necesario retomar aquí algunas de las conclusiones adoptadas en la primera parte de esta investigación.

En primer término, cabe recordar que, en un Estado democrático de Derecho, todo ordenamiento jurídico liberal queda asentado sobre el siguiente axioma fundamental: el reconocimiento de la persona en Derecho (en tanto agente capaz de autodeterminación) y su proyección en el binomio sinalagmático *libertad-responsabilidad*. En este modelo, dijimos, la libertad de voluntad es un presupuesto programático, una capacidad atribuida al ciudadano para garantizar espacios libres de actuación (donde ejercer esa autodeterminación) y exigirle responsabilidad reactiva por las consecuencias. En el concreto marco de la praxis jurídico-penal, la promulgación de una norma de

comportamiento es un fenómeno que, en virtud de esa libertad de autodeterminación que posee el agente, divide el mundo del destinatario en dos alternativas posibles: *cumplimiento vs. incumplimiento*. En este sentido, toda norma de comportamiento posee, por definición, un carácter esencialmente contingente, pues su cumplimiento es una mera posibilidad; dicho a la inversa: toda norma jurídica es, por su naturaleza misma de norma, susceptible de ser infringida. No puede ser de otra manera pues, en la medida en que el Derecho es también lenguaje, «*el objeto de un acto directivo [una norma de comportamiento], como el de una promesa, debe ser [...] un acto futuro, posible y contingente*».⁴⁸⁴

Este carácter contingente de toda norma de comportamiento resulta completamente independiente de que esa norma se conciba como *directiva* de conducta o como una *expectativa* de conducta institucionalizada. Y es que esta aparente contraposición, a decir verdad, es una relación de complemento. En la praxis jurídica, los participantes quedan vinculados a través de posiciones correlativas; se trata de deberes y derechos recíprocos. La emisión de una norma implica, en este sentido y desde el punto de vista de los destinatarios de la misma, el establecimiento de dos posiciones normativas complementarias: la imposición de un *deber* (para *alter*) es la contracara de la *expectativa* de su cumplimiento (para *ego*). Para decirlo con un ejemplo de SILVA SÁNCHEZ: solo en la medida en que mi co-interviniente (*alter*) tiene el deber de detenerse frente a la luz roja, puedo yo (*ego*) alegar que tengo el derecho a cruzar la calzada y que mi expectativa de no ser arrollado se conserve contra-fácticamente.⁴⁸⁵

En segundo término, advertimos también lo siguiente: el carácter contingente del fenómeno normativo no impide que el Derecho tenga, en términos generales, un éxito indudable. Y es que, si se prescinde de las evidentes diferencias, la inmensa mayoría de las sociedades jurídicamente organizadas (en el marco de un Estado democrático de Derecho), gozan de cierta estabilidad. En este sentido, parece poco controversial el afirmar que una sociedad gobernada por el Derecho, no es más que una expresión indubitable de que [a] las infracciones normativas son un fenómeno aislado y extremadamente excepcional, mientras que [b] el cumplimiento generalizado de las normas es aquello que se ha «*impuesto –aunque sea de forma incompleta– en la*

⁴⁸⁴ DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, 2019, p. 71. Sobre el particular, con mayores referencias, SEARLE, *Actos de habla*, 1994, pp. 62 ss.

⁴⁸⁵ Véase, con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones...*, 2003, p. 29; EL MISMO, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 584 ss. Esto presupone que las normas son algo más que un mero manual de instrucciones y que su dimensión directiva de la conducta no puede ser menospreciada. PEÑARANDA RAMOS, *Doxa* (23), 2000, pp. 314 ss. De hecho, se ha destacado que la idea de rol social no puede ser entendida, exclusivamente, como un «*cúmulo de expectativas sociales*» sino que, desde la perspectiva inversa, «*el rol es un cúmulo de orientaciones de conducta*». En definitiva: «*las estructuras de expectativas son estructuras mediante las que se orienta la conducta de los partícipes de la vida social*». Véase PIÑA ROCHEFORT, «*Rol social...*», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal*, t. II, 2003, p. 43; LUHMANN, *Introducción a la teoría de sistemas...*, 1996, pp. 238 ss.

realidad social». ⁴⁸⁶ Para decirlo brevemente: el Derecho, a pesar de su contingencia, se ha transformado en un mecanismo idóneo para organizar y garantizar espacios de libertad.

A partir de las dos premisas anteriores, creo que ya puede advertirse hacia dónde nos dirigimos. El problema de referencia de toda praxis jurídico-penal puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que el Derecho, cuyas normas de comportamiento son siempre susceptibles de ser infringidas, constituya el mecanismo predilecto para organizar y garantizar nuestros espacios de libertad? Con PAWLIK: «*el hecho de que la normatividad tenga éxito pese a su debilidad frente a las lesiones es, sobre todo, sorprendente y requiere una explicación*». ⁴⁸⁷

2. El cumplimiento de la norma como mecanismo para poner en concordancia el concepto y la existencia del Derecho

Una vez establecido nuestro problema de referencia, es necesario preguntarse, en general, cuál es mecanismo mediante el cual se disminuye esa contingencia y, en particular, cuál es el papel que juega el Derecho penal a este respecto. Si bien es cierto que para esta pregunta existen múltiples respuestas, no todas pueden ser de recibo en esta investigación. Como pusimos de relieve en el Capítulo precedente, una visión *feuerbachiana* del Derecho penal debe ser aquí rechazada: el enunciado legal que habilita el ejercicio de una facultad punitiva (en tanto reflejo del deber de soportar la acción punitiva que impone sobre el ciudadano), no puede concebirse como una amenaza destinada a asegurar, mediante coacción psicológica, el cumplimiento de los deberes originariamente impuestos por las normas de comportamiento. ⁴⁸⁸

Por un lado, ese modelo contradice nuestras premisas de partida: ¿qué sentido tendría asumir (como axioma de toda juridicidad) la libertad de voluntad y autodeterminación del ciudadano si, en verdad, el cumplimiento de los deberes normativos solo se obtendrá de forma coactiva? Si el cumplimiento de los deberes jurídicos se pretendiera garantizar, exclusivamente, a través de la coacción estatal, deberíamos implantar un Estado de vigilancia total (incompatible con el reconocimiento de la libertad del ciudadano). Por otro, parece evidente que el seguimiento del Derecho no puede depender exclusivamente del efectivo ejercicio del *ius puniendi*, pues dicho ejercicio solo tiene lugar frente al quebrantamiento de la norma. Dicho quebrantamiento, dijimos, es algo más bien excepcional.

En la primera parte de esta investigación, por el contrario, afirmamos que el Derecho constituye una praxis colectivamente construida; y eso no puede lograrse –por principio

⁴⁸⁶ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 35.

⁴⁸⁷ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 35.

⁴⁸⁸ Véase Capítulo III, Apartado III, punto 2.3 (pp. 106 ss.).

general— mediante coacción de individuos amenazados, sino mediante el cumplimiento *libre y voluntario* de las normas de comportamiento.⁴⁸⁹ En este sentido, la construcción de un clima de reconocimiento mutuo e inclusivo, en el marco del cual se pueden asegurar tanto los derechos formales como las condiciones materiales necesarias para ejercerlos, no puede quedar librado exclusivamente a la coacción institucional; en ello, juega un papel fundamental la colaboración del ciudadano.⁴⁹⁰ Según creo, para quien conciba al Derecho como una praxis colectivamente construida (un ordenamiento efectivamente practicado por ciudadanos responsables *ante y del* Derecho),⁴⁹¹ no es posible desconocer el importante rol que en ella desempeña el *cumplimiento* de las normas por parte del ciudadano.⁴⁹² Más bien al contrario: uno debería reconocer, en ese comportamiento conforme a la norma, la contribución ciudadana fundamental en esta praxis colectivamente construida.

En este sentido, establecimos en el Capítulo precedente que, al *acatamiento* de los deberes, se le atribuye un significado concreto y preciso. Brevemente: en la medida en que un agente comunicativamente relevante, a quien se considera destinatario de la norma, se comporta de la manera jurídicamente requerida por la misma, expresa una toma de posición favorable a la contribución ciudadana en la construcción de un estado de libertades.⁴⁹³ Esta atribución de sentido no debería resultar en modo alguno sorprendente pues, en la medida en que la emisión de una norma de conducta divide al mundo del destinatario en dos alternativas posibles (cumplimiento vs. incumplimiento), tanto quien infringe como quien acata, comunica algo. Quien ejecuta una acción conforme a lo requerido por el marco normativo, entonces, no hace más que reproducir

⁴⁸⁹ Los ciudadanos responsables *ante y del* Derecho no pueden concebirse como objeto de una estrategia exclusivamente coactiva, sino como intervinientes en un proceso comunicativo. La *Idea* del Derecho, en tanto ordenamiento efectivamente practicado, no es más que un producto de la voluntad libre de las personas que intervienen en su desarrollo. Véase Capítulo A-II (pp. 459 ss.).

⁴⁹⁰ En idéntico sentido, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo...*, 2019, pp. 163 ss. La *Idea* del Derecho no es más que la *existencia libre de la propia voluntad* de las personas que intervienen en su realización, pues los ciudadanos responsables *ante y del* Derecho no pueden concebirse como objeto de una estrategia profiláctica, sino como intervinientes en un proceso comunicativo.

⁴⁹¹ Similar, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, p. 84: «solo es libre una actitud de lealtad ciudadana que no sea jurídicamente coercible»; MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 52: «La consumación de la posibilidad del derecho —esto es, para decirlo con Hegel, la realización de su concepto en idea— depende de su concreción como orden efectivamente practicado, como ethos de una comunidad cuyos miembros identifican reflexivamente su voluntad particular con una voluntad que ahora se sabe general en tanto concretamente objetiva». En sentido contrario, MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1923, p. 35, nota 35, entiende que «el seguimiento de la ley, el hecho del comportamiento conforme a Derecho, no es más que un fenómeno sociológico y psicológico que no resulta objeto de la ciencia jurídica».

⁴⁹² En este sentido, lleva razón SÁNCHEZ-OSTIZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, 2018, p. 70, al insistir en la necesidad de «abrir la reflexión de la teoría del delito también a las acciones acordes con la norma».

⁴⁹³ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 44-45, en este sentido, señala: «cuando el ciudadano particular cumple con su deber de cooperación, realiza, como Hegel indica, su aportación a la organización del concepto de libertad».

«la vigencia de dicho marco».⁴⁹⁴ En función de lo anterior y a modo de *primera conclusión provisional*, bien puede afirmarse que el cumplimiento de la norma constituye el mecanismo *principal* (el motor) mediante el cual se pone en concordancia el concepto y la existencia del Derecho.

A esto se refiere también GERHARDT al afirmar que «*el ciudadano que actúa legalmente representa de forma ejemplar la vigencia de las leyes*»⁴⁹⁵ y, en nuestra lengua, SILVA SÁNCHEZ. Este autor ha insistido con particular fuerza en la relevancia jurídico penal del comportamiento conforme a Derecho como mecanismo de estabilización de expectativas normativas.⁴⁹⁶

3. Deber de cooperación, delito y deber de soportar la acción punitiva

Si bien es cierto que el éxito del Derecho —en tanto ordenamiento efectivamente practicado— depende, en mayor medida, del *cumplimiento* libre y voluntario de la norma, nuestro interés radica en establecer cuál es el aporte que, para solucionar ese problema de referencia, materializa la praxis jurídico-penal a través del ejercicio del *ius puniendi*. Para terminar de delinear el papel que corresponde al Derecho penal en esta cuestión, entonces, debemos avanzar a la pregunta siguiente: ¿qué sucede cuando el ciudadano quebranta la norma de comportamiento?

En este punto, resulta crucial retomar las afirmaciones que hemos hecho en el Capítulo III sobre el deber de cooperación, la acción delictiva y el deber de soportar la acción punitiva. En el marco de la teoría retributivo-comunicativa adoptada, dijimos, a toda acción delictiva se le atribuye el siguiente significado: se trata de una toma de posición *contraria* al (proto)deber de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades. Dicha toma de posición debe ser expresada, en lo que interesa a la praxis punitiva, mediante el quebrantamiento culpable de un deber jurídico-penal (impuesto por una norma de comportamiento legítima), pues este constituye el presupuesto operativo de la ley penal. Dicho de otro modo: solo este injusto culpable resulta objeto del juicio de reproche que, en Derecho penal, se materializa a través de la coacción punitiva.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, como sostuvimos oportunamente, la coacción retributiva no puede estar destinada a obtener el cumplimiento del deber originariamente impuesto por la norma de conducta infringida, pues el quebrantamiento de ese deber es el presupuesto operativo de la ley penal que habilita la facultad punitiva. El enunciado legal, entonces, solo puede habilitar el ejercicio del *ius puniendi* en la medida en que, como reflejo, haga recaer un deber materialmente distinto sobre el

⁴⁹⁴ SPAEMANN, *Zur Kritik der politischen Utopie*, 1977, p. 180

⁴⁹⁵ GERHARDT, *Partizipation: das Prinzip des Politik*, 2007, p. 343. La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 38.

⁴⁹⁶ Véase, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones...*, 2003, pp. 32-33.

agente responsable: el deber de soportar la punición. Dicho de modo sencillo: la relación que cabe predicar entre el deber originario de seguir la norma y el deber de soportar la acción punitiva, no puede ser más que una *relación sustitutiva*.

Esta relación sustitutiva, por último, solo puede tener sentido en la medida en que el ciudadano, en tanto interviniente de la praxis colectiva del Derecho, no quede desligado del proto-deber de cooperación al estado de libertades. Por el contrario: el deber de soportar la punición no es más que la forma concreta que adopta, luego de haber cometido un injusto culpable, ese deber de *contribuir* a la construcción colectiva del Derecho. Así las cosas, el deber de soportar la punición no es más que una novación material o de contenido que resuelve, a través de lo que hemos denominado *prestación retributiva* (o confirmación dinámica del Derecho), el mismo problema de referencia que el cumplimiento de la norma: la construcción del estado de libertades jurídicamente institucionalizado.⁴⁹⁷

Esta idea, en verdad, no es nueva: a esto se refería BINDING al afirmar que, una vez quebrantada la norma e infringido de modo «*inmodificable*» el deber impuesto, el Estado solo puede conservar su autoridad normativa recurriendo a la pena, en la medida en que esto le permite «*convertir los derechos impracticables en derechos practicables*». ⁴⁹⁸ Asimismo, MERKEL también señala que el delito, al infringir la obligación jurídica original, genera una *nueva obligación* (que ocupa el lugar de la anterior) en virtud de la cual el autor del hecho está obligado a tolerar la consecuencia jurídica (la acción punitiva). Y de hecho, según el mismo MERKEL, el cumplimiento de esta segunda obligación también está destinado a hacer valer los intereses reconocidos por la pretensión primaria.⁴⁹⁹ Recientemente, PAWLIK y MAÑALICH han desarrollado esta misma cuestión de manera particularmente gráfica. Según el último de los mencionados (quien sigue de cerca, en este punto, la obra de BINDING), ante el incumplimiento de la obligación originariamente impuesta por la norma de comportamiento, el enunciado legal sustituye esa obligación por una «*prestación equivalente consistente en tolerar la ejecución de la pena*». ⁵⁰⁰ El primero, con mayor énfasis y en diversas ocasiones, ha afirmado que:

⁴⁹⁷ Véase Capítulo III, Apartado III, punto 2.3 (pp. 106 ss.).

⁴⁹⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 3ª ed., 1965, p. 499.

⁴⁹⁹ MERKEL, *Derecho penal. Parte general*, pp. 177-178: «*Los culpables son aquí sujetos de una obligación jurídica, en virtud de la cual deben dejar caer sobre sí [...] estas consecuencias de los delitos. [...] Tal exigencia jurídica viene a colocarse en el lugar de aquella otra que el mismo delito contradice, y el conjunto de sus elementos debe ofrecer, [...], un equivalente de ésta. [...] Pero la obligación correspondiente aparece como una obligación, transformada, de cumplir aquellas pretensiones primarias*».

⁵⁰⁰ MAÑALICH, *Derecho y Humanidades* (16-1), 2010, p. 60; véase también SZCZARANSKI VARGAS, «El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa», *Revista Ius et Praxis* (21-1), 2015, pp. 171 ss.

«[c]on la lesión a su deber primario de lealtad, se modifica en realidad el contenido de la obligación del autor a un deber secundario: el autor tiene que tolerar ahora que a su costa se confirme la indisolubilidad del vínculo entre el disfrute de la libertad y la satisfacción del deber de lealtad». ⁵⁰¹ «El ciudadano que actúa conforme a la norma contribuye a la estabilización de un estado de libertad real... En el caso del delincuente se modifica el deber primario de cumplimiento en un deber secundario de tolerancia [...]». ⁵⁰² Y, finalmente, que «los tribunales, al confirmar la autoridad que la norma lesionada por el delincuente tiene para la autocomprensión de la comunidad jurídica, acaban produciendo la misma prestación que los ciudadanos cuyo comportamiento es, desde un principio, conforme a Derecho». ⁵⁰³

En esta investigación, resulta crucial advertir esta cuestión, que ahora formulamos a modo de *segunda conclusión provisional*: entre el deber originariamente impuesto por la norma de conducta y el deber de soportar la acción punitiva, existe una relación sustitutiva; y dicha sustitución solo puede tener sentido en la medida en que ambos mantengan, respecto de un punto de referencia, idéntica o similar relación. En los términos metodológicos previamente reseñados: en relación al problema de referencia fijado (¡y solo en relación a él!), el comportamiento conforme a Derecho y la prestación retributiva (deber de soportar la punición), se consideran variables que forman parte del «universo del discurso» de nuestra función proposicional; ⁵⁰⁴ se trata de alternativas funcionalmente equivalentes para materializar la cooperación ciudadana en la construcción colectiva de la praxis jurídica.

4. Los equivalentes funcionales de la pena retributiva. Lineamientos generales

En el punto anterior, hemos integrado nuestro concepto de pena retributiva en el modelo comparativo provisto por el funcionalismo de las equivalencias y, a partir de allí, hemos fundamentado que el deber de soportar la coacción punitiva (el ejercicio de la facultad punitiva estatal) no es más que la forma concreta que adopta, una vez cometido el injusto culpable, el proto-deber de cooperación al estado de libertades. Aquí tomaremos esta conclusión provisional como punto de partida para hacer operativo el método comparativo del funcionalismo de las equivalencias. Dicho de otro modo: una vez esclarecida la relación que existe entre *acción punitiva* y *problema de referencia*, se abre la posibilidad de alterar la estructura (las acciones punitivas), introduciendo alternativas materialmente distintas, pero funcionalmente equivalentes al deber de soportar la coacción punitiva.

⁵⁰¹ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger...*, 2004, pp. 90-91

⁵⁰² PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 56

⁵⁰³ PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 54.

⁵⁰⁴ Debe recordarse que la equivalencia funcional es siempre respecto de un punto de referencia. El cumplimiento de ambos deberes es funcionalmente equivalente, pero *¡solo en relación a ese punto de referencia!*

Según creo, esta búsqueda puede tener lugar por dos vías distintas. La primera, si se me permite la terminología, es más bien *interna* a las acciones punitivas y da lugar a la búsqueda de equivalentes funcionales en *sentido laxo*. En efecto, esta primera vía supone remplazar alguna/s de las propiedades estructurales del concepto de pena para, luego, analizar si dicha alteración produce algún impacto sobre el grado de materialización de la prestación retributiva. En un ejemplo: si el autor del delito, en lugar de ser privado de libertad, resulta condenado a realizar trabajos comunitarios ¿se produce en idéntica medida la prestación retributiva? Contestar a esta pregunta puede ser muy importante, pues nos permite identificar formas alternativas para la expresión de un reproche merecido. Sin embargo, de esta aplicación en sentido laxo del método comparativo, no nos ocupamos en esta investigación.⁵⁰⁵

La segunda es más bien *externa* a las acciones punitivas y da lugar a la búsqueda de equivalentes funcionales en *sentido estricto*, en la medida en que implica introducir una variable más drástica del método. En lugar de alterar algún elemento –más o menos contingente– del propio concepto de pena retributiva, aquí se trata de reemplazar las acciones punitivas por otros comportamientos (comunicativamente relevantes). En definitiva, la pregunta es si, y en qué medida, un determinado comportamiento posterior a la realización del injusto culpable, que no implique una hetero-administración del espacio de libertad del agente, puede afectar la dimensión comunicativa del *hecho punible* a través de la materialización de la misma prestación retributiva (de modo tal que el deber de soportar la punición decae o se ve reducido). Esta última línea es la que seguiremos en esta investigación y, a decir verdad, tampoco es enteramente nueva; ha sido mencionada, en diversas ocasiones, por la doctrina.

En líneas generales, la propuesta intenta contribuir con el llamado de atención formulado por SILVA SÁNCHEZ: es necesario un mayor desarrollo teórico de todo aquello que sucede después del injusto culpable, especialmente de todas las circunstancias que pueden afectar el *hecho punible* (y también la punibilidad del hecho).⁵⁰⁶ En este sentido, también SCHMIDHÄUSER denomina causas de exclusión del *hecho punible* (*Straftatausließungsgründe*) a aquellos comportamientos que, si bien «*encuentran su lugar en la estructura [...] solo después del injusto y la culpabilidad*»,⁵⁰⁷ configuran «*motivos en base a los cuales se suprime [o reduce] el merecimiento de pena del hecho, a pesar de la existencia del injusto culpable*». ⁵⁰⁸ Respecto de la capacidad para materializar la prestación retributiva de algunos comportamientos postdelictivos,

⁵⁰⁵ Esta variante o sentido laxo se corresponde, en términos generales, con aquello que se ha denominado «*equivalencias conjuntivas*»; véase LUHMANN, en EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, pp. 38 ss.

⁵⁰⁶ La propuesta intenta contribuir, entonces, al llamado de atención formulado por SILVA SÁNCHEZ, «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral...*, 2004; EL MISMO, *¿Crisis del sistema...*, 2007, pp. 63 ss.

⁵⁰⁷ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Cap. 4, nm. 14.

⁵⁰⁸ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Cap. 4, nm. 5 y 12. El destacado me pertenece.

ALCÁCER GUIRAO ha manifestado que, «en ocasiones, la vigencia de la norma puede ser reafirmada por el mismo autor»;⁵⁰⁹ y ROSTALSKI insiste que «si en los esfuerzos del autor se advierte una expresión comunicativa de que el incumplimiento de la norma de comportamiento constituye efectivamente un injusto, y luego el agente hace, por su parte, un reconocimiento de la vigencia de la norma, se reduce el interés de la comunidad en reaccionar frente a dicho hecho punible mediante la pena».⁵¹⁰ Por su parte, SICKOR afirma que «el reconocimiento del ordenamiento jurídico por parte del infractor de la norma [...] representa una contribución importante en el marco del “proceso de restablecimiento del Derecho” [...]. De esta manera, la pretensión de validez de la norma infringida será así confirmada por aquél que inicialmente la había puesto en duda a través de su quebrantamiento».⁵¹¹

Ahora bien, parece claro que –desde una perspectiva retributivo-comunicativa– no cualquier alteración de las propiedades estructurales de las acciones punitivas, como tampoco su reemplazo por cualquier otro comportamiento (del autor o de un tercero), puede erigirse en una alternativa funcionalmente equivalente a la pena retributiva.⁵¹² En este sentido, debe recordarse que nuestras prácticas punitivas están integradas en un contexto praxeológico más amplio y, por eso, no todo puede entrar en el «universo del discurso de la función proposicional». Para decirlo con un ejemplo ya conocido (y en relación con la aplicación laxa del método): que el Estado regale flores a los culpables no puede constituir un equivalente funcional de la restricción de derechos coactiva que supone la acción punitiva; sencillamente, porque nuestra praxis punitiva se enmarca en un contexto más amplio, cuyo eje de rotación radica en la idea de libertad y autodeterminación del ciudadano, no la botánica.⁵¹³ Cuando se trata de equivalentes funcionales en sentido estricto, parece evidente que tampoco podrá afirmarse que cualquier otro comportamiento forma parte de ese universo del discurso de la función proposicional. Así las cosas, parece claro que la concurrencia de un equivalente funcional de la pena retributiva depende, en algún sentido, de nuestra capacidad para demostrar que, en el marco de la praxis punitiva y una vez habilitada la facultad punitiva (surgido el deber de soportar la pena), existe una concreta alternativa de

⁵⁰⁹ ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5 CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, p. 99.

⁵¹⁰ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 399.

⁵¹¹ SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, p. 328.

⁵¹² A diferencia de lo que sucede desde un punto de vista estrictamente preventivo, donde la idea de merecimiento no juega ningún papel, aquí se puede limitar de forma racional a los equivalentes funcionales y no se pierde la sistemática. Como bien critica SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema...*, 2007, pp. 64-65, desde el punto de vista estrictamente preventivo, «todos los criterios decisivos para la aplicación o no aplicación de una norma de sanción serían equivalentes funcionales». De este modo, «no habría diferencia alguna entre las instituciones jurídico-penales materiales y las procesales penales que conducen a tal consecuencia».

⁵¹³ Véase Capítulo A-III (pp. 477 ss.).

conducta a la que puede ser atribuida, intersubjetivamente, la capacidad expresivo-comunicativa que poseen las propias acciones punitivas.⁵¹⁴

En esta última línea, según los lineamientos metodológicos trazados en el Apartado anterior, el primer paso consiste en identificar determinados institutos como *potenciales* equivalentes funcionales de la pena retributiva. Por supuesto, aquí no se trata de una conclusión definitiva, sino de fijar meras *hipótesis* que, en un segundo paso y a través de un análisis exhaustivo, pondremos a prueba para confirmar si, esa concreta alternativa de conducta, puede considerarse funcionalmente equivalente a la pena retributiva. Para esta identificación provisional, según creo, puede ser útil establecer una serie de exigencias básicas y sin las cuales parece realmente difícil atribuirle, a un determinado comportamiento (del propio agente responsable o de terceros), la capacidad de confirmación dinámica del Derecho que poseen las acciones punitivas. Esas exigencias o presupuestos básicos son, al menos, los siguientes tres.

a) El comportamiento debe ser realizado por un agente capaz de lenguaje

En una teoría retributivo-comunicativa, los conceptos de delito y pena se encuentran en una relación indisoluble cuyo eje de rotación es su carácter comunicativo. En ese sentido, se trata de una secuencia conceptual que se construye con base en la idea de un diálogo ciudadano: discurso y respuesta (*Rede und Gegenrede*). Por esa razón, detrás de toda acción delictiva o punitiva, existe un agente capaz de lenguaje que, al actuar, siempre comunica; una acción punitiva es, en este sentido, un acto de habla que consiste en la formulación de un reproche merecido. A partir de esta premisa, toda búsqueda de comportamientos funcionalmente equivalentes a la pena retributiva, necesariamente deberá estar atada al carácter agencial-comunicativo del sujeto que lo realiza. Así las cosas, el ciudadano o el Estado a quien le resulta atribuible el comportamiento en cuestión (del que pretendemos predicar el carácter de funcionalmente equivalente a la pena retributiva), siempre y en todo caso, debe definirse como un agente capaz de lenguaje. Sin un agente capaz de expresar sentido, el suceso no podrá interpretarse como un hecho, pues la capacidad comunicativa del sujeto es un presupuesto necesario para imprimir sentido sobre un sustrato.

⁵¹⁴ Similar, ASUA BATARRITA, «Atenuantes postdelictivas: necesidad de una reformulación desde una racionalidad jurídico-penal y consecuencias en la individualización de la pena», en GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008, p. 167: «los propios ordenamientos asumen que los fines del sistema penal pueden obtenerse no solo con la sanción aflictiva, sino con equivalentes funcionales que resulten suficientes para expresar el mantenimiento de las expectativas de respeto a la norma, y para operar como reparación simbólica del daño social el delito implica».

b) *El comportamiento debe ser una reacción comunicativamente vinculada a la previa comisión de un injusto culpable*

La búsqueda de equivalentes funcionales al deber de soportar la pena retributiva, se comprenderá, solo tiene sentido pragmático si se la restringe, concretamente, a determinados comportamientos *reactivos*, esto es, realizados como respuesta frente a la previa comisión de un injusto culpable. Y es que, a decir verdad, el deber de soportar esa acción punitiva, no es más que el reflejo del *ius puniendi* habilitado por el enunciado legal, de modo que su *existencia* depende de la previa comisión de un injusto culpable.⁵¹⁵ Esto se advierte, de mejor modo, si recordamos que en la praxis punitiva, la emisión de una norma de conducta enfrenta a todo ciudadano con una alternativa de carácter binaria: *cumplimiento/quebrantamiento*. Si el comportamiento del agente no constituye un quebrantamiento culpable de la norma, entonces se trata de una conducta conforme a Derecho; y en este caso, la prestación contributiva ya ha sido materializada mediante una toma de posición favorable al cumplimiento del deber de cooperación. Formulado a modo de pregunta: ¿qué sentido tiene conceptualizar a un comportamiento como funcionalmente equivalente de un deber inexistente? Para que dicha búsqueda tenga alguna relevancia práctica, entonces, debemos focalizarnos en aquellos comportamientos que tienen lugar a título de *reacción* frente a la *previa comisión de un injusto culpable*.⁵¹⁶

Exigir que el comportamiento del agente constituya una reacción o respuesta a la previa realización de un verdadero injusto culpable, parece tener una importancia fundamental cuando se analiza la posibilidad de considerar, como equivalentes funcionales de la pena retributiva, a ciertas acciones justificadas. Dicho de modo preciso: una conducta justificada solo podrá considerarse como un potencial equivalente funcional, en la medida en que la agresión, frente a la que se reacciona, represente un *injusto culpable* (pues solo este habilita la posibilidad de imponer pena). Por el contrario, en caso de que la conducta justificada no tenga como antecedente un injusto culpable (p. ej., que se trate de un estado de necesidad defensivo), no tendría sentido buscar equivalentes funcionales.

Una vez establecida la necesidad de que concurra un injusto culpable, parece lógico exigir que el comportamiento reactivo, en tanto pretenda constituir un equivalente

⁵¹⁵ Destaca la relevancia de las «circunstancias postdelictivas» para la reacción jurídico penal adecuada, FREUND, «La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema», en ASUA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, 2008, p. 43; MAIWALD, «Reparación y determinación de las consecuencias jurídico-penales en el sistema penal alemán», en ASUA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos...*, 2008, p. 56.

⁵¹⁶ Y es que, para decirlo con ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 381: «*el delito, no es solo la ocasión para la pena, sino su fundamento mismo. Por consiguiente, [...] no podrán tenerse en cuenta como factores agravantes o atenuantes aquellos aspectos que queden [normativamente] desvinculados del delito, en tanto objeto de referencia del veredicto de culpabilidad y la correspondiente sentencia*».

funcional de la pena retributiva, presente también una cierta *vinculación* con el contenido de *significado* expresado en el hecho delictivo. Para decirlo de modo preciso: un comportamiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva, necesariamente debe poder interpretarse como una «*toma de posición revisionista*» acerca del significado ya expresado con la acción delictiva. De este modo, así como el delito expresa una toma de posición contraria a la cooperación, un equivalente funcional debe manifestar una toma de posición revisionista de dicha falta de compromiso y, concretamente, expresar sentido cooperativo para con el Derecho. En términos de ROSTALSKI:

*«un comportamiento [...] solo puede tener un efecto atenuante de la pena cuando este suponga una relativización de la previa ofensa contra el Derecho».*⁵¹⁷ Y «*para que se perciba como una relativización del quebrantamiento de la norma de comportamiento, la conducta posterior al hecho del autor debe estar relacionada con la infracción o con las consecuencias concretas de la misma*».⁵¹⁸

En resumen, el vínculo normativo-comunicativo entre el comportamiento posterior y el delito precedente, es fundamental para que el primero se interprete como un equivalente funcional de la pena retributiva eventualmente imponible (en virtud de la comisión del segundo).⁵¹⁹ Como consecuencia de lo anterior, parece claro que la simple abstención de cometer un nuevo hecho delictivo, no expresa nada que pueda quedar vinculado a un previo quebrantamiento culpable de una norma de conducta. Sobre esto, volveremos luego, pero por ahora puede graficarse con un ejemplo:⁵²⁰

Mientras caminan por un sendero de montaña, Ø dispara por la espalda contra [] con dolo homicida, pero yerra su único tiro. Al haber disparado utilizando un silenciador, [] ni siquiera ha advertido la existencia del disparo. Ø decide que lo matará luego, arrojándolo por un acantilado. Minutos después, [] resbala y cae por el precipicio, quedando sujeto únicamente por la cuerda de seguridad que lo vincula a Ø. Los reclamos de socorro de [] hacen que Ø, arrepentido, decida salvarle la vida y subirlo con la cuerda.

c) El comportamiento no puede ser descrito como una nueva acción delictiva

Según hemos dicho, el principal motor que mantiene en movimiento la praxis jurídica (aquello que pone en concordancia el concepto con la realidad del Derecho), viene dado por el cumplimiento del deber originariamente impuesto por la norma. La acción

⁵¹⁷ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 381. En sentido similar, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 271 ss.

⁵¹⁸ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 400.

⁵¹⁹ En este sentido, destaca MEIER, «Nachtatverhalten und Strafzumessung», *GA* (8), 2015, p. 449: el comportamiento del agente debe estar relacionado con el injusto previo y ser «*personalmente imputable al autor*».

⁵²⁰ Véase *infra*, Capítulo V, Apartado VI (pp. 299 ss.).

delictiva, por el contrario, es la expresión paradigmática de una toma de posición contraria al deber de cooperar a la construcción de esa praxis colectiva. Para los equivalentes funcionales, estas atribuciones de significado tienen una importancia trascendental, pues parece evidente que, en un modelo retributivo-comunicativo, la confirmación dinámica del ordenamiento jurídico (prestación retributiva) jamás puede tener lugar mediante la ejecución de acciones delictivas. Dicho en breve: una nueva acción delictiva, jamás podrá expresar una toma de posición revisionista y de sentido contrario al previo quebrantamiento de la norma; menos aún podrá contribuir a la construcción de un orden de libertad institucionalizado.

5. Identificación de potenciales equivalentes funcionales (especial referencia al ordenamiento jurídico español)

A partir de los lineamientos propuestos, la pretensión en este punto es identificar los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Para esta tarea, debemos retomar aquí la primera exigencia establecida en el punto anterior: todo equivalente funcional de la pena retributiva debe consistir en una *acción* desplegada un agente comunicativamente relevante. A partir de allí, deben recordarse las premisas comunicativas establecidas en el Capítulo III: las acciones (como descripción de un sustrato) solo pueden existir dentro de un determinado campo de sentido que, en la praxis jurídico penal, viene dado por el enunciado legal. En el caso del comportamiento del ciudadano, la atribución de sentido solo puede tener lugar a través de la correspondiente norma de comportamiento (derivada del enunciado legal). Como consecuencia y respecto de la conducta del destinatario, la emisión de una norma de conducta establece una alternativa binaria de asignación de sentido: *cumplimiento vs. incumplimiento*. A los fines de delimitar el ámbito de búsqueda de los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva, hacer uso este esquema de atribución de sentido, además de coherente, es realmente útil.

(A) A partir de esta alternativa binaria, se traza la distinción siguiente: *Acciones contrarias a Derecho vs. Acciones conformes a Derecho*

(+) Si se tiene presente la segunda de las exigencias mencionadas en el punto anterior, hacer foco en las acciones contrarias a Derecho tiene pleno sentido. En efecto, un comportamiento solo puede considerarse funcionalmente equivalente, al deber de soportar la punición, en la medida en que constituya una reacción comunicativamente vinculada a la previa comisión de un injusto culpable. Ahora bien, hallar un concepto unitario de injusto parece algo extremadamente complejo pues, a decir verdad, los distintos institutos de la dogmática penal parecen asumir, en cada caso, un concepto de injusto con matices diferentes. En palabras de SILVA SÁNCHEZ: no existe un concepto unitario de injusto que pueda desempeñar el papel de denominador común para todo

hecho punible.⁵²¹ Si bien es cierto que esta falta de homogeneidad en el concepto de injusto puede representar, en muchos ámbitos, una importante desventaja, aquí se vuelve de gran utilidad. En este sentido, distinguir diferentes clases de injusto y sus características particulares, nos puede ayudar a *identificar* posibles equivalentes funcionales para *cada uno* de ellos, de modo que su búsqueda se vuelve más fructífera. En lo que aquí interesa, considero que puede ser útil distinguir dos pares de tipos de injusto: *hecho consumado/tentativa, agresión/quasiagresión*.

(+) Una vez que hemos distinguido –dentro del ámbito de las acciones contrarias a Derecho– estos cuatro tipos de injusto, podemos cambiar el foco de nuestra atención y dirigirlo hacia las *acciones conformes a Derecho*. Nuevamente, esto adquiere sentido en la medida en que se tenga presente la última exigencia mencionada en el punto anterior: ninguna acción delictiva puede ser terreno fértil para los equivalentes funcionales de la pena retributiva. Ahora bien, en este ámbito, dijimos también que no cualquier comportamiento conforme a Derecho puede ser identificado como candidato a equivalente funcional de la pena retributiva. Sin ir más lejos, aquellos comportamientos que no se realizan a título de reacción comunicativamente vinculada a la previa comisión de un injusto culpable, no pueden entrar en consideración aquí (a título ejemplificativo, las acciones realizadas en estado de necesidad agresivo justificante o disculpante, no pueden considerarse equivalentes funcionales de la pena). Por tanto, a los fines de delimitar con mayor precisión el ámbito de los potenciales equivalentes funcionales, estos *comportamientos conformes a Derecho* podrían ser divididos en dos grandes grupos: acciones que *constituyen una reacción comunicativa* frente a alguna clase de injusto; y acciones que *no constituyen reacción comunicativa*. Como es evidente, nuestro interés estará puesto sobre las primeras pues, por lo dicho, solo esas pueden considerarse equivalentes funcionales prácticamente relevantes.

Esto no significa, sin embargo, que la segunda clase de comportamientos (no-reactivos) sean completamente irrelevantes: existen comportamientos que, a pesar de su carácter no-reactivo, pueden despertar nuestro interés; sucede que tal interés es indirecto. Me refiero a los casos en que el ordenamiento autoriza al agente a actuar de determinada forma y, en virtud de dicha autorización, hace recaer sobre determinados terceros *deberes de tolerancia*. Volveremos nuevamente sobre esto.

(B) Una vez dentro de la clase de acciones realizadas a título de *reacción comunicativa* frente a la previa comisión de un injusto, es posible formular algunas distinciones a partir de elementos más bien accidentales. Conforme con estos criterios, puede ser útil distinguir entre

⁵²¹ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* (3), 2014.

(+) El carácter *estatal o no estatal* del agente realiza el potencial equivalente funcional.

(+) Dentro de las no estatales, conviene distinguir entre comportamientos del *propio autor o de un tercero*.

(+) Entre los comportamientos del propio autor, debe distinguirse entre reacciones *genéricas o especiales*, según se trate de institutos previstos en la parte general y para múltiples tipos de injusto, o previstos en la parte especial, exclusivos de un tipo de injusto.

Dentro de las *(re)acciones de carácter general* podemos encontrar, el desistimiento de la tentativa, la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, la confesión, la reparación y la delación. Por su parte, dentro de las *acciones reactivas de carácter especial*, encontraremos la liberación anticipada de la persona ilegalmente detenida o secuestrada (art. 163.2 CPE), la regularización en el delito de defraudación tributaria (art. 305.4 CPE), la evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2 CPE), la autodenuncia en el delito de cohecho (art. 426 CPE), el reintegro de los caudales públicos malversados (art. 433 CPE), la retractación en el delito de falso testimonio (art. 462 CPE) y la revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1 CPE).

(C) Hemos mencionado previamente que, las acciones conformes a Derecho de carácter *no reactivo* también pueden despertar nuestro interés, aun cuando sea de forma indirecta. Para entender por qué, debe recordarse que si bien algunos de estos comportamientos *no imponen verdaderos deberes* para terceros ajenos al conflicto (p. ej., el comportamiento de un sujeto en estado de necesidad exculpante), existen otros de los cuales *sí emanan deberes* (p. ej., el comportamiento de un sujeto en estado de necesidad agresivo justificante). Nuestro interés debe quedar limitado a estos últimos y será de carácter indirecto porque, en estos casos, la pregunta por los equivalentes funcionales quedará condicionada al previo quebrantamiento culpable de esos deberes de tolerancia (por parte del tercero ajeno al conflicto). Según dijimos, la relevancia práctica de cualquier búsqueda de alternativas funcionalmente equivalentes a la pena retributiva, está atada a la concurrencia de un verdadero injusto culpable (que habilite la facultad punitiva, dando lugar a la existencia del deber de soportar la acción punitiva por parte del responsable). A partir de aquí, creo que puede ser útil distinguir entre deberes de tolerancia fundamentados en un mínimo de solidaridad intersubjetiva y deberes de tolerancia fundamentados en una solidaridad intensificada.⁵²²

⁵²² Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de formación continuada* (4), 1999, p. 156; COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret* (1), 2011, pp. 21 ss.; Robles Planas, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el

Con base en los criterios propuestos, la identificación de los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva debería dar lugar a un esquema como el siguiente:

1. Generales

- a. Desistimiento de la tentativa
- b. Legítima defensa
- c. Confesión
- d. Reparación
- e. Delación

2. Especiales

- a. Liberación anticipada de la persona ilegalmente detenida o secuestrada (art. 163.2 CPE),
- b. Regularización en el delito de defraudación tributaria (art. 305.4 CPE),
- c. Evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2),
- d. Denuncia en el delito de cohecho (art. 426),
- e. Reintegro de los caudales públicos malversados (art. 434 CPE),
- f. Retracción en el delito de falso testimonio (art. 462 CPE),
- g. Revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1 CPE)

A partir de las distinciones formuladas, al final de este capítulo se incluye un gráfico que vincula, de forma esquemática, las distintas clases de injusto con cada uno de los institutos que, desde el punto de vista aquí asumido, podrían considerarse funcionalmente equivalentes a la pena retributiva eventualmente imponible por su comisión.

6. Clasificación de los potenciales equivalentes funcionales

Una vez identificados los posibles equivalentes funcionales de la pena retributiva, puede procederse a su clasificación mediante diversos criterios. Al margen de las múltiples posibilidades para ello, en esta investigación hacemos uso de dos criterios básicos inspirados en la obra del Prof. SILVA SÁNCHEZ.⁵²³

(A) En primer lugar, teniendo en cuenta *el grado de equivalencia funcional* con el respectivo deber de soportar la acción punitiva. En los términos metodológicos utilizados en el Apartado anterior, lo relevante para esta clasificación radica en el grado

ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (dir.), *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 462; ALCÁCER GUIRAO, «Autonomía, solidaridad, y deber de socorro», *ADPCP* (LIII), 2000, pp. 364 ss.

⁵²³ SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 117 ss.

de similitud que guardan *las relaciones* que cada variable mantiene con la constante o punto de referencia fijado. Más preciso: aquí se trata de comparar la relación [a] *variable alternativa – constante*, con la relación [b] *variable originaria – constante* o punto de referencia fijado (la prestación retributiva). Conforme con este criterio, puede distinguirse entre equivalentes funcionales *totales y parciales*.

Un equivalente funcional de la pena se considera *total* en la medida en que, respecto de ese concreto comportamiento (posterior y reactivo frente a un determinado injusto culpable), se pueda predicar lo siguiente: se trata de una «toma de posición revisionista» mediante la cual se materializa, en la *misma medida* que la acción punitiva, la prestación retributiva. Si este es el caso, decae por completo el deber de soportar la punición (surgido tras la comisión de un injusto culpable) y, correlativamente, el Estado verá completamente inhibida la posibilidad de ejercer la facultad punitiva.

En una teoría retributivo-comunicativa, asentada sobre la idea de merecimiento, esto tiene pleno sentido: la posibilidad de formular un reproche solo existe en la medida en que el autor resulta responsable por la realización del hecho que se reprocha. Asimismo, dado que la realización del reproche solo puede justificarse porque, cuando es merecido, materializa la confirmación dinámica del Derecho, en la medida en que esa prestación retributiva haya sido alcanzada (por vías alternativas), el cumplimiento del deber de soportar la punición, que recae sobre el autor, ya no puede ser fundadamente exigido; con ello, el Estado pierde su correlativo derecho a la formulación del reproche punitivo.

En el caso de los equivalentes funcionales totales, es crucial insistir en la relación de estrecha interdependencia que guardan el deber de soportar la acción punitiva (que recae sobre el ciudadano) y la facultad punitiva (concedida al Estado). Cuando no es posible fundamentar la existencia de un deber de soportar la punición, tampoco el Estado posee facultad punitiva alguna para la formulación del reproche. Esto es importante pues, generalmente, el carácter total de la equivalencia funcional está vinculado al hecho de que el deber de soportar la punición, es de menor entidad. La menor intensidad de ese deber de soportar la punición, como tendremos oportunidad de analizar en los dos capítulos siguientes, se debe a que la norma de conducta infringida por el agente, adolece de algún déficit de legitimidad desde el punto de vista retributivo.⁵²⁴ Como ejemplos de potenciales equivalentes funcionales *totales* pueden mencionarse el desistimiento de la tentativa (art. 16.2 CPE), la regularización en el delito de defraudación tributaria (art. 305.4 CPE), la evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2), la denuncia en el delito de cohecho (art. 426), la retractación en el delito de falso testimonio (art. 462 CPE) y la revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1 CPE).

⁵²⁴ Véase Capítulo V, Apartado III, punto 2.2.b. (pp. 215 ss.) y Capítulo VI, Apartado III, punto 2 (pp. 324 ss.).

Un equivalente funcional se considera *parcial*, entonces, cuando ese *concreto comportamiento* (posterior y reactivo frente a un *determinado injusto culpable*) no alcanza a materializar, en la misma medida, la prestación retributiva. Su concurrencia no hace desaparecer el deber de soportar la punición, sino que solo disminuye la intensidad con la que cabe exigir su cumplimiento; la facultad punitiva del Estado, entonces, se ve *proporcionalmente reducida*. Como ejemplos de potenciales equivalentes funcionales parciales, pueden mencionarse aquí a la confesión (art. 21.4 CPE), la reparación (art. 21.5 CPE), la dilación extraordinaria e indebida del procedimiento (art. 21.6. CPE), la liberación anticipada de la persona ilegalmente detenida o secuestrada (art. 163.2 CPE) y el reintegro de los caudales públicos malversados (art. 434 CPE).

(B) En segundo lugar, estos comportamientos también pueden clasificarse atendiendo al *grado de similitud estructural* entre ambas variables (la similitud estructural de la alternativa elegida respecto de la acción punitiva). En los términos metodológicos antes señalados: aquí no se trata de comparar relaciones, sino de *comparar variables* entre sí. Como consecuencia, aquí no interesa el grado de materialización que se alcance respecto de la prestación retributiva, sino el impacto que esa alternativa produce sobre los derechos del agente (al materializar la prestación retributiva) y que, en el Capítulo III, calificamos de símbolos centrales de la idea de libertad.

Equivalentes funcionales *sin similitud estructural* son, entonces, aquellos que no afectan los derechos del agente que reconocemos, intersubjetivamente, como símbolos indiscutidos de la libertad ciudadana. Entre los ejemplos antes mencionados, de hecho, existen muchos institutos sin similitud estructural alguna: el desistimiento, la dilación extraordinaria e indebida del procedimiento penal, la confesión, la denuncia en el delito de cohecho, la retractación en el delito de falso testimonio o la revelación en los delitos de rebelión y sedición.

Equivalentes funcionales *con similitud estructural*, por el contrario, son aquellos que indudablemente repercuten de forma directa sobre esos derechos. Un caso paradigmático puede venir dado por la prisión preventiva: dicho instituto, como ha sostenido recientemente RAGUÉS I VALLÈS, no solo afecta los derechos fundamentales del ciudadano (aquellos que simbolizan por excelencia la libertad), sino que lo hace con una intensidad incluso mayor que la propia pena privativa de libertad.⁵²⁵ Además,

⁵²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *InDret* (3), 2020, pp. 112 ss. Como consecuencia, y en virtud de una determinada regla de compensación, el juez impondrá la pena pertinente pero considerará que la misma ha sido, en todo o en parte, «ya ejecutada».

también la reparación y la regularización tributaria parecen guardar un cierto grado de similitud estructural para con la pena retributiva.⁵²⁶

Respecto de la prisión preventiva, la cuestión determinante pasa por dilucidar si esa similitud estructural basta para predicar una equivalencia funcional con la pena retributiva. En mi opinión, creo que la respuesta debería ser negativa. Tal equivalencia funcional solo puede ser posible en la medida en que se haga un uso más amplio o indirecto del término. A tal efecto, debería tenerse en cuenta –en primer lugar– que la restricción de derechos asociada a la prisión preventiva siempre está destinada a una función distinta. Se trata de una medida cautelar que pretende garantizar el correcto desarrollo y la culminación exitosa del proceso penal. Ahora bien, a partir de aquí, podría argumentarse –en segundo lugar– que el propio proceso penal desempeña también un rol cuando de la confirmación dinámica del Derecho se trata y, por ello, podría hablarse de una equivalencia funcional indirecta. Dicho de otro modo: según la distinción que hemos formulado previamente, de la prisión preventiva solo puede predicarse una equivalencia funcional en sentido impropio pues, en primer término, está destinada a cumplir funciones diferentes y, en segundo lugar, a diferencia de los demás institutos aquí considerados, implica una hetero-administración del espacio de libertad del agente.⁵²⁷

La similitud estructural no debe llevar a confusión: el carácter restrictivo de los derechos que pueda presentar el instituto concretamente analizado, no puede impedir la imposición de pena por el delito previamente cometido. La formulación de un juicio de reproche merecido solo puede decaer o disminuir en virtud del grado de equivalencia funcional, con respecto de la prestación retributiva, presente el instituto. La relevancia de la similitud estructural radica en lo siguiente: siempre que concorra con la equivalencia funcional, puede significar para el condenado la *no-ejecución* de la pena que oportunamente se imponga.⁵²⁸ Esto significa: si bien el Estado formulará el reproche punitivo (mediante el dictado de la condena y la imposición de la pena pertinente), es posible que prescinda, en todo o en parte, de *practicar* ese reproche. Tal consecuencia se justifica porque, como pusimos de relieve en el Capítulo III, la restricción de derechos del agente es un mecanismo convencional y contingente para materializar ese reproche merecido.

(C) En tercer lugar, los potenciales equivalentes funcionales también pueden clasificarse atendiendo al *alcance* que dicho instituto tenga. En este sentido, por un

⁵²⁶ De hecho, el instituto de la regularización exige el pago íntegro de la deuda tributaria, sin fraccionamientos ni dilaciones, y a través del procedimiento específicamente establecido por la administración (Orden HAC/530/2020, con fecha 3 de junio de 2020). Sobre el particular, en detalle, Capítulo VI.

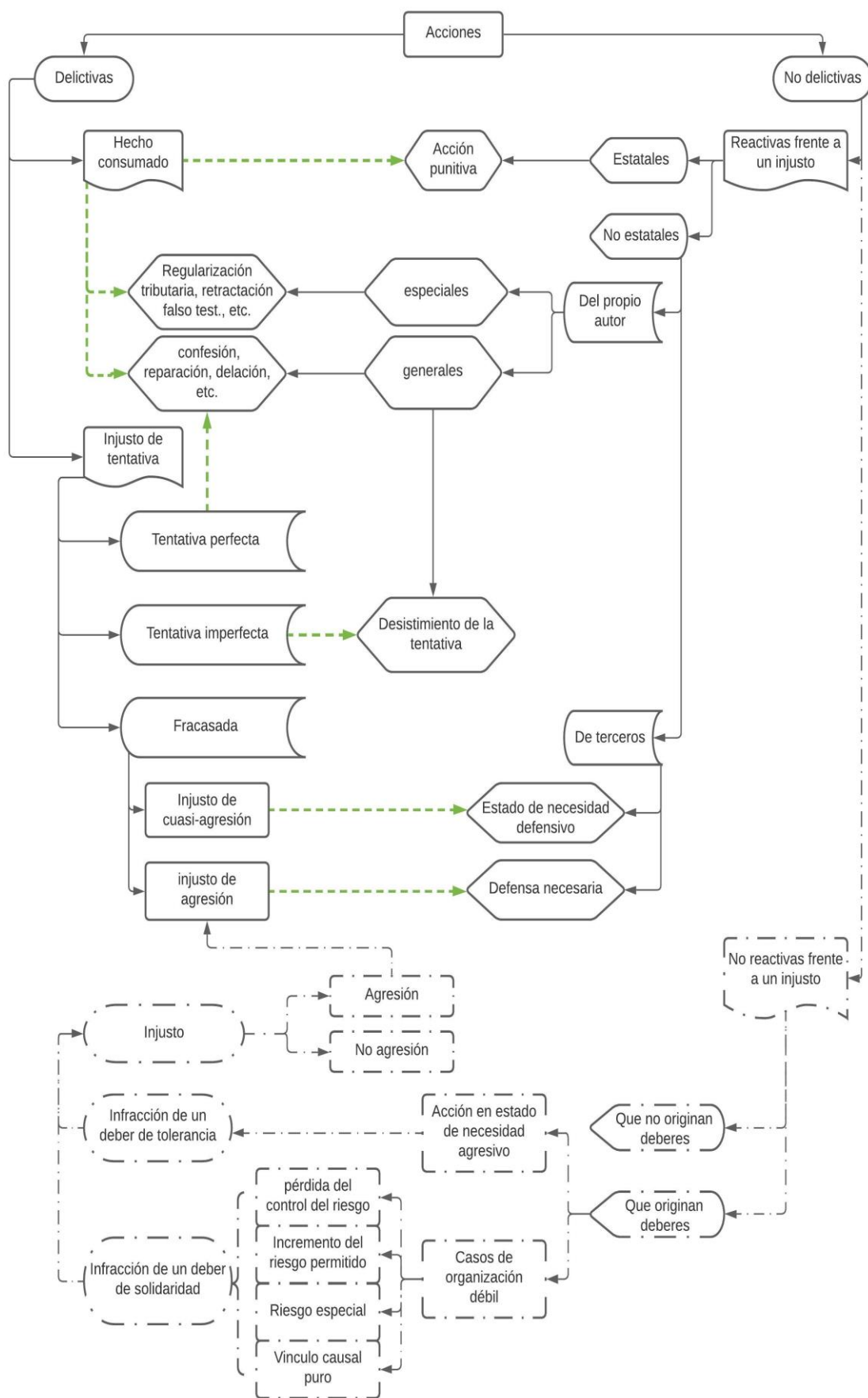
⁵²⁷ Similar, SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 148 ss.; EL MISMO, «La sistemática alemana de la teoría del delito: ¿es o no adecuada a estos tiempos?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *Estudios de Derecho penal*, 2005, p. 27

⁵²⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, pp. 120 s.

lado, ciertos institutos legalmente previstos parecen tener un *ámbito de aplicación general*, en la medida en que pueden presentarse en un gran número de tipos penales. Como ejemplo puede mencionarse a la prisión preventiva, el desistimiento de la tentativa, la legítima defensa, la reparación y la confesión. Por otro lado, existen institutos que solo poseen un *ámbito de aplicación particular*, donde esto significa: el comportamiento postdelictivo solo se admite tras la comisión de un delito concreto. Como ejemplo, basta recordar a la denuncia en el delito de cohecho, la regularización tributaria, la retractación en el delito de falso testimonio o la revelación en los delitos de rebelión y sedición.

Como ya hemos puesto de manifiesto, aquí solo se trata de identificar y clasificar, de forma esquemática, *potenciales* equivalentes funcionales de la pena retributivo-comunicativa. Solo en un segundo paso, y mediante una consideración detallada de cada uno de esos institutos, es posible fundamentar esas hipótesis. En el marco de nuestra investigación, este análisis detallado se realizará en la Tercera Parte y quedará limitado a una selección previa de tres institutos que, *prima facie*, parecen buenos candidatos. Así las cosas, los tres capítulos restantes se dedican a analizar, en detalle, la posibilidad de entablar una relación de equivalencia funcional entre la pena retributivo-comunicativa y el *desistimiento de la tentativa*, la *regularización tributaria* y la *confesión*.

La selección de estos tres candidatos no puede considerarse arbitraria. En primer término, porque constituyen tres institutos expresamente previstos por el legislador en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales. En segundo lugar, porque si se trata de potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva, es posible que el carácter voluntario de estos tres comportamientos juegue un papel importante. Por último, pero más importante, la selección nos permite construir un campo de pruebas adecuado para determinar la capacidad de rendimiento de la teoría de los equivalentes funcionales y, por ello, queda metodológicamente justificada. En efecto, dicha selección nos ofrece la oportunidad de afrontar, por un lado, el estudio de dos equivalentes funcionales *totales* (la regularización tributaria y el desistimiento) y un equivalente funcional *parcial* (la confesión). Por otro, también nos ofrece la posibilidad de analizar un comportamiento *con similitud estructural* (la regularización tributaria) y dos comportamientos *sin similitud estructural* (el desistimiento y la confesión). Por último, contamos con dos equivalentes funcionales con *alcance general* (desistimiento de la tentativa y confesión) y un equivalente funcional de alcance *particular* (la regularización tributaria).



V. CONCLUSIONES

1. El «*funcionalismo de la causalidad*», al identificar el concepto de función con la idea de «contribución positiva» o «efecto útil», ha incurrido en una transición semántica ilegítima: confunde la actividad con la valoración del efecto que esa actividad produce. Por esa razón, el funcionalismo ha quedado subordinado a la comprobación de una relación causa-efecto, adoleciendo de capacidad explicativa real e incurriendo en una teleología ilegítima.

2. El «*funcionalismo de las equivalencias*» logra evadir esos problemas metodológicos mediante la distinción entre el método funcional y la teoría sustancial. Para ello, debe abandonarse el concepto causalista de la función (desvincularlo de la noción de efecto útil) e inclinarse por un concepto formalista y con base en la idea de «*función proposicional*». En este esquema, una función no es ningún efecto a producir sino un «*esquema regulador*» que organiza un ámbito de posibilidades equivalentes.

3. El «*funcionalismo de las equivalencias*» no es más que un método comparativo que permite comprender la identidad de las instituciones a partir de su contingencia. Hacerlo operativo requiere:

3.1. En primer lugar, fijar el problema de referencia (para lo cual es preciso contar con una teoría sustancial que complemente el método). Ese problema de referencia ocupa el lugar de constante en la función proposicional, de manera tal que trabaja como punto pivote o elemento invariable («*tertium comparationis*») respecto del cual serán comparados los potenciales institutos funcionalmente equivalentes.

3.2. A partir de aquí, se abre un ámbito comparativo de posibilidades equivalentes, es decir, se vuelve posible comparar un instituto con otro, evidenciando *similitudes* y *diferencias* en relación a dicho concreto problema de referencia. La equivalencia funcional es, en este sentido, una clase de similitud muy específica: dos institutos pueden considerarse funcionalmente equivalentes si cada uno de ellos mantiene, respecto del problema de referencia fijado (¡y solo respecto de ese problema de referencia!), una relación similar.

4. Para aplicar este método comparativo en el ámbito del Derecho penal, es necesario fijar el problema de referencia. Para ello, se recurre a la teoría de la pena retributiva defendida en la primera parte de la investigación. El problema de referencia puede resumirse, en este punto, como sigue: si la normatividad es un fenómeno intrínsecamente contingente (toda norma, por definición, puede ser infringida), ¿cómo es posible que el Derecho –en tanto praxis colectivamente construida– tenga indudable éxito?

5. Una vez establecido el problema de referencia, es necesario preguntarse cuál es mecanismo mediante el cual se disminuye esa contingencia y, en particular, cuál es el papel que juegan aquí las acciones punitivas. En el marco de la praxis punitiva, el carácter binario de la alternativa conductual que supone la emisión de toda norma de comportamiento, revela que, para dicho problema de referencia, existen dos formas básicas de solución: comportarse conforme a derecho o soportar la acción punitiva estatal. Por eso, el cumplimiento del original deber impuesto por la norma de comportamiento y el cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva que lo sustituye –cuando el primero ha devenido en algo de imposible cumplimiento, por la comisión de un injusto culpable–, son alternativas funcionalmente equivalentes (ambos son la expresión concreta de un proto-deber ciudadano de cooperación).

6. La búsqueda de equivalentes funcionales de la pena retributiva adquiere verdadero sentido práctico una vez que ha surgido ese deber de soportar la acción punitiva. Se trata, en definitiva, de establecer hipótesis acerca de ciertos comportamientos a los que puede ser atribuido, intersubjetivamente, la capacidad de materializar, en alguna medida, idéntica prestación. Para dicha atribución, es necesario que el comportamiento cumpla con ciertas exigencias básicas, a saber: debe ser realizado por un agente plenamente capaz de lenguaje, a título de reacción comunicativa vinculada a la previa comisión de un injusto culpable y no puede consistir en una nueva acción delictiva.

7. La identificación de potenciales equivalentes funcionales debe comenzar por distinguir algunos tipos de injusto y las acciones conforme a Derecho que tienen lugar como respuesta reactiva a esos tipos de injusto. Entre esas respuestas reactivas, puede distinguirse entre acciones de carácter estatal o no estatal; propias del autor o de terceros, de alcance general o particular. Con estos criterios, hemos identificado como potenciales equivalentes funcionales a los siguientes institutos: el desistimiento de la tentativa, la legítima defensa, la confesión, la reparación, la delación, la liberación anticipada de la persona ilegalmente detenida o secuestrada, la regularización de la deuda tributaria, la evitación de la propagación de incendios forestales, la denuncia en el delito de cohecho, el reintegro de los caudales públicos malversados, la retractación en el delito de falso testimonio y la revelación de los delitos de rebelión y sedición.

8. La clasificación de esos potenciales equivalentes funcionales puede tener lugar conforme a tres criterios. El primero de ellos, hace foco en el grado de equivalencia funcional y distingue entre equivalentes funcionales totales y parciales. El segundo, atiende al grado de similitud estructural, por lo que distingue entre equivalentes funcionales con y sin similitud estructural. El último, observa el ámbito de aplicación del instituto, distinguiendo entre equivalentes funcionales de alcance general y de alcance particular.



TERCERA PARTE

CAPÍTULO V

DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

I. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo anterior establecimos los lineamientos generales de un modelo teórico para la identificación y clasificación de los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. La base del modelo radica en adoptar como punto de partida (sustancial) nuestro concepto de pena retributiva y aplicar (desde lo metodológico) el método comparativo que nos provee el funcionalismo de las equivalencias. A partir de allí, según dijimos, se hace posible identificar ciertos comportamientos que, si bien tienen lugar una vez que ya ha sido quebrantada la norma de comportamiento (injusto culpable), pueden modificar la dimensión comunicativa del hecho punible.

En la tercera parte de esta investigación, pondremos a prueba la capacidad de rendimiento del modelo. Para realizar esta tarea, en el Capítulo IV hemos seleccionado tres institutos concretos: el desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la atenuante genérica de confesión. En nuestra opinión, se trata de tres candidatos con buenas posibilidades de erigirse en equivalentes funcionales de la pena retributiva. En este sentido y al margen de las concretas razones que expondremos luego, todos ellos comparten dos características fundamentales: se trata de conductas realizadas por el propio agente responsable y de manera voluntaria.

El presente Capítulo, dedicado al desistimiento voluntario de la tentativa, será nuestro primer banco de pruebas. Para ello, el Apartado II comienza con una brevísima aproximación al instituto, cuya única pretensión es poner de relieve la estructura básica que posee el desistimiento y la problemática fundamental a la que, desde el punto de vista dogmático, nos enfrenta: la impunidad que acarrea respecto del injusto culpable de tentativa. A partir de allí, se establecen los dos ámbitos de consideraciones a los que, con el objeto de dar respuesta concreta a esa problemática, generalmente recurre la doctrina.

En el Apartado III, se toma posición en relación a un primer ámbito de consideraciones, a saber, aquellas que se relacionan con el injusto culpable de la tentativa. En concreto, afrontaremos aquí, en primer lugar, la discusión relativa al fundamento de su punibilidad (1) para, en un segundo momento, dirigir nuestra mirada al propio injusto culpable de tentativa. Solo aquí encontraremos razones que permitan justificar ese «carácter interno» a la tentativa que presenta el desistimiento (2). Para precisar el análisis, hacia el interior de la figura típica de la tentativa distinguiremos dos clases de injustos cualitativamente diferentes, a saber: tentativas perfectas e imperfectas (2.1). Esto nos permitirá delimitar el campo de aplicación del desistimiento, conceptualizándolo como un instituto interno a la tentativa *imperfecta*. A partir de allí, estaremos en condiciones de precisar las razones que justifican por qué, ese particular injusto, es el único susceptible de ser desistido (2.2).

En el Apartado IV del Capítulo, se afronta el segundo ámbito de consideraciones: la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del desistimiento. Para hacerlo, se toma como punto de partida la clásica distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción. Tras una consideración crítica a la conceptualización del desistimiento como presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta (1), nos inclinamos por considerar al instituto como presupuesto negativo de la aplicación de la pena. Con ello, el desistimiento queda conceptualizado como un comportamiento posterior a la tentativa imperfecta y en virtud del cual el autor modifica la dimensión comunicativa del hecho punible. Como consecuencia de dicha modificación, el autor hace decaer su deber de soportar la punición y, por ello, inhibe el ejercicio de la facultad punitiva del Estado (2).

El Apartado V combina las conclusiones previamente obtenidas bajo el marco conceptual y metodológico delineado en la primera parte de la investigación. El objetivo es extraer las consecuencias de la propuesta alternativa, que entiende al desistimiento de la tentativa imperfecta como un equivalente funcional de la pena retributiva. De las múltiples aristas teóricas que presenta esta idea, nos concentraremos en las dos que consideramos más importantes. En primer lugar, se establecen los lineamientos teóricos generales de la tentativa imperfecta, en la medida en que esto nos permite delimitar, desde un punto de vista intersubjetivo, la *oportunidad normativa* para desistir (1). En segundo término, focalizamos nuestra atención en el propio desistimiento, analizando el impacto que esta nueva perspectiva produce sobre *los requisitos* del instituto (2).

En virtud de concebir al desistimiento como un instituto interno a la tentativa imperfecta, todos aquellos comportamientos posteriores a la pérdida o renuncia del control del riesgo, no podrán ser caracterizados como tal. Sin embargo, esa conclusión no impide asignar relevancia comunicativa a tales comportamientos. Por esa razón, en el Apartado VI de este Capítulo, realizaremos un análisis sobre estas conductas, lo que nos permitirá retomar el hilo de las conclusiones alcanzadas en el Capítulo IV. Para ello, se distingue aquí entre (1) aquellos comportamientos del autor que son posteriores a la tentativa perfecta, pero previos a la producción del resultado lesivo; y (2) aquellas conductas posterior a la consumación del tipo delictivo. Entre estas últimas, se distingue entre aquellas conductas posteriores a la consumación formal y las que tienen lugar luego de la terminación o consumación material del hecho delictivo. El Apartado VII, finalmente, resume las principales conclusiones de este Capítulo.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO

El desistimiento de la tentativa es una figura vastamente difundida en los ordenamientos jurídicos de la tradición continental. En los países germánicos, el § 24.1 del StGB alemán dispone que no será castigado por tentativa «*quien voluntariamente renuncia a la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación*»; el § 16.1 del StGB austríaco establece también una exención de pena para el autor de «*la tentativa o la participación [que] voluntariamente renuncia a la ejecución [...]*»; y el art. 23.1 del StGB suizo concede al juez la posibilidad de atenuar o eximir de pena «*si el autor, por propia iniciativa, no completa su acto punible o contribuye a impedir la consumación del hecho*». En los países iberoamericanos, entre muchos, pueden mencionarse el art. 16.2 del CP español, que exime de responsabilidad por el delito intentado a «*quien evite voluntariamente la consumación [...], bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado [...]*»; el art. 24 del CP portugués, en el que «*la tentativa deja de ser punible cuando el autor desiste voluntariamente*»; y el art. 43 del CP argentino, donde se establece que el autor «*no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente*».

Si bien es cierto que cada una de estas regulaciones presenta características específicas (en virtud de si la tentativa se configura de un modo más bien objetivo o subjetivo), es posible advertir una cierta *estructura común* en relación al instituto. En efecto, tal como ha puesto de relieve JAKOBS,⁵²⁹ el desistimiento parece tener *dos características* específicas: la consecuencia jurídica que genera, a saber, la total impunidad para el agente que desiste; y un restringido ámbito de aplicación, pues solo la tentativa puede ser desistida.⁵³⁰ A modo de primera aproximación, entonces, puede afirmarse que *el desistimiento es un instituto interno a la tentativa, cuya concurrencia impide el castigo del autor de la misma*. Una adecuada teoría, huelga decir, debería ser capaz de explicar ambas cuestiones de forma coherente, pues se encuentran intrínsecamente relacionadas. Tal y como se ha afirmado recientemente, «*el desafío fundamental de la dogmática del desistimiento*»⁵³¹ consiste en proporcionar una explicación sistemática coherente a la consecuencia jurídica asignada al instituto. En este sentido, en la medida en que se trata de un comportamiento que necesariamente tiene lugar *después* de haber iniciado el

⁵²⁹ JAKOBS, «El desistimiento como modificación del hecho», en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, pp. 325 ss.

⁵³⁰ La disposición suiza, en la medida en que permite también atenuar la pena eventualmente imponible, es una excepción entre los textos legales, pues la enorme mayoría concede la impunidad total al autor que desiste. En la doctrina alemana, conceder al desistimiento solo un efecto atenuante del reproche punitivo (y no eximente), es una posibilidad teórica que va ganando terreno y debe ser seriamente considerada (véase, p. ej., WEGE, *Rücktritt...*, 2011, pp. 88 ss.; ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 350). Sin embargo, en el marco de esta investigación, no se hace una propuesta de *lege ferenda* sino una *interpretación restrictiva* del desistimiento en su actual configuración legislativa. El esfuerzo aquí realizado, por tanto, debe leerse como un intento de consolidar un marco dogmático que permita una aplicación más segura del instituto, tal y como está regulado en la mayoría de los países.

⁵³¹ MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma», *InDret* (3), 2020, p. 7.

autor la ejecución de la tentativa (cuando ya existe un injusto culpable), entonces la consecuencia jurídica asignada al instituto –la impunidad que acarrea– se vuelve particularmente problemática. Formulado a modo de pregunta: ¿cómo es posible que un comportamiento posterior a la realización de un injusto culpable transforme a ese hecho en algo impune?⁵³²

Que el desistimiento es *siempre* un comportamiento posterior al hecho de la *tentativa*, no puede ser seriamente discutido.⁵³³ También para los autores que le conceden la naturaleza jurídica de causa de exclusión o supresión del tipo de injusto, el desistimiento debe ser necesariamente comprendido como un comportamiento posterior a la previa realización de un hecho punible. Incluso JAKOBS, quien concibe al desistimiento como una «*modificación del hecho*», reconoce que «*con la tentativa algo ha quedado ya consumado y, ciertamente, algo cuya producción puede ser penada con justicia*».⁵³⁴ En este sentido, afirma JAKOBS que «*la modificación [...] solo tiene lugar después de que el hecho se haya hecho avanzar hasta lo punible; este hecho de la tentativa que ha tenido ya lugar no lo puede hacer desvanecerse retroactivamente el desistimiento... [tal instituto] no puede hacer como que no ha ocurrido la mácula de que la tentativa existió en algún momento*».⁵³⁵

Ahora bien, para responder a esta pregunta, puede ser útil distinguir entre dos grupos de consideraciones teóricas diferentes. Desde una perspectiva más bien sistemática, la impunidad del desistimiento es generalmente explicada mediante una referencia a su naturaleza jurídica, esto es, qué posición ocupa respecto de las categorías tradicionales del hecho punible (de esto nos ocupamos, en detalle, en el Apartado IV de este Capítulo). Desde una perspectiva material, la impunidad que genera el desistimiento solo puede ser explicada en la medida en que, previamente, atendamos al fundamento de la punibilidad de la tentativa. Dicho de modo sucinto: para saber por qué dejamos impune la tentativa desistida, debemos tener claro por qué, en todo caso, castigamos la tentativa. Sin embargo y como veremos a continuación, el fundamento de la punibilidad de la tentativa representa una condición necesaria pero no suficiente para explicar la consecuencia jurídica del desistimiento. Una respuesta plenamente satisfactoria nos exige, también, atender a la segunda característica mencionada: el «*carácter interno a la tentativa*» del desistimiento. El Apartado siguiente toma posición sobre estas dos cuestiones fundamentales.

⁵³² HERZBERG, «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Lackner*, 1987, p. 343, en una pregunta similar, expresa lo que denomina el «dilema general» del desistimiento.

⁵³³ Véase, con mayores referencias, MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 ss.; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 10-11.

⁵³⁴ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 325.

⁵³⁵ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1997, § 26/2.

III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA TENTATIVA

1. El fundamento de la punibilidad de la tentativa

La doctrina mayoritaria, al menos desde HERZOG, coincide en este punto: la impunidad del desistimiento no puede ser adecuadamente explicada sin hacer referencia a las razones por las que, ya en primer lugar, la tentativa se considera un comportamiento susceptible de ser castigado.⁵³⁶ Ahora bien, en el marco de esta investigación y por razones obvias, no es posible hacer un estudio crítico y pormenorizado acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa.⁵³⁷ Se comprenderá entonces que las consideraciones siguientes no constituyan una exposición de las teorías al uso, sino una toma de posición respecto de las dos cuestiones que considero más relevantes para esta investigación.

La primera cuestión sobre la que debemos tomar posición se refiere al carácter *dependiente o independiente* del fundamento de la punibilidad de la tentativa respecto del (fundamento de la punibilidad del) delito consumado. En este sentido, debemos aclarar si las conductas de tentativa resultan punibles por alguna razón especial, distinta de aquellas que justifican la imposición de pena para el delito consumado. Y es que si bien la tentativa constituye, efectivamente, una figura típica distinta a la consumación, eso no significa que las razones por las que se castigan ambas clases de acciones delictivas deban ser necesariamente diferentes.⁵³⁸ De hecho, desde el punto de vista aquí sostenido, el fundamento de la punibilidad de la tentativa es *idéntico* al de los delitos consumados, pues ambas figuras típicas constituyen una expresión concreta del concepto de delito [en su sentido formal] que previamente hemos adoptado.⁵³⁹ Dicho de

⁵³⁶ HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue*, 1888, p. 22; JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 325; BERGMANN, «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *ZStW* (100), 1988, p. 335; KRAUB, «Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch», *JuS*, 1981, p. 888; HAUF, «Die aktuelle Rücktrittsproblematik - Straffreiheit bei Verzicht auf "neuen Anlauf" nach zuvor erfolglos gebliebenen Teilakten», *Wistra*, 1995, p. 261; MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 27. En la doctrina española, con mayores referencias, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 7 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2004, p. 353 y pp. 435 ss.; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 36 y pp. 239 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, 2000, p. 103.

⁵³⁷ Para ello, fundamental, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, §29, A.II.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1992, § 25/13 ss.; FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 8/9 ss.; REYES ALVARADO, *El delito...*, 2016, pp. 11 ss.

⁵³⁸ Acerca de la relación de interdependencia (y no de subordinación) entre ambas figuras, REYES ALVARADO, *El delito...*, 2016, pp. 91 ss.

⁵³⁹ En el mismo sentido, JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 326; EL MISMO, *PG*, § 25/21; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch...*, § 15/6; KINDHÄUSER-ZIMMERMANN, *AT*, 9ª ed., 2019, § 32; FREUND-ROSTALSKI, 3ª ed., 2019, § 8/11; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 203; WEGE, *Rücktritt...*, 2011, p. 14 y p. 72 ss.; POLAINO-NAVARRETE, «Das Versuchsunrecht am Beispiel der schlichten Tätigkeitsdelikte und der Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Erfolgsbegriff», en DÖLLING *et al.* (eds.), *FS-Gössel*, pp. 159 ss.; BLOY, «Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des groß unverständigen Versuchs», *ZStW* (113), 2001, pp. 76 ss. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 670 ss.; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 191 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 53; REYES ALVARADO, *El delito...*, 2016, pp. 84 y 88-89.

otro modo: en ambos casos, se trata del quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento (en tanto expresión concreta del proto-deber de cooperar a la construcción de un estado de libertades).

En sentido similar, MURMANN fundamenta el injusto de la tentativa y del delito consumado a partir de la idea de lesión de la relación de reconocimiento recíproco: «*también el injusto de la tentativa es la lesión a la relación de reconocimiento, en la que el miembro de la comunidad jurídica, de forma libre e igual, se encuentra a los otros vinculado*». ⁵⁴⁰

En esta investigación, existen dos argumentos fuertes para sostener esta identidad de fundamento. El primero es de corte sistemático: si se pretende lograr una coherencia interna en la teoría del delito, es necesario contar con un concepto de injusto culpable que –al margen de ciertos detalles– resulte aplicable a todos aquellos comportamientos frente a los cuales el Estado responde con una acción punitiva. En breve: todo aquello que vale para la teoría del delito, debe ser aplicable en la figura típica de la tentativa. ⁵⁴¹

Si la tentativa es punible, entonces constituye una conducta que exhibe todas las propiedades necesarias para reaccionar legítimamente con pena frente a ella. Se trata de un comportamiento al que asignamos la categoría de antecedente necesario de las acciones punitivas y, por tanto, una *acción delictiva*.

Al margen de la sistemática interna, el segundo argumento está en la justificación retributivo-comunicativa de la pena que aquí se ha defendido pues, bajo esas premisas, concebir a la tentativa como *verdadero delito* constituye un punto de partida irrenunciable. Caso contrario, si se afirma que la tentativa no constituye un verdadero delito, se está obligado a reconocer que el Estado puede imponer penas (*responder* con una acción punitiva) frente a la realización de hechos que no constituyen delitos (sin haberse pronunciado *discurso* alguno). Con ello, se quebraría la interdependencia conceptual entre delito y pena que conforma el núcleo indisponible de cualquier teoría de la pena retributiva.

Recuérdese lo siguiente: una acción solo puede ser calificada como pena estatal cuando constituye una respuesta emitida frente a una acción anterior, que se califica como verdadero *delito*. Desde la perspectiva comunicativa: sin discurso previo (*Rede*), no hay posibilidad de respuesta reactiva (*Gegenrede*).

⁵⁴⁰ MURMANN, *Versuchsunrecht...*, pp. 5 y 28. La diferencia parece radicar en que, desde una perspectiva normativa, aquí se afirma que dicha lesión solo es relevante cuando se infringe la norma de comportamiento en la que dicha relación de reconocimiento encuentra su expresión institucional. Sobre el particular, en detalle, ZACZYK, *Das Unrecht...*, 1989, pp. 126 ss.

⁵⁴¹ En el mismo sentido, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 22-23: «*todo aquello que vale para la teoría del hecho punible, debe también valer para la teoría de la tentativa, en tanto esta se concibe como una forma de aparición del hecho punible*».

A partir de las consideraciones precedentes, surge la *segunda cuestión* sobre la cual corresponde tomar posición, a saber, la referencia a un determinado *concepto de injusto culpable*. En efecto, una vez asumida la identidad de fundamentos y que toda tentativa constituye un verdadero delito, resulta crucial tomar partido por un determinado concepto de delito.⁵⁴² En este sentido, en la medida en que uno defina el delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entonces el fundamento de la punibilidad de la tentativa radicará en su capacidad para poner en peligro los bienes jurídicos.⁵⁴³ Quien se incline por un concepto de delito como lesión a la vigencia de una norma de comportamiento, asentará el fundamento de la punibilidad de la tentativa en la capacidad que dichas conductas tienen para lesionar el Derecho en cuanto Derecho.⁵⁴⁴

Para responder a esta cuestión, es necesario retomar algunas conclusiones adoptadas en la primera parte de esta investigación. La facultad estatal de castigar (*ius puniendi*), dijimos allí, no es más que un reflejo del deber de soportar la punición (que recae sobre el responsable del quebrantamiento culpable de la norma). Tal deber, hemos afirmado, es el sustituto o novación del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento (en la medida en que ha sido irremediablemente quebrantado). Esa sustitución responde, en el modelo adoptado, a que ambos constituyen expresiones concretas de un *proto-deber* ciudadano de cooperación al mantenimiento de un estado de libertades (el Derecho es una praxis colectivamente construida).⁵⁴⁵

En este modelo, y desde una perspectiva formal, el comportamiento conforme a la norma (*rechtmäßiges Verhalten*) expresa una toma de posición favorable a la cooperación (la cual constituye el motor principal para el mantenimiento del orden de libertad jurídicamente garantizado). Por el contrario, *el injusto culpable se define*, entonces y desde este punto de vista formal, como una toma de posición contraria a dicho deber de cooperación (cuya expresión tiene lugar mediante el quebrantamiento culpable de una determinada norma de conducta). Como consecuencia, la punibilidad de la tentativa se explica, al igual que la punibilidad por el delito consumado, porque

⁵⁴² SANCINETTI, *Teoría del delito...*, 2004, pp. 353-354.

⁵⁴³ Si bien es cierto que ROXIN, *PG*, t. II, § 29/1, adopta una definición dual de la tentativa, al menos una parte de su fundamentación puede ser útil para ejemplificar: «*la tentativa es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica...*».

⁵⁴⁴ En este sentido, JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 326; también la segunda definición de ROXIN, *PG*, t. II, § 29/1, relativa a las tentativas inidóneas, parece adoptar esta idea: «*[...] cuando ya ex ante es previsible la carencia de peligrosidad de dicha acción, [la tentativa es] una infracción típica de la norma que, a juicio del legislador, constituya una perturbación del Derecho de cierta entidad*».

⁵⁴⁵ El ciudadano que soporta la acción punitiva del Estado cumple, entonces, un deber materialmente distinto pero funcionalmente equivalente al deber inicialmente impuesto por la norma de comportamiento. Una vez que se produce el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, la punición no es más que una forma distinta de materializar la prestación cooperativa a la construcción colectiva de la praxis jurídica. En detalle, Capítulo IV, Apartado IV, punto 3 (pp. 171 ss.).

ambos comportamientos quebrantan, de modo culpable, una determinada norma de comportamiento.

Este esquema de fundamentación único para la punibilidad de la tentativa y del delito consumado, encuentra un sustento natural en la distinción entre norma de comportamiento y de sanción.⁵⁴⁶ Y es que, independientemente de cuál sea la concreta forma de aparición de la acción delictiva (tentativa o consumación), la posibilidad de castigar queda habilitada debido a la concurrencia del presupuesto operativo de la norma de sanción, a saber: la infracción al deber de cooperación mediante el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento.⁵⁴⁷ En este esquema, como puede advertirse rápidamente, una fundamentación específica acerca de la posibilidad de castigar la tentativa resulta superflua; mejor dicho: desde la perspectiva de la norma de sanción, la punibilidad de la tentativa es particularmente *trivial* o evidente, pues esa acción constituye el quebrantamiento culpable de una norma de conducta (en sentido formal, *un delito*).

En este sentido y acudiendo expresamente a tal distinción normativa, consideran FREUND-ROSTALSKI que el fundamento de la punibilidad de la tentativa no puede considerarse en modo alguno problemático, pues resulta idéntico al de los delitos consumados: en ambos casos, se trata de una reacción o respuesta emitida frente al quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento (esto es, un delito).⁵⁴⁸

Por el contrario, quien no proceda a distinguir las categorías de norma de sanción y norma de comportamiento, cargando a la primera con problemas relativos a la segunda, opondrá cierta resistencia a la fundamentación única de la punibilidad de la tentativa y el delito consumado. Esta resistencia se genera porque, desde el punto de vista de la norma de comportamiento del tipo consumado, la falta de consumación luce como una especie de deficiencia que haría necesaria una justificación especial para la punibilidad de la tentativa. La debilidad de la teoría de la impresión radica, justamente, en esta

⁵⁴⁶ Esta distinción es el punto común compartido por cualquier teoría de las normas. Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 10. Dado que esta distinción es el punto de coincidencia básico en la teoría de las normas, no es de extrañar que, desde una concepción distinta respecto de las normas de comportamiento, lleguen a la misma conclusión KINDHÄUSER-ZIMMERMANN, *AT*, 9ª ed., 2019, § 32; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020. A pesar de entender a la tentativa como una excepción (algo no-antinormativo), para estos autores el *fundamento* de su punibilidad es idéntico: tanto el delito consumado como la tentativa constituyen una *infracción del deber*.

⁵⁴⁷ En los términos recientemente expuestos por DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...?*, 2019, p. 16: «una acción que da lugar a una tentativa de delito es en rigor tan contraria a la norma de comportamiento como una acción que da lugar a un delito consumado, porque ambas son iguales respecto de lo que interesa [...]: las dos se apartan del modo de actuación prescrito por la norma en las circunstancias dadas».

⁵⁴⁸ FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, §§ 1/46-50, 8/11-14. A pesar de no haber hecho una referencia expresa, esa distinción básica entre norma de comportamiento y norma de sanción también se encuentra detrás de la conocida afirmación de JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 326: «lo específicamente contrario al Derecho penal reside homogéneamente, tanto en el caso de la consumación como en el de la tentativa, en el quebrantamiento de la norma».

circunstancia: se asume que la ausencia del resultado debe ser *compensada* con la idoneidad de la tentativa para quebrantar el Derecho. Pero debe ponerse de relieve que esa idea pasa por alto aquello que es característico de la tentativa: precisamente requiere que no se produzca el resultado del tipo de la parte especial. En el injusto de la tentativa, por tanto, no hay deficiencia alguna: la ausencia del resultado es un requisito específico del tipo legal de la tentativa y, por tanto, *no hay nada que compensar*.⁵⁴⁹ Tanto el delito consumado como la tentativa constituyen un quebrantamiento del Derecho.⁵⁵⁰

Afirmar que la tentativa es un verdadero injusto culpable, susceptible de ser castigado, constituye un paso fundamental de nuestra argumentación. Solo a partir de aquí es posible poner de relieve que el desistimiento es –siempre y en todo caso– un *comportamiento posterior* a la realización de un determinado hecho punible. Esto es crucial para una adecuada comprensión del desistimiento, pues constituye el punto de partida para *formular y responder* la pregunta clave destacada al inicio: ¿por qué un comportamiento posterior al nacimiento de la punibilidad de la tentativa puede acarrear la impunidad para el autor? Dicho de otro modo: si la tentativa no fuera un delito, a saber, un comportamiento frente al cual se puede reaccionar con pena, esa pregunta sobre el carácter problemático del desistimiento, ni siquiera podría ser formulada.

Ahora, sin embargo, no es momento de delinear una respuesta a esa cuestión problemática.⁵⁵¹ Lo que me interesa destacar aquí es más bien lo siguiente: esta estructura de fundamentación de la punibilidad de la tentativa, extraída a partir de un concepto más bien *formal* de delito –por ello idéntica a la del delito consumado– y que resulta clave para poner de relieve lo problemático de la impunidad del desistimiento, se muestra particularmente estéril para explicar el carácter *interno a la tentativa* de este instituto. Atiéndase a lo siguiente: si el fundamento de la punibilidad de la tentativa es trivial (en el sentido de que no tiene nada de especial respecto del delito consumado), entonces aquí no encontraremos razones para justificar por qué solo la tentativa (y no el delito consumado) admite el desistimiento.

Con lo anterior, queda claro que el fundamento de la punibilidad de la tentativa es necesario pero insuficiente para la formulación de una correcta teoría del desistimiento. Dicha tarea requiere la incorporación de una dimensión material en el concepto de injusto culpable (como lesión de la autonomía ajena mediante la infracción de una

⁵⁴⁹ SANCINETTI, *Teoría del delito...*, 2004, pp. 443 ss.; WEGE, *Rücktritt...*, 2011, pp. 70 ss.; REYES ALVARADO, *El delito...*, 2017, pp. 98 ss.

⁵⁵⁰ La falta de nitidez en esta distinción normativa genera una inconsistencia interna en la doctrina dominante: se invierte la relación de fundamentación “*impresión-injusto*”. Cuando se trata del delito consumado, la doctrina dominante afirma que la realización del injusto es lo que genera la impresión conmovedora. En el caso de la tentativa, por el contrario, se invierte esa relación: es la impresión que el hecho provoca en la comunidad la razón por la cual le asignamos el carácter de injusto. Véase al respecto, con mayores referencias, WEGE, *Rücktritt...*, 2011, pp. 64 ss.

⁵⁵¹ Al respecto, Apartado V (pp. 258 ss.).

legítima norma de comportamiento punitivamente reforzada).⁵⁵² Solo a partir de esta perspectiva material, como veremos a continuación, se hace factible explicar por qué y hasta qué punto el desistimiento constituye un *instituto interno* a la tentativa. En el punto siguiente, entonces, nuestra mirada debe dirigirse hacia las particularidades propias de este injusto culpable: ¿qué tiene de particular la tentativa?, ¿por qué es el único injusto que puede ser desistido?

2. El injusto culpable de la tentativa

Según hemos dicho, el fundamento de la punibilidad de la tentativa es idéntico al de los delitos consumados y, sin embargo, el desistimiento es un instituto interno o exclusivo de la tentativa. Estas dos afirmaciones solo pueden ser compatibles entre sí en la medida en que la tentativa tenga *algo en particular* que lo distinga de los demás (de lo contrario, no tendría sentido ese carácter interno a la tentativa que presenta el desistimiento).⁵⁵³ En el estado actual de la doctrina y hasta donde alcanzo, para explicar esta cuestión existen, utilizando los términos de SANCINETTI, dos caminos posibles: bien se concibe a *toda tentativa* como *quebrantamiento imperfecto de una norma de conducta*; o bien se distinguen, en el marco de esta figura típica, dos clases de injustos diferentes, donde solo uno representa el quebrantamiento de una *norma imperfecta o precaria*, frente al cual resulta posible desistir.⁵⁵⁴ Este segundo camino es el que, con algunos matices particulares, adoptaremos en este trabajo: dar cuenta del carácter «*interno a la tentativa*» que presenta el desistimiento, exige incorporar una perspectiva material respecto del concepto de delito y, a partir de allí, distinguir desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, entre *dos injustos de tentativa* muy diferentes.

El desarrollo teórico de la primera alternativa ha dado lugar, en los tiempos recientes, al modelo de la tentativa como un *delito imperfecto* (o modelo de la excepción). Cada uno de estos caminos responde, como es sabido, a una concepción diferente respecto del contenido de las normas de comportamiento. En este sentido, el modelo que concibe a la tentativa como un *delito imperfecto*, afirma que las normas de comportamiento de los delitos de resultado solo pueden prohibir las acciones que *efectivamente* producen el suceso o estado de cosas que describe el tipo (este es el *contenido semántico* de la norma). Todas las demás acciones que podrían eventualmente causar el resultado típico,

⁵⁵² Véase, punto 2.2.b

⁵⁵³ En el mismo sentido, destaca la importancia de determinar primero el concepto de hecho tentado para, luego, establecer de forma adecuada el ámbito de aplicación del desistimiento, ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, pp. 354 ss.; también, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 18; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 264 ss.

⁵⁵⁴ La expresión puede no ser del todo feliz, pero es lo suficientemente gráfica para marcar la distinción entre ambos caminos teóricos. Al respecto, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, p. 118: «una interpretación del desistimiento que pretendiera ser **interna** a la institución de la tentativa [...], tendría que reconocer la peculiaridad cualitativa de este ilícito, en el que “algo” tiene que ser **imperfecto**: o la infracción, o la norma infringida» (resaltado en el original).

pero no lo produjeron (las tentativas), no forman parte del contenido semántico, sino de la *dimensión pragmática* de la norma. Dicho con un ejemplo: el contenido semántico de la norma del homicidio viene dado por el disparo que causa la muerte de la víctima; el agente que yerra en su disparo, solo infringe un deber derivado de la dimensión pragmática de la norma. Por tanto, la tentativa es pura infracción de deber sin antinormatividad y, como tal, una excepción o un *delito imperfecto*.

Para una consideración crítica del desistimiento en el modelo de la tentativa como delito imperfecto, véase [Capítulo A-V](#) (pp. 485 ss.)

2.1. La distinción entre dos clases de injusto de tentativa: perfecta e imperfecta

En el ámbito del desistimiento, los primeros pasos en el camino señalado, fueron oportunamente dados por JAKOBS.⁵⁵⁵ El aporte fundamental del maestro alemán radica en haber puesto de manifiesto la relevancia trascendental que tiene, para este ámbito del desistimiento, la distinción entre *dos clases* de injusto de tentativa (que aquí llamaremos *perfectas e imperfectas*). La distinción entre dos clases de injusto de tentativa, en los términos formulados por JAKOBS, se asienta sobre la idea de la *pérdida o renuncia al control absoluto del riesgo* creado por parte del agente.⁵⁵⁶ Según este criterio valorativo de distinción, resumido ahora en sus grandes rasgos, una *tentativa perfecta* supone la realización de una conducta mediante la cual el agente renuncia o pierde el dominio de un riesgo prohibido de lesión que ha sido creado de manera responsable; mientras que una *tentativa imperfecta* se materializa con la realización de conductas que *todavía no suponen* una renuncia o pérdida del control del riesgo responsablemente creado.⁵⁵⁷

Si bien es cierto que JAKOBS (y también SANCINETTI) utilizan la terminología de tentativas acabadas e inacabadas, lo hacen en un sentido completamente diferente al que tienen esas categorías conceptuales en la doctrina tradicional. Tradicionalmente, se

⁵⁵⁵ Sin embargo, entiendo que ninguno de sus trabajos en esta materia permite formular una respuesta convincente a esta pregunta. Véase JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», EL MISMO, «El desistimiento como modificación del hecho», ambos en EL MISMO, *Estudios...*, 1997; EL MISMO, *PG*, 2ª ed., 1995, § 26/1 ss.; EL MISMO «Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzung eine straffbefreiendes Rücktritt», *NJW*, 1980, pp. 195 ss. (también *JuS*, 1980, pp. 714 ss.); EL MISMO, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 70 ss. Para una exposición y crítica detallada del pensamiento de este autor acerca del desistimiento, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, *passim*; DOLD, «Versuch und Rücktritt», en PAWLIK *et al.* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 561 ss.

⁵⁵⁶ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 326; EL MISMO *PG*, 2ª ed., § 21/105 y § 25/71. Esta idea está inspirada en la conocida afirmación de HERZOG, formulada en 1889: «la acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta». En este sentido, ROXIN, «Der Anfang des beendeten Versuchs», en SCHRÖDER *et al.* (eds.), *FS-Maurach*, 1972, pp. 213 ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, 2014, § 29/195 ss.; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 111 ss.

⁵⁵⁷ Adviértase que, por motivos de simplicidad, se ha excluido aquí la discusión relativa a si el criterio para decidir tal pérdida debe ser objetivo, subjetivo o mixto. Sobre ello, *infra*, Apartado V punto 1 (pp. 262 ss.).

distingue entre tentativas acabadas e inacabadas a partir de un criterio más bien *fáctico*, a saber, en función de que el autor haya realizado todo lo que, conforme su representación, resulta necesario para la producción del resultado. Pero resulta que la capacidad de rendimiento que presenta este criterio fáctico en el ámbito del desistimiento es, como ya viene destacando la doctrina y la jurisprudencia, más bien escasa.⁵⁵⁸ En este trabajo, para evitar confusiones terminológicas y siguiendo la opinión de BENLLOCH PETIT, se mantendrá la terminología tradicional para la distinción fáctica, mientras que para dar cuenta de la distinción valorativa se prefiere aquí la terminología de tentativas perfectas e imperfectas.⁵⁵⁹ Así las cosas, si uno combinara ambas clasificaciones, encontraría cuatro clases de tentativa, a saber: perfectas-acabadas, perfectas-inacabadas, imperfectas-acabadas e imperfectas-inacabadas.

Trazar la distinción conforme a la pérdida o renuncia del control absoluto del riesgo creado, permite que JAKOBS describa la tentativa perfecta como un hecho *comunicativamente cerrado*, de modo que la tentativa imperfecta representa un hecho comunicativamente abierto y, en esa medida, todavía susceptible de ser modificado. A partir de aquí, JAKOBS formula su conocido concepto de desistimiento como *modificación de un hecho actual*, restringiendo así su campo de aplicación a los casos de tentativas imperfectas. De esta forma, mientras el autor no haya renunciado al (o perdido el) control absoluto del riesgo creado de forma responsable, el hecho no está comunicativamente cerrado y puede ser modificado por el desistimiento. Por el contrario, cuando el agente ha ejecutado una acción que implica una renuncia (o pérdida) de la posibilidad de incidir –aun cuando sea mínimamente– en el futuro desarrollo de los acontecimientos, se tratará de un hecho respecto del cual el autor *ya se ha desprendido*, adquiriendo así una especie de cierre comunicativo.

⁵⁵⁸ Con razón, afirma BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 132 s.: «[e]n realidad, [...], el acabamiento de la tentativa designa únicamente un punto de inflexión relativamente accidental, pues determina tan sólo un cambio en la forma que ha de tomar la evitación: si antes del acabamiento bastaba una evitación omisiva, a partir de ese momento deberá evitarse mediante una intervención activa, sin que haya que atribuirle mayores consecuencias a ese momento en orden a la admisibilidad del desistimiento impune» y que «[el] momento decisivo, también desde el punto de vista valorativo, ha de verse, por tanto, en el paso de la tentativa imperfecta a la tentativa perfecta». La jurisprudencia española se ha expresado en numerosas ocasiones acerca de la inutilidad que presenta, en materia de desistimiento, la distinción clásica entre tentativa acabada e inacabada. En este sentido, la STS 804/2010 afirma que «la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones [...] puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas». En la doctrina alemana, en lugar de muchos y con mayores referencias, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 29/129.

⁵⁵⁹ La terminología proviene del concepto de *delictum perfectum*. Sobre la oposición entre la distinción fáctica (acabada/inacabada) y la distinción valorativa (perfecta/imperfecta), véase BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 18 ss. Con una terminología alternativa, pero que en definitiva se refiere a lo mismo, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 45, al distinguir entre tentativas *cerradas* y tentativas *no cerradas*; MOLINA FERNÁNDEZ, «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIA *et al.*, (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, pp. 655 ss. utiliza la denominación tentativas *reversibles* e *irreversibles*.

Esta distinción representa, indudablemente, un avance en materia de desistimiento, pues permite restringir el ámbito de aplicación del instituto y afirmar su carácter interno a la tentativa *imperfecta*. De modo preciso: la distinción permite fijar, con mayor precisión, *el límite máximo* a la oportunidad para desistir, pues afirma que el desistimiento solo es posible en la medida en que el autor no haya perdido o renunciado al control absoluto del riesgo creado. Sobre los criterios normativos para distinguir entre una tentativa perfecta y una tentativa imperfecta, así como los demás detalles relativos a la oportunidad para desistir, volveremos luego.⁵⁶⁰

Por ahora me interesa destacar que, en contra de lo que pretende JAKOBS, la distinción entre tentativas perfectas e imperfectas (así formulada) no puede considerarse *omnipotente* para la construcción de una teoría completa del desistimiento, pues todavía no puede proporcionar una respuesta adecuada a la pregunta de *por qué* el desistimiento solo es posible en la tentativa imperfecta. Dicho de otro modo: excluir la posibilidad de desistir una tentativa perfecta es importante, pero no nos explica –cabalmente– por qué es posible desistir de una tentativa imperfecta.⁵⁶¹ Para ello, es necesario complementar ese criterio con algunas consideraciones adicionales y relativas a la norma de comportamiento infringida en cada caso. A modo de pregunta: ¿qué hay de especial en el injusto de la tentativa imperfecta que, *desde la perspectiva de la norma quebrantada*, permite eliminar su punibilidad mediante desistimiento? Para esta pregunta existen, desde el punto de vista de la norma de comportamiento infringida, *dos respuestas posibles*.

[Ø] La primera pasa por afirmar que la distinción entre tentativa perfecta e imperfecta es, en verdad, exclusivamente *cuantitativa*: las dos clases de tentativa infringen *una y la misma norma de comportamiento*. En este esquema, lo que resulta particular de la tentativa imperfecta no viene dado por la norma de comportamiento infringida (que es idéntica a la quebrantada por la tentativa perfecta), por lo que se trata de injustos *normativamente homogéneos*.⁵⁶²

[Ø] La segunda consiste en postular una distinción *cualitativa* entre ambas clases de injustos de tentativa. Conforme con esta idea, entre las figuras de tentativa perfecta e imperfecta cabe hacer diferencias más profundas, pues la norma de comportamiento

⁵⁶⁰ Véase, *infra*, Apartado V, punto 1 (pp. 262 ss.)

⁵⁶¹ En este sentido, lleva razón BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, p 113: «*la teoría del acto individual no puede ser vista como una teoría general sobre la posibilidad del desistimiento, sino como una teoría que permite fijar uno de los supuestos que hacen que la tentativa quede perfecta y cerrada al desistimiento excluyente del injusto*».

⁵⁶² Por supuesto, que se trate de una y la misma norma infringida no quiere decir que ambos injustos puedan considerarse idénticos en términos de desvalor de la conducta. Es perfectamente posible infringir la misma norma en diversos grados de intensidad.

infringida en cada caso es bien diferente; por tanto, la tentativa constituye aquí un *injusto normativamente heterogéneo*.

Debe quedar claro, desde un principio, que cuando utilizamos el término *homogéneo* (o *uniforme*) respecto del injusto de la tentativa, lo hacemos desde la exclusiva perspectiva de la norma de comportamiento infringida por el agente. Con ello solo pretendemos referir que, según esta posición, todas las conductas constitutivas de tentativa quebrantan *una y la misma* norma de conducta. Por supuesto, esto no impide formular (con base en diversos criterios) diferentes clasificaciones binarias sobre las conductas típicas de tentativa. La homogeneidad del instituto no impide, entonces, que se clasifique a las tentativas en, p. ej., idóneas e inidóneas, acabadas e inacabadas, perfectas o imperfectas, fracasadas o no fracasadas, etc.

a. La tentativa como instituto normativamente homogéneo

Tomando como punto de partida la renuncia o pérdida del control absoluto del riesgo creado de modo responsable, es posible trazar una distinción entre tentativas perfectas e imperfectas. Sin embargo, en el modelo de JAKOBS, tal distinción parece quedar asentada, exclusivamente, en el hecho de que la tentativa imperfecta posee un «*déficit de ejecución de la voluntad*». Se trata, entonces, de una cuestión más bien cuantitativa: en el modelo de JAKOBS, la distinción con la tentativa perfecta queda más bien reducida al tipo subjetivo.⁵⁶³ En efecto, según el autor, «*o bien la tentativa [perfecta e imperfecta] significa “realización del tipo” (como “matar” [...]), y, entonces, significa sustancialmente (cualitativamente) lo mismo que la consumación, o bien no realiza en absoluto el mismo tipo*».⁵⁶⁴

En la medida en que se renuncia a la posibilidad de establecer una diferencia cualitativa (en el tipo objetivo de ambos injustos), se afirma que tanto las acciones de tentativa imperfecta como las de tentativa perfecta, realizarían (parcialmente) el tipo de la parte especial. En este esquema, ambas clases de injustos representan el *quebrantamiento perfecto de una y la misma norma de comportamiento principal*; lo que significa: desde el punto de vista de la norma quebrantada por el autor, la tentativa se presenta aquí como un instituto *normativamente homogéneo*.

Según creo, la debilidad de la argumentación de JAKOBS está, precisamente, en este punto: si la distinción entre ambos injustos de tentativa es meramente cuantitativa, el carácter problemático del desistimiento sigue, en gran parte, vigente: en la medida en que el desistimiento se mantiene como un comportamiento posterior al injusto culpable (ahora, de tentativa imperfecta), ¿por qué *dejarlo impune*? En otras palabras: el punto de

⁵⁶³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1995, § 25/25; véase también SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 111/112.

⁵⁶⁴ La cita ha sido tomada de SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, p. 112.

cesura que proporciona la pérdida del control del riesgo creado no fundamenta, desde el punto de vista de la norma quebrantada, el carácter interno a la tentativa imperfecta del desistimiento. Cuando JAKOBS afirma que tal particularidad reside en que esa tentativa imperfecta constituye un hecho *susceptible de ser modificado*, yerra el tiro en la argumentación, pues está tomando como punto de referencia el *hecho consumado*, no la tentativa imperfecta. En relación con la tentativa (imperfecta), como el propio JAKOBS reconoce y MURMANN resalta, el desistimiento siempre será un comportamiento posterior.⁵⁶⁵ En consecuencia, lo particular de la tentativa imperfecta, aquello que la hace especial y susceptible de ser desistida, no puede asentarse en su capacidad de «*ser modificado*». El desistimiento es, en verdad, un comportamiento siempre posterior a la tentativa imperfecta y, en esa medida, esta no puede ser modificada por aquél.⁵⁶⁶

Las inconsistencias dogmáticas y sistemáticas de este planteo han sido puestas de relieve, especialmente, por SANCINETTI. En primer lugar, una vez aceptado el criterio de la pérdida del control absoluto del riesgo (como criterio determinante para establecer cuándo puede considerarse infringida una determinada norma de comportamiento, tal y como propone JAKOBS), entonces ambas clases de injusto no pueden ser equiparadas desde el punto de vista *normativo-cualitativo*. Quien todavía conserva dicho control del riesgo (tentativa imperfecta) *no expresa lo mismo* que aquel otro agente que ya está incurrido en una tentativa perfecta; por tanto, el quebrantamiento de la norma no puede ser cualitativamente idéntico en ambos casos.

⁵⁶⁵ Señala MURMANN, *Versuchsunrecht...*, p. 31: «[...] *Jakobs entiende por el término “hecho”, no lo que se entiende por tentativa, sino más bien lo que se entiende por hecho consumado. El injusto de la tentativa ya no puede ser modificado [...]. En relación con el injusto de la tentativa, el desistimiento es también un comportamiento posterior al hecho*»; en idéntico sentido, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 10: «*respecto de la tentativa [...], el desistimiento siempre aparece, inexorablemente, como “un comportamiento posterior-al-hecho”*».

⁵⁶⁶ Véase *infra*, Apartado IV. No debe haber lugar aquí para la confusión: lo afirmado en el texto no significa que el hecho punible, en tanto hecho comunicativo, sea algo estático. Véase, SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 166; EL MISMO, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, p. 20; FRISCH, *InDret* (3), 2014, pp. 1 ss.; EL MISMO, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, p. 277; RAGUÉS I VALLÈS, en GARCÍA CAVERO *et al.* (coord.), *Derecho penal y persona*, 2019, pp. 61 ss., afirmando que «*desde un punto de vista diacrónico el contenido perturbador de cualquier hecho punible no tiene un carácter estático*». Lo único que se pretende poner de manifiesto aquí es que la tentativa imperfecta, en tanto injusto culpable ya ejecutado, no puede invertir su sentido, pues el desistimiento no puede transformar una conducta delictiva en una conducta no delictiva. Sin embargo, desde esa perspectiva diacrónica, parece claro que pueden existir ciertas conductas o circunstancias posteriores que pueden modificar el sentido comunicativo que posee el *hecho punible*. Dicho con un ejemplo: si una ley posterior deroga una figura delictiva, no por ello se invalidan las condenas hasta ese momento impuestas. Es cierto que, a partir de tal ley, ponemos en libertad al condenado, pero tal puesta en libertad obedece a que ya no podemos *seguir reprochando* su conducta (el esquema de atribución de sentido que implica la norma de comportamiento ya no existe como tal y, por tanto, no puede formularse reproche alguno). Que no podamos *seguir reprochando* la conducta oportunamente realizada (mediante el encierro del agente), sin embargo, no invalida el reproche ya formulado, es decir, no invalida la interpretación según la cual tal hecho es, y continuará siendo, delictivo. El sujeto fue y seguirá siendo autor de un hecho delictivo, aun cuando su conducta ya no pueda seguir siendo reprochada, pues su realización ya no se considera delictiva y, por tanto, el delito eventualmente cometido deja de caracterizarse como hecho punible.

En palabras de SANCINETTI: «categorizar el déficit como problema meramente cuantitativo [no puede] evitar la anomalía de llamar quebrantamiento **perfecto** (de la norma principal), a uno que (respecto de esa norma) es **deficitario**. Lo perfecto no admite menoscabos, ni cualitativos ni cuantitativos. Aquello a lo que le falta una parte significativa, aquello que solo constituye un “rudimento”, no es algo perfecto».⁵⁶⁷

En segundo lugar, SANCINETTI ha puesto de relieve que esta equiparación cualitativa entre ambos injustos de tentativa contradice la imputación a título imprudente que el propio JAKOBS prefiere para la resolución de los casos en los que el resultado del tipo consumado se produce durante la fase de tentativa imperfecta (cuando el autor no ha perdido el control del riesgo). Si ese resultado lesivo – tal como afirma JAKOBS– no puede ser imputado al dolo del agente, a pesar de haber ejecutado una tentativa imperfecta, entonces tal tentativa imperfecta no constituye un quebrantamiento (perfecto) de la norma de comportamiento principal, tal y como supone la tentativa perfecta (frente a cuya ejecución si se admite la imputación dolosa de tal resultado).

b. La tentativa como instituto normativamente heterogéneo

Como adelantamos *supra*, una vez aceptado que el fundamento de la punibilidad del delito consumado y la tentativa son idénticos, las razones por las cuales el desistimiento representa un instituto interno y exclusivo de la tentativa deberán buscarse hacia el interior del injusto culpable de tentativa. El primer paso consiste en distinguir, según el criterio normativo de la pérdida o control absoluto del riesgo creado, entre tentativas perfectas e imperfectas. Sin embargo, en el punto anterior hemos puesto de manifiesto que, en la medida en que se equiparen ambas clases de tentativa desde el punto de vista de la norma de comportamiento infringida, la distinción entre ambos parece diluirse y perder capacidad de rendimiento para responder –cabalmente– la pregunta de por qué el desistimiento es un instituto interno a la segunda.

La distinción *tentativa perfecta-imperfecta* necesita de ulteriores avances teóricos, dirigidos a desarrollar el contenido material de injusto en cada una de estas figuras. Por esa razón, la solución pasa por aceptar que, bajo el tipo legal que prohíbe las acciones de tentativa, coexisten dos clases de injusto *cualitativamente diferentes*, de manera tal que la tentativa no puede considerarse un instituto normativamente homogéneo, sino de carácter heterogéneo. En este sentido, si el delito se define como la infracción de un deber de cooperación que tiene lugar a través del quebrantamiento de una determinada norma de comportamiento, debemos diferenciar las normas de comportamiento respectivamente infringidas en cada caso de tentativa. Para ello, debe esclarecerse *cuál es el objeto* de toda norma de comportamiento penalmente reforzada (y cuyo quebrantamiento implica la infracción del deber de cooperación).

⁵⁶⁷ SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, p. 113; destacado en el original.

Al respecto, puede comenzarse aquí recordando que, en el Capítulo IV, destacamos la naturaleza intrínsecamente contingente de las normas de comportamiento.⁵⁶⁸ El hecho de que toda norma sea, por definición, susceptible de ser infringida, solo puede comprenderse en la medida en que *el objeto* de dichas normas sean determinadas *acciones*. En este sentido, y al margen de la relevancia que puedan tener ciertos estados de cosas para el proceso de formulación de una norma de comportamiento (es evidente que la norma del homicidio toma como referencia el estado de cosas dado por la existencia de un ser humano nacido vivo), el objeto de la norma solo puede venir dado por aquellas acciones cuya realización se prohíbe o se requiere al destinatario de la misma (en su caso, debido a que esas acciones revelan cierta capacidad empíricamente comprobada para generar [o impedir] la producción de un determinado estado de cosas).⁵⁶⁹ Para decirlo de otro modo: una norma de comportamiento *no puede garantizar* que un determinado estado de cosas del mundo se mantenga o se modifique. Lo único que puede hacer una norma de conducta es, tomando como punto de referencia un determinado estado de cosas, *emitir prohibiciones o requerimientos* a su destinatario; pues, «*la prohibición de un mundo posible no tiene más sentido que como modo de especificación de lo que se ordena o se prohíbe a las personas para evitar su realización*».⁵⁷⁰

Volviendo a la tentativa, como dijimos, la distinción entre tentativa perfecta e imperfecta no puede quedar reducida a una cuestión meramente cuantitativa, sino que cada una de esas tentativas quebranta, en realidad, una norma de comportamiento distinta. Ahora agregamos: dado que el objeto de la norma de comportamiento solo puede venir dado por acciones, esto significa que debemos *precisar las acciones* –u omisiones– cuya realización se encuentra tipificada bajo la figura de la tentativa

⁵⁶⁸ Véase Capítulo IV, Apartado IV, punto 1 (pp. 167 ss.).

⁵⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO *et al.* (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 882: «*El enunciado de desvaloración jurídico-penal de un estado de cosas, aun cuando se le añada el enunciado descriptivo relativo al proceso de causación de dicho estado de cosas desvalorado por un movimiento corporal de un hombre, [...] carece de aptitud para constituir el objeto de un enunciado prescriptivo de prohibición o mandato*».

⁵⁷⁰ DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...*, 2019, p. 72. Así las cosas, «*el hecho de que la norma se formule como una prohibición de esa índole [esto es, como prohibición de un suceso futuro] es simplemente una manera de ordenar o prohibir todo un conjunto de acciones relacionadas de alguna manera con el estado de cosas formalmente prohibido*» (p. 74). Similar, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 24; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 1 ss., DOLD, *Eine Revision...*, 2017, pp. 41 ss. Desde otra perspectiva, AST, *Normentheorie...*, 2010, p. 16 ss., realiza una distinción entre dos clases de normas distintas: normas de *causación* y normas de *acción*. Las primeras, en un sentido laxo del término norma, ordenarían o prohibirían la causación o el impedimento de la producción de un estado de cosas; mientras que las segundas, las normas de acción, describirían el comportamiento obligado o mandado (en función del estado de cosas cuyo impedimento o causación se quiere lograr). En su caso, respecto de la distinción formulada en el texto, AST coincide plenamente: asevera que si bien las acciones se prohíben o se mandan en virtud de los posibles efectos que puedan generar, la efectiva causación de esos efectos (efecto perlocucionario, si se quiere) no está implícito en el contenido de *la norma de conducta*, sino que es el objeto (forma parte del contenido) de *la norma de causación* con la que esa norma de acción se encuentra intrínsecamente relacionada (pp. 22 ss.).

perfecta y cuáles bajo la rúbrica de tentativa imperfecta. Conforme al criterio de distinción ya mencionado, el injusto de la *tentativa perfecta* consiste en la realización de una acción –u omisión– que implica por sí misma la pérdida o renuncia al control absoluto del riesgo creado de manera responsable. En este sentido, el injusto de la tentativa perfecta se materializa cuando el agente quebranta una norma de comportamiento cuyo contenido reza: no realices acciones u omisiones que impliquen una pérdida o renuncia al control absoluto de un riesgo que has generado de forma responsable. Bajo la rúbrica de *tentativa imperfecta*, entonces, se tipifican las acciones u omisiones del agente que no suponen una pérdida o renuncia al control absoluto del riesgo creado de forma responsable y, por tanto, no infringen la norma de comportamiento de la tentativa perfecta.

Un problema adicional, que no será tratado en detalle aquí, viene dado por la cuestión de si la norma de comportamiento quebrantada mediante la tentativa perfecta es distinta o idéntica a la del delito consumado. En el primer caso, las acciones prohibidas por la norma de comportamiento del delito consumado solo podrían consistir en conductas que *efectivamente* produzcan el resultado típico (*à la Kindhäuser*). En el segundo, la materia de prohibición de la norma del tipo consumado es idéntica a la del tipo de tentativa perfecta (*à la Binding*). Esto significa: desde el punto de vista de la norma como directiva de conducta, las acciones de tentativa perfecta infringen la misma norma del delito consumado, independientemente de si el resultado lesivo, contemplado en ese tipo, finalmente se produce. Como consecuencia, la concurrencia del resultado típico deja de pertenecer a la materia de prohibición y se configura como presupuesto de aplicación de la pena más grave prevista para el delito consumado. Dicho de otro modo: la única diferencia entre tentativa perfecta y delito consumado es la producción del resultado, que solo configura una razón de mayor pena.⁵⁷¹ Por supuesto, esto no impide asignarle consecuencias jurídicas al comportamiento voluntario que impide su producción.⁵⁷²

2.2. *Tentativa imperfecta y norma de comportamiento*

Según lo expuesto en el punto anterior, las acciones que no significan una pérdida o renuncia al control absoluto del riesgo solo resultan punibles a título de tentativa imperfecta, pues no han infringido la norma de comportamiento de la tentativa

⁵⁷¹ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 670 ss.; también BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, pp. 172-173, para quien la norma de comportamiento prohíbe las conductas dolosas, imprudentes, consumadas y de tentativa (aquí, perfecta). Véase también, DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...*, 2019, p. 16, nota 8. Con el matiz conceptual de la norma de comportamiento «subjetivizada», MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 336 ss. y, especialmente, pp. 778 ss.

⁵⁷² Véase *infra*, Apartado VI, punto 1 (pp. 300 ss.). La consecuencia dogmática más importante de esta premisa radica, hasta donde alcanzo, en que los criterios de imputación objetiva del resultado se transforman en una cuestión de norma de sanción.

perfecta.⁵⁷³ Si se acepta esta conclusión, surge inmediatamente la pregunta siguiente: ¿cómo se materializa el injusto culpable de una tentativa imperfecta? Para responder a esta pregunta, hasta donde alcanzo, dos opciones teóricas son posibles: la primera, consiste en afirmar que los comportamientos constitutivos de injusto de tentativa imperfecta *no infringen ninguna norma de comportamiento* (a.); la segunda, en afirmar que dichos comportamientos *infringen una norma de comportamiento distinta* a la de la tentativa perfecta (b.). En los puntos siguientes, tras una consideración crítica de la primera posibilidad, se toma posición por la segunda.

a. La tentativa imperfecta como «injusto ficticio». Un análisis crítico de la «consideración como si» (Als-ob-Betrachtung).

La primera opción ha sido desarrollada en profundidad por Dennis DOLD, adoptando los dos puntos de partida siguientes. En *primer lugar*, una determinada posición acerca de la teoría de las normas; en concreto, sobre el contenido de las mismas. Según esta premisa, expresamente enunciada por el autor, «*las normas de comportamiento prohíben al destinatario perder el dominio mínimo sobre un riesgo que ha sido por él responsablemente generado*».⁵⁷⁴ Por lo tanto, el quebrantamiento culpable de una norma de conducta solo puede venir en consideración en la medida en que el autor haya ejecutado una acción en virtud de la cual, conforme su representación, pierda o renuncie al control del riesgo generado. En *segundo lugar*, la adopción de un particular concepto de «*injusto del hecho punible*», conforme con el cual tal injusto «*radica en la lesión del deber de cooperación a la distribución justa de los bienes fundamentales*».⁵⁷⁵ Bajo tal concepto, según el autor, se agrupan todas las propiedades, necesarias y suficientes, que debe reunir una determinada acción para que, frente a su realización, resulte legítimo reaccionar con pena. Dado que, según sus propias premisas, esa distribución de los bienes fundamentales (que lesiona el autor del injusto del hecho punible) constituye la misión principal de las normas de comportamiento, el autor reconoce inmediatamente lo

⁵⁷³ En el mismo sentido, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 214 ss.; STRUENSEE, «Tentativa y dolo», *Cuadernos de política criminal* (38), 1989, pp. 405 ss.; EL MISMO, «La punibilidad de la tentativa», en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, pp. 153 ss. DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 45. La conclusión es parcial porque, como veremos, debe ser completada mediante la adición del problema objetivo-subjetivo en relación al criterio de la renuncia o pérdida del control absoluto del riesgo. Para ello, véase *infra* punto V.1. Al respecto, puede adelantarse lo siguiente: según la posición que aquí se adopta, la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa perfecta requiere la conjunción de la perspectiva subjetiva y la objetiva, es decir, que el agente conozca (o deba conocer) que con esa acción renuncia o pierde el control absoluto del riesgo y que, además, tal disminución del control del riesgo se haya materializado en un estado de cosas irrevocable.

⁵⁷⁴ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 46.

⁵⁷⁵ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 37

siguiente: «también es posible afirmar que el injusto del hecho punible consiste, precisamente, en la violación de una norma de comportamiento». ⁵⁷⁶

Si se aplican esas premisas a la distinción entre tentativas perfectas e imperfectas (que en la terminología de DOLD, más cercana a la idea de JAKOBS, se denominan «tentativas cerradas y no cerradas»), resulta lo siguiente:

a) El *injusto cerrado* (o *tentativa perfecta*) se materializa cuando el autor actúa con la convicción de que, con esa acción, renuncia o pierde el control de un riesgo creado de forma responsable; por lo tanto, se trata de una «*lesión directa de la norma de comportamiento*». ⁵⁷⁷ En este esquema, el injusto de la tentativa perfecta coincide prácticamente en su totalidad con el injusto del hecho punible: la única diferencia radica en que este último exige un componente de resultado que «*si bien no fundamenta el injusto, eleva su significado*». ⁵⁷⁸ Como consecuencia, el fundamento de punibilidad de esta tentativa perfecta puede considerarse idéntico al del delito consumado.

b) El *injusto no cerrado* (o *tentativa imperfecta*), por el contrario, se caracteriza porque el agente, al momento de su realización, todavía conserva el control seguro sobre el riesgo creado. Este particular «*injusto*», entonces, no quebranta norma de comportamiento alguna y, para su materialización, resulta suficiente el hecho de que «*el sujeto actúe con resolución al hecho, es decir, cuando se ha formado la intención de renunciar [en un futuro] de forma responsable y dolosa al control del riesgo creado*». ⁵⁷⁹

Para explicar esta particular cuestión, DOLD recurre a la distinción entre el tipo subjetivo de la tentativa imperfecta y de la tentativa perfecta, trasladando aquí la estructura dogmática de la participación en fase pre-ejecutiva (en una especie de auto-participación). ⁵⁸⁰ En este sentido, admitiendo la posibilidad de dividir al agente en dos personas distintas –como si se tratara de dos intervinientes–, sería posible distinguir entre la persona que actúa *ahora* con *resolución al hecho* y la persona que, *en un futuro*, desarrollará con *dolo* las acciones previstas por el tipo. Conforme con ello, afirma lo siguiente: si el agente actúa con la *resolución al hecho* exigida por el tipo subjetivo de la tentativa imperfecta, ha *objetivado* un compromiso (para consigo mismo) de realizar,

⁵⁷⁶ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 37

⁵⁷⁷ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 97

⁵⁷⁸ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 97

⁵⁷⁹ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 97. Por supuesto, esto supone romper *la tesis de la identidad* entre el tipo subjetivo de la tentativa y el del delito consumado. Sobre el detalle no es necesario entrar aquí; véase SANCINETTI, *Teoría del delito...*, 2004, pp. 414 ss.; DOLD, *Eine Revision...*, 2017, Cap. III, *passim*.

⁵⁸⁰ Véase al respecto, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 84; similar, ARZT, «Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung», *JZ* (2), 1969, pp. 54 ss.

luego y con cierto grado de probabilidad, un determinado tipo penal. De este modo, la tentativa imperfecta se conceptualiza como una especie de «*intento de tentativa*».

A modo de analogía argumental, afirma DOLD: así como el instigador puede alegar que él no es autor de un hecho delictivo (pues existe otra persona que responsablemente realizará el hecho en un futuro), también quien ejecuta una tentativa imperfecta podría alegar que, al menos por ahora, no posee más que una mera *resolución al hecho* y, por ello, tampoco puede ser considerado autor de un verdadero *hecho* típico.

Ahora bien, en la medida en que no existe quebrantamiento de norma alguna, DOLD ha privado de cualquier clase de sustento normativo a la punibilidad de la tentativa imperfecta: este supuesto «*injusto*» no guarda similitud alguna con el concepto de «*injusto del hecho punible*» previamente reseñado. En efecto: si la tentativa imperfecta no infringe ninguna de norma de comportamiento, esas acciones no reúnen las condiciones supuestamente necesarias para que el Estado pueda imponer pena. Sin embargo, en virtud del enunciado legal respectivo, el agente responsable de su realización resulta susceptible de ser castigado y, por ello, se vuelve particularmente necesario proporcionar un fundamento que lo justifique.⁵⁸¹

Una primera posibilidad para fundamentar el carácter punible de la tentativa imperfecta podría radicar (según los términos que utiliza cierto sector doctrinal para la intervención delictiva en fase pre-ejecutiva) en catalogar a dichas conductas como infractoras de una *Obliegenheiten*. Así las cosas, la tentativa imperfecta no constituiría un injusto autónomo y quedaría reducida a la infracción de una especie de incumbencia que, en verdad, solo transforma al agente en competente de lo que pueda suceder después.⁵⁸² Sin embargo, aplicar la estructura de las incumbencias para explicar la punibilidad de la tentativa imperfecta resulta, por diversas razones, problemático.

En primer lugar, porque las incumbencias existen –si es que existen– en relación con fenómenos muy previos al inicio de la ejecución. En segundo lugar, pero relacionado con lo anterior, existe una asimetría sistemática entre ambos institutos: mientras que nadie duda de la posibilidad de reaccionar en legítima defensa frente al autor de una tentativa imperfecta, tal posibilidad está –según la doctrina mayoritaria– vedada para los casos de participación en fase pre-ejecutiva.⁵⁸³ En tercer lugar, ambas cuestiones difieren radicalmente desde el punto de vista de la consecuencia jurídica que generan. En efecto, si se quisiera trasladar la estructura de las incumbencias a la tentativa imperfecta, habría que explicar la diferencia sustancial siguiente: el interviniente en fase pre-ejecutiva «no

⁵⁸¹ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 83.

⁵⁸² JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 45; EL MISMO, «Beteiligung», en DÖLLING *et al.* (eds.), *FS-Lampe*, 2003, pp. 563 ss.

⁵⁸³ Sobre el particular, VACCHELLI, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriadad*, 2020, pp. 152 ss. y, especialmente, 187 ss.

debe, en el momento de la acción, responder de nada hacia fuera»,⁵⁸⁴ mientras que el agente de una tentativa imperfecta resulta, a todas luces, punible. Dicho de otro modo, hay que explicar cómo es posible que la infracción de esta supuesta incumbencia, que en principio solo generaría responsabilidad «*hacia dentro*», luego se transforme en título suficiente (en el caso de la tentativa imperfecta entendida como auto-participación) para generar una responsabilidad hacia fuera y ser castigada como injusto culpable.

Quizás por eso, en lugar de recurrir a la idea de las *Obliegenheiten*, DOLD ha utilizado una estructura argumental diferente, proveniente de la filosofía analítica y que denomina «*consideración-como-si*» (*Als-ob-Betrachtung*). La base del argumento está en el tipo subjetivo de la tentativa imperfecta: si el agente actúa con *resolución al hecho*, entonces se ha formado la intención de perder o renunciar –en un momento futuro– al control del riesgo. La asunción de este *compromiso práctico* para consigo mismo justificaría, según DOLD, que el autor deba dejarse tratar «*como si ya hubiera perdido o renunciado a ese control*», es decir, «*como si ya hubiera quebrantado una norma de comportamiento*». ⁵⁸⁵ Para decirlo en términos claros: en DOLD, la tentativa imperfecta no constituye un verdadero «*injusto del hecho punible*» (pues el autor no infringe norma de conducta alguna), pero es un comportamiento en virtud del cual el sujeto *debe tolerar* que se lo trate como si hubiera delinquirido y, por tanto, soportar la reacción punitiva.

Desde una perspectiva diferente –que conceptualiza la tentativa como una *figura de imputación* (*Zurechnungsfigur*) y, por tanto, no distingue entre tentativas perfectas e imperfectas–, también HAAS considera que se trata de un injusto ficticio, pues allí «*el autor es tratado, a fuerza de una ficción legal, como si hubiera satisfecho [los presupuestos] del hecho típico. Al autor se lo hace penalmente responsable precisamente por algo que todavía no ha conseguido. Solo así puede convertirse al intento en un hecho*». ⁵⁸⁶

El problema fundamental de este modelo, según creo, es que quiebra completamente la interdependencia conceptual entre el delito y la pena, núcleo indisponible de toda teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva (en la medida en que se concibe al delito y la pena como *discurso y respuesta*). Quien define el injusto del hecho punible (frente al cual se puede reaccionar legítimamente con pena) como el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento y, al mismo tiempo, afirma que las conductas de tentativa imperfecta no infringen norma de comportamiento alguna, entonces *debe concluir* que allí no se ha cometido ningún injusto. En efecto, si el sujeto debe tolerar

⁵⁸⁴ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 18.

⁵⁸⁵ DOLD, *Eine Revision...*, p. 97.

⁵⁸⁶ HAAS, «Zur Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW* (123), 2011, p. 245. Dado que aquí se concibe a la tentativa como una figura de imputación, los términos de la frase „*Erst dadurch wird der Versuch überhaupt zur Tat*“, se han traducido como *intento* (en el sentido de un sustrato, *Geschehen*) que se convierte en un *hecho* (en el sentido de un hecho penalmente relevante, *Tat*).

que se le trate *como si* hubiera infringido una norma de comportamiento es porque, en verdad, tal infracción (el injusto del hecho punible) no ha tenido lugar. En este sentido, la punibilidad de la tentativa imperfecta se fundamenta en una *ficción* (que DOLD denomina «*consideración-como-si*»): no hay discurso frente al cual emitir respuesta. Como consecuencia de lo anterior, DOLD debería aceptar que la respuesta emitida por el Estado, frente a la tentativa imperfecta, tampoco puede considerarse una verdadera pena.⁵⁸⁷ Dicho de otro modo: debería aplicar esta «*consideración-como-si*», también, a las acciones punitivas, concluyendo que la restricción de derechos impuesta al autor de una tentativa imperfecta no es una pena; solo podemos *hacer de cuenta* que lo es.⁵⁸⁸ En el marco de una justificación retributiva de la praxis punitiva, la secuencia conceptual *delito/pena* no puede quebrarse. Cualquier restricción de derechos que pretenda ser conceptualizada como pena estatal debe representar una respuesta retributivo-comunicativa frente la previa comisión de un delito por parte del agente sobre el recae. La coherencia interna del sistema nos exige que mantengamos esta interdependencia conceptual y, por tanto, ninguna tentativa puede concebirse como «*injusto ficticio*».

b. Toma de postura: la tentativa imperfecta como «injusto precario»

Lo anterior implica que, en el marco de esta investigación y desde un punto de vista *formal*, también la tentativa imperfecta constituye (una infracción al deber de cooperación mediante) el quebrantamiento de una determinada norma de comportamiento. Se trata, en términos estrictamente formales, de una conducta con pleno sentido delictivo que, sin embargo y a diferencia del resto, posee alguna característica particular. Y es que, según dijimos, tal injusto culpable debe presentar algún elemento diferencial que justifique el *carácter interno a la tentativa imperfecta del desistimiento*. Para reiterar el interrogante: ¿qué particularidad tiene la tentativa imperfecta para que se lo reconozca como el único injusto que admite la posibilidad de quedar impune por la posterior realización de un desistimiento? Al momento de responder a esta pregunta, optamos por la segunda de las alternativas teóricas señaladas por SANCINETTI: lo particular de la tentativa imperfecta radica en la *norma de comportamiento quebrantada* por el autor.⁵⁸⁹ La fundamentación del carácter interno a la tentativa imperfecta del desistimiento depende, por tanto y directamente, de que adoptemos una perspectiva *material* para poder precisar cuál es esa norma y *qué contenido* tiene.

⁵⁸⁷ Véase al respecto Capítulo III, Apartado III, punto 2 (pp. 105 ss.).

⁵⁸⁸ Por lo demás, entiendo que esta conclusión debería desprenderse de los propios presupuestos de partida de Dold, en tanto el autor define a la pena estatal como «*una reacción a la violación de la norma de comportamiento*»; DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 34.

⁵⁸⁹ Véase *supra*, Apartado III, punto 2.2.b (pp. 215 ss.). Véase también, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 118 ss.

Desde una posición cercana a la oportunamente mantenida por MURMANN, entiendo que lo realmente particular de esta norma de comportamiento radica en las acciones que son objeto de prohibición.⁵⁹⁰ El tipo de tentativa imperfecta conmina con pena la realización de *acciones previas* a la pérdida o renuncia del control del riesgo, es decir, acciones cuya capacidad para menoscabar la autonomía ajena (en el sentido del tipo penal al que se encuentran siempre referidas) es radicalmente distinta a la capacidad lesiva de las acciones que constituyen tentativas perfectas y, a decir verdad, más bien escasa.⁵⁹¹ Desde un punto de vista *material*, entonces, la tentativa imperfecta parece ser una figura bastante controversial, en la medida en que las conductas allí criminalizadas, al menos en sí mismas consideradas, no implican una arrogación definitiva de la esfera jurídica ajena. Lo particular de las tentativas imperfectas radica, entonces, en que la criminalización de estas acciones constituye un adelantamiento brusco de la punibilidad: se habilita la posibilidad de castigar conductas que, aisladamente consideradas, poco tienen que ver con el tipo penal al que se encuentran referidas, afectando gravemente la libertad de acción de los ciudadanos.

Para que dicha capacidad de afectación de la autonomía ajena pueda entrar en consideración, las acciones *ya realizadas* por el agente (constitutivas de tentativa imperfecta y que expresan una mera resolución al hecho) deben ser vinculadas o puestas en relación con otras *acciones futuras*, todavía no realizadas por ese agente. Brevemente: la punibilidad de esas conductas no posee un fundamento estrictamente retrospectivo, sino fundamentalmente prospectivo. En esta medida, puede afirmarse que la norma de comportamiento quebrantada por el autor de una tentativa imperfecta presenta una *legitimidad controvertida o deficitaria*. Adelantando aquí la idea que desarrollamos en el punto siguiente: *las acciones de tentativa imperfecta solo quebrantan una norma de comportamiento de legitimidad retributivamente precaria y, precisamente por ello, la punibilidad de las mismas queda condicionada a la no-realización de un desistimiento*.

En el marco de la doctrina española, una objeción comúnmente formulada a esta interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del instituto se asienta en un argumento (supuestamente) gramatical: el art. 16.2 CPE concede la impunidad a quien impide la

⁵⁹⁰ El autor se refiere a las «*acciones preparatorias próximas al tipo penal*», MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 33.

⁵⁹¹ Es evidente que tales acciones de tentativa imperfecta (de homicidio, p. ej.) pueden ser caracterizadas ya como delitos consumados o tentativas perfectas de otros tipos penales, pero este dato es absolutamente irrelevante desde el punto de vista que aquí interesa. El autor que encadena a la víctima a las vías del tren y se queda esperando a su lado, con la llave el candado en la mano, realiza una tentativa imperfecta de homicidio. En la medida en que el autor mantiene el pleno control del riesgo sobre la muerte de la víctima, el encadenamiento a las vías del tren es una acción que no afecta la autonomía de la víctima de forma definitiva, al menos en el sentido típicamente relevante del homicidio; independientemente de que su comportamiento haya consumado el delito de privación ilegítima de la libertad (desde la perspectiva de este tipo penal, se ha producido dicha afectación de forma plena).

producción del resultado; el texto legal habilita, según esta posición, el desistimiento de tentativas perfectas (en las que ya se ha perdido el control del riesgo). Dicho de otro modo: si el legislador concede la impunidad por desistimiento al «agresor salvador», nuestra propuesta restrictiva supondría una interpretación *contra reo* del instituto. Sin embargo, este argumento ha sido desvirtuado en numerosas ocasiones por la doctrina: no es cierto que el problema de la oportunidad para desistir venga resuelto por el texto legal, pues este admite, perfectamente, la interpretación restrictiva.⁵⁹² Por supuesto, el hecho de que esas tentativas perfectas no puedan ser desistidas no quiere decir que los comportamientos posteriores a ella, realizados por el autor, sean irrelevantes. Sobre esto, volveremos al final de este Capítulo.

c. La legitimidad retributivamente precaria (de la tentativa imperfecta)

Para dar contenido a esta idea de legitimidad retributivamente precaria (de la norma de comportamiento), deben traerse a colación algunas cuestiones ya establecidas en el Capítulo III. Según hemos reconocido allí, una teoría de la pena retributivo-comunicativa es incapaz, por sí misma, de proporcionar criterios para determinar qué es lo que, legítimamente, puede criminalizar el legislador. En verdad, dijimos, ninguna teoría de la justificación de la pena puede desempeñar semejante tarea y sería absurdo demandárselo. Sin embargo, resulta innegable que, de acuerdo con la justificación y el concepto de pena que adoptemos, los criterios para tomar esas decisiones tendrán una orientación completamente diferente.

En este sentido, quien quiera ser coherente con una justificación de la praxis punitiva en clave preventivo-profiláctica, debe aceptar que los criterios (o programa) de legitimación de las normas de comportamiento se asentará sobre la idea rectora (y absolutamente expansiva) de la necesidad preventiva de la amenaza y acción punitiva (en función de su utilidad instrumental como mecanismo de intimidación para evitar la comisión de hechos delictivos). Y es que, a decir verdad, no hay mejor mecanismo para prevenir un delito que adelantar la punibilidad y castigar todas las acciones previas a la que este podría encontrarse remotamente relacionado. Es sabido que la proliferación de los delitos de peligro abstracto y los delitos cumulativos en el “moderno Derecho penal” responde, sin duda, a esta idea.⁵⁹³ Bajo ese paradigma «*no importa el hecho libremente ejecutado, sino el autor determinado a la ejecución de un hecho*»⁵⁹⁴ y, por eso, la norma de comportamiento de la tentativa imperfecta no presentaría ningún déficit de

⁵⁹² Véase, MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, v. I, 2019, pp. 673 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El desistimiento de la tentativa acabada», *ADPCP* (LIX), 2006, pp. 29 ss.; GILI PASCUAL, «Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret* (2), 2012, p. 5.

⁵⁹³ Sobre el particular, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, 3ª ed., 2011, *passim*; MALDONADO, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal», *REJ* (7), 2006, pp. 23 ss.

⁵⁹⁴ ROBLES PLANAS, en CANCIO MELIÁ *et al.* (coord.), *LH-Barreiro*, t. I, 2019, p. 751.

legitimación. En lo que aquí interesa, lo anterior significa: el modelo de tinte preventivo-profiláctico tendrá serias dificultades para explicar la legitimidad precaria de estas normas de comportamiento, pues más bien debería argumentar que tales normas gozan, desde esa perspectiva, de la mayor legitimidad posible. Por estas y otras razones, como ha sido reconocido por un sector de la doctrina, «*los argumentos sobre la necesidad de la pena deben mantenerse fuera de cualquier debate sobre la criminalización de conductas*» pues, a decir verdad, se presentan como algo más bien «*inútil en el contexto de la génesis de las normas de Derecho penal*». ⁵⁹⁵

Por el contrario, desde una perspectiva retributivo-comunicativa, el *concepto material* de delito debe estar vinculado a la idea rectora de la libertad, su concreción en el concepto de autodeterminación del ciudadano y la idea del merecimiento de pena. ⁵⁹⁶ Desde este punto de vista, los criterios para legitimar la criminalización de una conducta dependerían, según cierto sector de la doctrina, de dos juicios valorativos sucesivos. ⁵⁹⁷ En primer lugar, de que dicha conducta exhiba una particular capacidad para lesionar el orden de libertades sustentado en la idea de autonomía del ciudadano. ⁵⁹⁸ En este primer nivel, entonces, la legitimidad de las normas de comportamiento depende de que estas puedan «*ser identificadas como componentes de un sistema consistente de respeto institucionalizado*». ⁵⁹⁹ Dicho de modo más abstracto, la retribución *presupone* el establecimiento de un sistema normativo que, en la mayor medida posible, refleje una «*diferencia práctica significativa*» entre la (toma de posición que implica la) realización

⁵⁹⁵ DECKERT, *ZIS* (6), 2013, p. 267.

⁵⁹⁶ En la medida en que el Derecho se concibe como una praxis colectivamente construida, tal como señala PAWLIK, *Das Unrecht...*, p. 92: «*la sentencia de Berner sobre la filosofía del derecho, respecto de que esta constituye la “grandiosa arquitectura de la libertad, conforme a la cual se construye esta [...] ciencia”, sigue siendo válida. La idea de la libertad sigue siendo el punto fijo ineludible de toda argumentación filosóficamente satisfactoria con cuestiones prácticas*». En la doctrina española, ROBLES PLANAS, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (ed.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, p. 382, señala: «*debe reconocerse que en el momento de la incriminación de conductas, el merecimiento de pena es el protagonista, quedando la necesidad de pena desplazada a un segundo plano prácticamente dependiente de que se afirme el merecimiento*». En la doctrina alemana existe un punto de acuerdo fundamental, incluso entre los partidarios de la teoría del bien jurídico y sus detractores (incluso participa de este acuerdo el Tribunal Constitucional Alemán): para justificar la criminalización de una conducta, el legislador de un Estado democrático de Derecho necesariamente debe recurrir al concepto del *merecimiento de pena*. En este sentido, señala DECKERT, *ZIS* (6), 2013, pp. 266-267: «*tanto el Tribunal Constitucional Federal como los teóricos del bien jurídico y sus críticos, utilizan el término de merecimiento de pena en este contexto. Por lo tanto, hay acuerdo general en que el merecimiento de pena es un presupuesto previo indispensable para que el legislador decida tipificar un delito*».

⁵⁹⁷ Destaca la importancia de distinguir estos juicios, FRISCH, «*Voraussetzungen und Grenzen des Staatlichen Strafens*», *NStZ*, 2016, p. 16. Véase, con mayores referencias, ROBLES PLANAS, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH-Luzón Peña*, 2020, pp. 379 ss.

⁵⁹⁸ ROBLES PLANAS, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 382 ss. describe este primer momento como algo «*no específicamente penal*» y en los siguientes términos: que «*la conducta merece ser prohibida [significa] que es legítima la restricción de libertad que supone [debido a que] quebranta los límites de la libertad*».

⁵⁹⁹ PAWLIK, «*Una teoría del Estado de necesidad exculpante*», *InDret* (4), 2015, p. 4; véase también, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 35 ss.

de una conducta prohibida y (aquella otra que materializa) una conducta conforme a Derecho.⁶⁰⁰ En segundo lugar, la realización de esa conducta antijurídica debe considerarse merecedora de ser prohibida *con pena*. En el marco de esta investigación, lo anterior significa que debe tratarse de una conducta que, desplegada por un agente capaz de lenguaje, merece una reacción comunicativa a título de reproche desaprobatorio, en la medida en que dicha conducta supone el quebrantamiento de la relación de reconocimiento recíproco entre ciudadanos (la negación del Derecho en cuanto Derecho) mediante la afectación de alguna dimensión de la autonomía ajena.⁶⁰¹ En palabras de PAWLIK: «*la existencia de un injusto merecedor de pena depende de que el autor menoscabe un momento concreto de la existencia de libertad ajena o, al menos, lo intente*».⁶⁰²

A partir de aquí, se hace más fácil entender por qué, en el caso de la tentativa imperfecta, esa *legitimidad retributiva* está verdaderamente comprometida. Las conductas que el legislador ha criminalizado bajo la rúbrica de tentativa imperfecta son comportamientos que, si bien significan una toma de posición comunicativamente relevante (de rechazo) frente al abstracto deber de cooperación, no presentan –al menos no de forma prístina– esa *diferencia práctica significativa* respecto de las conductas conformes a Derecho, pues no menoscaban de forma definitiva la existencia de la libertad ajena. Brevemente: las acciones de tentativa imperfecta no exhiben esa particular capacidad lesiva del orden de libertades como expresión de la autodeterminación individual. Tal capacidad solo puede venir en consideración si tales acciones ya exteriorizadas se relacionan con una cierta voluntad interna o compromiso práctico (que, en todo caso, es *atribuido* al agente y cuyo contenido es el) de realizar determinadas acciones *futuras*.

En los términos de SANCINETTI: tales conductas solo pueden ser consideradas como afectación de la autonomía ajena si se las coloca bajo la luz que proporciona una determinada *relación de planeamiento*.⁶⁰³ Dicho con un ejemplo: desenfundar el arma y apuntar con ella a la cabeza de la víctima, solo puede considerarse lesivo de su autodeterminación individual cuando tal conducta se interpreta como un compromiso del autor a la realización futura de un disparo.

⁶⁰⁰ La terminología es de PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 40.

⁶⁰¹ Respecto de la noción de reproche punitivo, en tanto objeto de merecimiento, Capítulo III, Apartado III, puntos 3 y 4. Véase también ROBLES PLANAS, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (ed.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 379 ss.; FRISCH, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, p. 206. Por supuesto, como también reconoce ZACZYK, *Das Unrecht...*, 1989, p. 236, los límites a esta cuestión nunca están lo suficientemente claros.

⁶⁰² PAWLIK, «¿El paso más importante...», en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 127. Similar, ZACZYK, *Das Unrecht...*, 1989, pp. 199-200, 236, 308: para el injusto material de la tentativa, es necesario que el comportamiento del autor represente una injerencia en la libertad jurídicamente constituida, esto es, «*una lesión a las condiciones de la existencia concreta de libertad*».

⁶⁰³ SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 131 ss. y 367.

En la tentativa imperfecta, entonces, nos encontramos ante conductas cuyo sentido delictivo depende de que estas se interpreten como la expresión de un compromiso práctico, atribuido al propio agente en función de su carácter de *sujeto autónomo*, a la ejecución de *acciones futuras*.⁶⁰⁴ Por esa razón, constituyen un adelantamiento de la punibilidad bastante discutible, una *criminalización* que posee un *déficit de legitimidad retributiva*. Sin embargo, esta legitimidad retributivamente precaria no constituye una característica privativa de la tentativa imperfecta. Tal precariedad se advierte también en el caso de la tentativa perfecta respecto de aquellos tipos penales en los que el legislador ha criminalizado, de forma autónoma, conductas que normalmente constituyen tentativas o incluso actos preparatorios de otros delitos. Dicho de otro modo: si el legislador transforma lo que antes era una tentativa en un tipo autónomo de peligro, la tentativa de este nuevo delito [que en términos reales es una *tentativa de tentativa*], posee también una legitimidad retributivamente precaria. Un caso paradigmático a este respecto puede venir dado por el tipo de tentativa de participación previsto en el § 30 StGB alemán, en la medida en que la frase segunda criminaliza la conducta de quien «*se declare dispuesto [...] a la comisión de un delito*».⁶⁰⁵

El déficit de legitimidad retributiva no debe llevar a confusión: aquí no se pretende afirmar que esas conductas adolezcan de *sentido delictivo*. Una vez criminalizadas y conminadas con pena, la realización de esas acciones constituye un verdadero delito pues, en los términos ya utilizados, expresan una toma de posición contraria y comunicativamente relevante respecto del deber de cooperar en la praxis colectiva del Derecho. Por esta razón, como analizaremos luego con mayor detalle, el desistimiento no puede eliminar ese *sentido delictivo*; caso contrario toda tentativa imperfecta dejaría de ser tentativa en la medida en que concurra el desistimiento.⁶⁰⁶

A pesar de que no afecta el procedimiento de atribución de sentido delictivo a la conducta, dicha legitimidad retributivamente precaria tampoco es irrelevante. Si así fuera, una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva caería un formalismo difícilmente defendible y carente de toda capacidad crítica (un modelo como ese, ha

⁶⁰⁴ Adviértase lo siguiente: si esa voluntad es *atribuida* al agente en virtud de un hecho *ya previamente exteriorizado*, entonces aquí no se hace depender la existencia del tipo objetivo de una mera cuestión subjetiva (en esto consiste la objeción JAKOBS, «El intento de tentativa», *InDret* (4), 2020, pp. 484 ss.). Más bien al contrario: la pregunta por la relación de planeamiento (que responde al cuestionamiento sobre la *capacidad lesiva* de la tentativa imperfecta) surge solo una vez constatado el inicio de ejecución penalmente relevante. Lo que sucede es que la criminalización de esa acción, *per se*, adolece de legitimidad retributivamente precaria. Respecto de la autonomía como capacidad de auto-obligarse a la realización de acciones futuras, con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, «Autonomía elemental como auto-normatividad (reflexiones veraniegas intemporales)», *InDret* (3), 2019.

⁶⁰⁵ La punibilidad de tal conducta, sin embargo, también queda evidentemente condicionada: el § 31, frase 2 del StGB, exime de pena al autor si este, de manera voluntaria y «*después de que se haya declarado dispuesto a un crimen, renuncia a su propósito*».

⁶⁰⁶ Sobre esta idea y sus dificultades, en detalle, *infra*, Apartado IV, punto 1 (pp. 223 ss.).

sido descartado ya en esta investigación). Por el contrario, en el modelo aquí adoptado, toda imposición de pena retributiva presupone el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento *legítima*, esto es, una conducta cuya criminalización pueda fundamentarse en su capacidad de afectar –alguna dimensión de– la autonomía de los ciudadanos.⁶⁰⁷ Tal como afirma ROSTALSKI, solo una norma de conducta legítima puede «*motivar al participante racional en la esfera de lo jurídico a comportarse en consecuencia*».⁶⁰⁸

En el caso de la tentativa imperfecta, la legitimidad retributivamente precaria de la norma nos indica que estamos ante un *injusto precario*, cuya punibilidad debería quedar condicionada a que el autor no exprese, mediante un comportamiento posterior, que no existe tal compromiso futuro de realizar las acciones futuras (desvirtuando así el fundamento prospectivo del castigo de la tentativa imperfecta). A partir de aquí, el carácter interno a la tentativa imperfecta que presenta el desistimiento obtiene una explicación más bien razonable: dado que una teoría retributiva mira con particular recelo la criminalización y posterior castigo de esas conductas (pues el fundamento de su punibilidad es fundamentalmente prospectivo), la imposición de pena queda sometida a condición a través del instituto del desistimiento.

En definitiva, la pregunta de por qué la tentativa imperfecta es la única que puede ser desistida, encuentra aquí la siguiente respuesta: se trata del quebrantamiento culpable de una norma que presenta un déficit de legitimidad retributiva, el cual queda compensado mediante el reconocimiento de una *punibilidad condicionada al no desistimiento*. En este sentido, la descripción de JAKOBS del desistimiento como «*conducta especial posterior al hecho*»,⁶⁰⁹ para tener pleno sentido, debe ser *precisada*. En su carácter de *conducta posterior*, el desistimiento no presenta peculiaridad alguna, pues no es más que otro comportamiento post-delictivo previsto en el ordenamiento jurídico.⁶¹⁰ La particularidad del desistimiento no proviene de su carácter *posterior* al hecho, sino *del hecho* al cual resulta posterior: *la tentativa imperfecta*. Lo particular es, desde el punto de vista de la norma de comportamiento infringida, el injusto precario de la tentativa imperfecta.

Una vez aclarado lo anterior, debemos retomar el esquema de argumentación inicialmente expuesto y según el cual la impunidad que genera el desistimiento debe ser explicada distinguiendo dos ámbitos de consideraciones: por un lado, la punibilidad de

⁶⁰⁷ Véase, con mayores referencias, Capítulo III, Apartado II, punto 3 (pp. 89 ss).

⁶⁰⁸ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 349, refiere que toda norma de comportamiento ilegítimas posee este déficit de motivación.

⁶⁰⁹ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/2: «*Jedoch ist Rücktritt insofern ein besonderes Nachtatverhalten...*».

⁶¹⁰ Similar, FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 9; también, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 30.

la tentativa y el carácter interno a la tentativa del desistimiento (de lo que ya nos hemos ocupado); por el otro, la naturaleza jurídica o ubicación sistemática del desistimiento. Esto último es lo que afrontaremos a continuación.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO

Tradicionalmente, el análisis de la naturaleza jurídica del desistimiento ha estado vinculado a la ubicación sistemática que, respecto de las categorías dogmáticas del delito, se asigna al instituto. En el marco de las clásicas “teorías jurídicas” del desistimiento (y en las propuestas teóricas más “modernas” de RUDOLPHI, ULSENHEIMER y JAKOBS, entre otros), esto tiene pleno sentido, pues dichas teorías explican la impunidad que este genera como una consecuencia necesaria de la ausencia misma de injusto culpable.⁶¹¹ Brevemente: si el desistimiento suprime o impide el nacimiento del delito de tentativa, parece lógico que la discusión haga foco en la ubicación dogmática que, al interior de las categorías dogmáticas del injusto culpable, se asigna al instituto.

En mi opinión, afrontar la discusión en estos términos es algo apresurado, pues con ello estamos asumiendo, ya de entrada, una premisa teórica importante que todavía no ha sido discutida. En lo que sigue y con el objeto de traer a la luz esta cuestión, se prescinde de esta “ubicación dogmática” del desistimiento y se propone un punto de vista distinto para la consideración del problema que, en esencia, toma como punto de referencia la distinción básica entre norma de comportamiento y de sanción. Conforme con ello, el debate queda planteado del siguiente modo: el desistimiento puede considerarse un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento o, por el contrario, puede constituir un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción. Y es que, en verdad, parece lógico que, antes de decidir su ubicación dogmática al interior del concepto de delito, nos preguntemos primero si el desistimiento puede concebirse como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta. Solo cuando la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido preguntarnos por su ubicación dogmática.

⁶¹¹ RUDOLPHI, *SK*, 6ª ed., § 24/6; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, pp. 94 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., § 26/2 ss.; EL MISMO, en JAKOBS, *Estudios...*, 1997, pp. 325 ss. Similar, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/29 ss., entiende al desistimiento como un comportamiento que elimina la necesidad de pena y, con ello, la categoría dogmática de la *responsabilidad penal*.

1. El desistimiento: ¿un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento?

1.1. Breve descripción

A mediados del siglo pasado, se incrementaron las críticas a las teorías político-criminales del desistimiento, su concepción como instituto independiente de la tentativa y su naturaleza de causa de exclusión o supresión (cancelación) de la pena.⁶¹² Estas críticas fueron acompañadas, por un lado, del resurgimiento de la tesis de la unidad de valoración (según la cual, tentativa y desistimiento deben considerarse como una conducta unitaria, un único objeto de valoración jurídica)⁶¹³ y, por el otro, de la comprensión del instituto como un obstáculo para el nacimiento del injusto de la tentativa, es decir, como un presupuesto negativo del quebrantamiento de la norma de conducta.⁶¹⁴ Esta última afirmación, como dijimos, constituye la premisa de partida para comenzar a discutir la ubicación dogmática del instituto al interior de las categorías del injusto culpable. A partir de allí, existen diversas posibilidades:⁶¹⁵

+) Una corriente doctrinal considera que el desistimiento constituye un elemento negativo o causa de exclusión del *tipo* de la tentativa.⁶¹⁶ Durante el siglo XX, los exponentes más importantes de esta idea fueron V. HIPPEL, LANG-HINRICHSEN y V. SCHEURL.

El primero, a partir de su ya conocida distinción entre la perspectiva categorial y la perspectiva teleológica en la construcción del concepto del delito, concibe al desistimiento como una parte integrante de un concepto dinámico-teleológico de la

⁶¹² Respecto de la evolución histórica del instituto en general y, especialmente, durante en el s. XX, SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, 2006, p. 43 (nota 187) y pp. 45 ss.

⁶¹³ Vale aclarar que esta idea no es propia del s. XX y fue extraída a partir de la regulación legal contenida en el Código Penal Prusiano de 1851, pues allí se hacía referencia al desistimiento voluntario en la propia definición de tentativa (como si se tratara de una *característica negativa* de la tentativa). Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del íter críminis», en EL MISMO, *El nuevo Código Penal...*, 1997, p. 140.

⁶¹⁴ En esta perspectiva, JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, pp. 325 ss.; FRISCH, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, 2004, pp. 193 ss.; HERZBERG, «§ 24», *MK-StGB*, nm. 3, equipara el desistimiento con la figura de la rescisión civil alemana (Art. 142.1 BGB): así como la rescisión elimina la existencia misma de la transacción original, el desistimiento elimina la tentativa. Producida la rescisión o el desistimiento, ni la transacción ni la tentativa han existido jamás. Desde una perspectiva distinta, HAAS concibe a la tentativa y al desistimiento como dos partes integrantes de una única *figura de imputación* („als einheitliche Zurechnungsfigur“); HAAS, *ZStW* (123), 2011, pp. 245 ss.

⁶¹⁵ Un resumen crítico acerca de la ubicación sistemática del desistimiento, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, pp. 43 ss. Más reciente y en detalle, SCHUMANN, *Zum Standort...*, 2006, *passim*; DAVID, *El desistimiento...*, Tesis doctoral inédita, pp. 124 ss.

⁶¹⁶ Una distinción ulterior, sugiere Muñoz Conde, podría trazarse entre aquellos que sitúan al desistimiento como elemento negativo de la parte subjetiva del tipo de injusto (básicamente, como el reverso del dolo de la tentativa), y aquellos que lo entienden como el reverso de la parte objetiva del mismo (como reversión del peligro creado); véase MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 63 ss.

tentativa. En este sentido, v. HIPPEL define a la tentativa (punible) como una *fase del suceso típico* que, en concreto, se desarrolla entre el comienzo de ejecución del hecho (al finalizar los actos preparatorios) y la última acción antes de la consumación definitiva. El desistimiento es, para este autor, solo una parte de este desarrollo dinámico que supone la tentativa y, por tanto, puede definirse como un «*elemento negativo del tipo de la tentativa*».⁶¹⁷ En definitiva, para v. HIPPEL, «*la tentativa amenazada con pena debe ser considerada como una forma de especial de peligro [que se alcanza mediante] la infracción de un deber de no-apartarse de continuar con la ejecución o de no-evitar la producción del resultado*».⁶¹⁸

+) Otra posibilidad es considerar al desistimiento como causa de exclusión (sobrevenida) de la antijuridicidad. Desde una perspectiva más bien causalista, se trabaja aquí con un concepto de *antijuridicidad objetiva y sometida a condición resolutoria*. De esta forma, el desistimiento se presenta como una conducta que *elimina* (o *impide* la producción de) alguna condición causal necesaria para la producción del resultado lesivo.⁶¹⁹ Y dado que lo verdaderamente antijurídico es el resultado lesivo, el desistimiento trabajaría como una condición resolutoria de un juicio de antijuridicidad previo y provisorio (realizado al momento del comienzo de ejecución de la tentativa).

⁶¹⁷ Véase v. HIPPEL, *Untersuchungen...*, 1966, pp. 72 ss. El uso que hace v. HIPPEL del término «*tentativa punible*» es equivalente al de «*tentativa*», por lo que no hay duda de que el desistimiento se interpreta como un elemento negativo del tipo. Al respecto, en detalle, SCHUMANN, *Zum Standort...*; 2006, pp. 92-93: «*La división del comportamiento típico en los distintos escalones del delito tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, también conduce a un cambio de perspectiva en relación a los conceptos de tentativa y tentativa punible. Por eso, la denominación «tentativa punible» encierra un significado distinto en una construcción más escalonada del delito que aquél que encierra el término tentativa punible en el siglo 19. [...En el caso de v. HIPPEL], los términos tentativa y tentativa punible se utilizan desde una perspectiva que no tiene en cuenta los componentes de la estructura del delito. Tentativa es [...] sinónimo de tentativa punible*». De hecho, esto se pone de manifiesto a partir de la problemática que genera respecto de la participación delictiva, la cual fue solucionada por v. HIPPEL de modo radical: eliminando el principio de accesoriedad de la participación. Sobre la compatibilidad de la tesis del desistimiento como elemento negativo del tipo de injusto y el principio de accesoriedad de la participación, véase *infra*, punto 1.2.b. También KÖHLER, *AT*, 1997, p. 469, considera al desistimiento voluntario como un instituto que elimina el carácter de tipo de injusto del hecho, en particular, como una causa de supresión del injusto (*Unrechtsaufhebungsgrund*).

⁶¹⁸ v. HIPPEL, *Untersuchungen...* 1966, p. 73.

⁶¹⁹ Mayores referencias y una crítica a esta concepción en POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 100 ss. y 220. Sin embargo, considero impreciso ubicar a BINDING en esta concepción. Este autor efectivamente afirma que el desistimiento suprime [o impide que nazcan el resto de] las condiciones causales necesarias para la producción del resultado típico, de manera tal que su conducta, desde una perspectiva de totalidad, ya no puede considerarse *antijurídica*. Pero debe tenerse en cuenta que esta última afirmación hace referencia a una antijuridicidad estrictamente penal y, en este sentido, el desistimiento es un presupuesto negativo de la norma de sanción (del *hecho punible*), no de la infracción a la norma de conducta (el comportamiento previo al desistimiento sigue siendo antijurídico). Véase al respecto, BINDING, *Die Normen...*, 1877, p. 251.

+) Ciertos autores entienden, finalmente, que estamos ante un presupuesto negativo del tipo de culpabilidad, ya sea que el desistimiento se conciba como una causa de exclusión de la misma o bien como una verdadera causa de exculpación.⁶²⁰

Respecto de lo primero, el principal exponente ha sido ROXIN: amparado en su concepto dual de *responsabilidad penal*, formado por la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena, afirma que el desistimiento elimina esta necesidad de castigar y, por tanto, excluye la responsabilidad penal por el hecho.⁶²¹ Respecto del desistimiento como causa de exculpación, el desarrollo más acabado de esta idea pertenece a ULSENHEIMER.⁶²²

El análisis de cada una de estas posturas teóricas no se llevará a cabo en esta investigación;⁶²³ pues la cuestión que aquí se plantea es, como dijimos, previa a la ubicación sistemática del desistimiento. En efecto, la pregunta relevante es la siguiente: *¿Puede el desistimiento considerarse un presupuesto negativo de la infracción típica que supone la tentativa?* Quien se incline por la afirmativa, y más allá de cuál sea la ubicación sistemática concreta que le conceda, debe aceptar que la concurrencia del desistimiento impide el nacimiento de la tentativa.⁶²⁴ Desde esta perspectiva, la pregunta inicialmente planteada –a saber, por qué el desistimiento suprime algo que ya existe en el mundo– estaría, en verdad, mal formulada. No se trata de «eliminar» nada: los *hechos* existieron, pero sucede que, a raíz del desistimiento, no pueden ser calificados de *tentativa*.⁶²⁵ La «*tentativa desistida*» no es aquí ninguna tentativa; dicho a la inversa: la verdadera tentativa es aquella que no ha sido desistida.

De esta raíz común, es posible extraer *dos vertientes distintas*. La primera de ellas considera que el desistimiento no puede eliminar la antijuridicidad del comportamiento

⁶²⁰ Una exposición detallada en SCHUMANN, *Zum Standort...*, 2006, pp. 137 ss. Una posición particular mantiene ESER, «§ 22-24», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB-K*, 28ª ed., 2010, § 24/4, quien considera al desistimiento una causa de extinción de la culpabilidad a partir del mérito que supone el desistimiento (una “causa de supresión de la pena por extinción de la culpabilidad”). En este sentido, se asemeja a la idea del “saldo de la deuda” desarrollada por HERZBERG, *MK-StGB*, § 24/3. Críticamente, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 56 ss.

⁶²¹ ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/29.

⁶²² ULSENHEIMER, *Grundfragen...* 1976. Para una crítica detallada, véase SCHUMANN, *Zum Standort...*, 2006, pp. 151 ss.

⁶²³ Para una detallada evolución histórica del desistimiento, su naturaleza jurídica y ubicación sistemática en la teoría del delito, véase SCHUMANN, *Zum Standort...*, 2006, *passim*; LA MISMA, «Der Rücktritt gem. § 24 StGB auf der „Tatbestandsebene“ des Versuch»; *ZStW* (130), 2018, pp. 1 ss.. En la doctrina española, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 217 ss.; DAVID, *El desistimiento...*, Tesis doctoral inédita, pp. 144 ss.; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*; 1972, pp. 43 ss.

⁶²⁴ En lo personal, entiendo que la posición de KÖHLER, *AT*, 1997, p. 469, quien caracteriza al desistimiento como una *causa de supresión del injusto* (*Unrechtsaufhebungsgrund*), no podría ser incluida en esta categoría. Dado que la anulación o supresión de algo requiere su previa existencia, la norma de conducta no podría considerarse infringida para después, en función de un instituto que ella misma prevé, suprimir su propia infracción.

⁶²⁵ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 115: «*Si se ha infringido directamente una norma de comportamiento, el desistimiento no puede suprimir el injusto que ya se ha materializado*».

previamente realizado, pero sí bloquea la posibilidad de considerar a dicha conducta como jurídico-penalmente relevante; brevemente: el desistimiento impide la configuración del *tipo legal* de tentativa.

En la doctrina española y con base en la distinción entre antijuridicidad general y antijuridicidad específicamente penal, MIR PUIG resume la idea del siguiente modo: «*El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad ex ante ni, por tanto, la prohibición de la conducta. [...] No puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya borrar. Mas si se concibe —como aquí— el tipo como tipo de injusto penal (y no sólo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino sólo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena*». ⁶²⁶

Esta línea ha sido desarrollada, en profundidad, por POZUELO PÉREZ. El punto de partida es definir a la tentativa como «*el fracaso de una consumación*»⁶²⁷ y al desistimiento como un presupuesto negativo del *tipo legal* de la tentativa, de manera tal que, si el agente revoca voluntariamente el riesgo mediante el desistimiento, *no fracasa*, sino que *desiste*. La tentativa fracasada y el «intento» desistido solo se asemejan respecto de una cuestión fáctica (la no consumación), pero normativamente significan cosas completamente distintas.

Analizado desde el punto de vista de la teoría de las normas, que es lo que aquí interesa, la idea es la siguiente: la prohibición impuesta por la norma de comportamiento puede ser cumplida «*de forma tradicional*» (esto es, mediante el *no inicio* de actos ejecutivos); pero también y una vez que se ha dado inicio a dicha ejecución, puede ser cumplida «*de modo extraordinario*», mediante el desistimiento. Brevemente: «*en ambos casos se trata de [el cumplimiento de] un deber idéntico*». ⁶²⁸ Quien desiste, entonces, da cumplimiento al deber (originariamente impuesto por la norma de comportamiento del tipo) cuya infracción se había iniciado mediante la realización de *actos ejecutivos no-típicos (de tentativa)*, de manera tal que su concurrencia «*impide la afirmación de la tentativa, [es decir] excluye el injusto típico de la tentativa*». ⁶²⁹

Personalmente, la solución no me convence. En primer lugar, porque se define a la tentativa a partir de lo que *no es*, como si se tratara de un delito imperfecto o

⁶²⁶ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, L. 13/93 ss. Debe recordarse que, en la concepción de este autor, el concepto de antijuridicidad toma como punto de partida el desvalor de resultado, pero asienta su núcleo en el desvalor del hecho (entendido como conducta humana peligrosa ex ante y no justificada), el cual solo puede obtenerse desde un punto de vista intersubjetivo (véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, L. 5/21 s.)

⁶²⁷ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 243.

⁶²⁸ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 244.

⁶²⁹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 245.

subordinado, con todos los problemas que ello acarrea.⁶³⁰ En segundo lugar, porque se propone una nueva categoría conceptual (denominada «*actos ejecutivos antijurídicos no-típicos*»), la cual posee una relevancia dogmática trascendental, pero no se especifica nada en relación con ella. En efecto, dichos actos ejecutivos generan derechos de defensa necesaria en los terceros, abren la posibilidad de intervención a las fuerzas policiales y, además, los partícipes que en ellos intervienen, pueden ser perfectamente castigados. En tercer lugar, porque incluso si estamos dispuestos a aceptar estas consecuencias dogmáticas, existe una problemática adicional: pareciera que esos actos antijurídicos no típicos se convierten, automáticamente y por el solo hecho de fracasar la tentativa, en actos típicos. Veamos un ejemplo:

En el *hall* de un aeropuerto, el sujeto Ø instala una bomba con espoleta de tiempo configurada en 30 min. Sin embargo, pensando en un potencial arrepentimiento, se ha reservado una posibilidad segura de revocación del riesgo mediante un control remoto, capaz de paralizar el contador. La policía encuentra la bomba y la desactiva 10 min. antes de la explosión programada.

Que estamos ante una tentativa fracasada y punible, resulta indiscutible. Sin embargo, la pregunta relevante aquí es otra: ¿cómo deben interpretarse los hechos *antes* de que fracase la tentativa, esto es, antes de que intervenga la fuerza policial? En opinión de POZUELO PÉREZ, se trata de *actos ejecutivos (antijurídicos) no-típicos* (no constitutivos de verdaderas tentativas). Pero dicha solución, nos sitúa ante un nuevo problema: la intervención de la policía, al margen de cerrar la puerta del desistimiento, *genera* algo que antes no existía, a saber: una *tentativa típica punible*. Dicho de otro modo: aquello que transforma una antijuridicidad genérica (no-típica ni castigable) en un injusto culpable y punible, es la imposibilidad de desistir debido a la intervención de un tercero. Se trata, en verdad, de la contracara de una objeción ya deslizada anteriormente: el desistimiento no puede transformar lo que (en mi opinión) ya era una verdadera infracción normativa (tentativa imperfecta) en una acción jurídico-penalmente irrelevante.

Por último, y a menos que se sostenga una naturaleza dual del desistimiento, el modelo anterior debería trasladar esa misma conclusión a los casos de tentativa perfecta, eliminando también la relevancia jurídico-penal de esa conducta precedente. Precisamente, afirma POZUELO PÉREZ que, cuando alguien «*suministra a otro un veneno y, antes de que consiga su efecto mortal, le da un antídoto infalible [...] el riesgo que en este caso ha supuesto administrar el veneno tampoco es jurídico-penalmente relevante respecto de la norma que prohíbe matar*».⁶³¹ Y dicha consecuencia dogmática es, en mi opinión, ampliamente cuestionable.

⁶³⁰ Véase, en detalle y con mayores referencias, REYES ALVARADO, *El delito...*, 2016, pp. 91 ss.

⁶³¹ POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 242.

La segunda línea teórica considera que el desistimiento impide la configuración del *tipo de injusto* de la tentativa. Desde una perspectiva restrictiva del desistimiento, vinculada a la idea *jakobsiana* de una «*modificación de un hecho todavía actual*», esta vertiente ha sido desarrollada recientemente por DOLD.⁶³² En su modelo, debe recordarse, el *injusto del hecho punible* –de la tentativa– solo puede configurarse cuando estamos ante una *tentativa cerrada o perfecta*, en la que ya no resulta posible desistir (pues un quebrantamiento de la norma no puede ser suprimido mediante desistimiento).⁶³³ Por tanto, a diferencia del modelo anterior, el desistimiento es aquí un instituto interno a *la tentativa no cerrada* (imperfecta). Sucede que, como hemos visto y para DOLD, esta tentativa no constituye un injusto del hecho punible, sino una especie de *injusto ficticio*, en virtud del cual el agente, a pesar de no haber infringido norma de conducta alguna, debe soportar que se lo trate *como si* la hubiera infringido.

En este marco conceptual, DOLD sostiene que quien desiste ha realizado dos acciones diferentes: comienzo de ejecución de la tentativa no cerrada (o imperfecta) y desistimiento. Sin embargo, tal distinción analítica no impediría que, bajo determinadas condiciones que es necesario especificar, ambas acciones puedan interpretarse –desde el punto de vista normativo– como una *única* toma de posición frente a la norma. Acerca de las condiciones bajo las cuales DOLD entiende legítima esa vinculación normativa entre desistimiento y tentativa imperfecta, no cabe entrar aquí. Basta mencionar que el autor utiliza para esa vinculación las herramientas analíticas proporcionadas por el *linking principle* y el principio de la *identidad numérica* de las personas.⁶³⁴ Lo que me interesa destacar ahora es la conclusión mencionada: al igual que en el modelo anterior, la tentativa (ahora imperfecta) y el desistimiento deben considerarse *un mismo acto comunicativo*; se trata de una toma de posición *única* frente a la norma de comportamiento, de manera tal que dicha norma no puede considerarse infringida.

Con el desistimiento, el autor emite una expresión que contradice la declaración negativa anterior (que tuvo lugar con la tentativa imperfecta) y, en esa medida, su comportamiento resulta en sí mismo contradictorio. Dicho de modo simple: se trata de un hablante que, frente a una pregunta, responde asintiendo con la cabeza para luego negar con su voz. Ese carácter contradictorio fundamenta la afirmación de que toda tentativa imperfecta desistida (recuérdese, *una única* toma de posición) constituye, en sus términos, un «*enunciado perplejo*» (*perplexe Aussage*). Según afirma DOLD, un enunciado perplejo es una *contradictio in adiecto*, una especie de oxímoron que, desde el punto de vista comunicativo, no es ningún enunciado (*eine perplexe Aussage ist keine*

⁶³² DOLD, *Eine Revision...*, 2017, pp. 109 ss.

⁶³³ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 115: «*Si se ha infringido directamente una norma de comportamiento, el desistimiento no puede suprimir el injusto que ya se ha materializado*».

⁶³⁴ Véase, DOLD, *Eine Revision...*, 2017, pp. 91 ss., 111 ss.

Aussage). En palabras del autor, quien recurre a una analogía discursiva utilizada también por JAKOBS:

*«La situación es comparable a la de un orador que emite un discurso cuyo sentido completo depende de la última palabra que pronuncia y [llegado el momento] se mantiene en ella. Hasta este punto, para el interlocutor no está claro qué quiere decir el orador. Este no ha dicho nada en absoluto. Solo cuando pronuncia la última palabra queda fijado el sentido de aquello que quiere expresar. De forma correspondiente, la toma de posición del autor respecto de la vigencia de una norma de comportamiento, solo estará cerrada cuando dicha norma sea directamente lesionada [con la tentativa perfecta], desistida o cuando el desistimiento de la tentativa ya no sea posible [tentativa fracasada]».*⁶³⁵

El desistimiento transforma la expresión del autor (que inicialmente *parecía ser contraria* a la norma de comportamiento) en algo contradictorio en sí mismo, en una *declaración perpleja*. En la medida en que el agente desiste, el “enunciado” se cierra con un sentido *no-delictivo* y el tipo de injusto de la tentativa nunca llega a materializarse. Debe recordarse lo siguiente: dado que aquí el comportamiento de tentativa imperfecta no es más que un *injusto ficticio*, no se trata de que el desistimiento (como acto posterior a dicha acción) haga *desaparecer* el injusto (no puede hacer desaparecer algo que todavía no existe), sino que más bien *impide su nacimiento*. Por eso, el desistimiento representa una *«causa de impedimento del injusto» (Unrechtshinderungsgrund)*. En este modelo, entonces, la naturaleza jurídica del desistimiento es la de una *causa impeditiva del nacimiento del injusto de tentativa*; y su efecto queda circunscripto a *impedir que el autor* (de una tentativa imperfecta, quien todavía no ha infringido norma de comportamiento alguna) *sea tratado como si la hubiera quebrantado*:

*«[e]l desistimiento, por lo tanto, no suprime el injusto de la tentativa. El hecho de que el autor no desista es, en verdad, una condición necesaria para la existencia misma del injusto de la tentativa».*⁶³⁶ *«El desistimiento solo puede tener el efecto de impedir que, antes de infringir la norma de comportamiento, el autor pueda ser tratado como si la hubiera infringido, en virtud de que su toma de posición frente a dicha norma es perpleja».*⁶³⁷

⁶³⁵ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 114.

⁶³⁶ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 115. Aquí parece claro que el autor utiliza el término „*Unrecht des Versuch*“ en el sentido de “injusto del hecho punible” (Das Unrecht des Straftat), es decir, como quebrantamiento de la norma de comportamiento frente al cual es legítimo reaccionar con pena. Esta utilización del término es, al interior de su propia obra, inconsistente: el propio autor especifica (en p. 45) que *«si en lo que sigue se habla de manera genérica del “injusto de la tentativa”, se trata siempre del injusto de la tentativa no cerrada»*. Véase la nota 101.

⁶³⁷ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 115.

En términos generales y prescindiendo de las críticas específicas que afrontaremos luego,⁶³⁸ creo que estas dos afirmaciones, referidas a la naturaleza jurídica y al efecto del desistimiento, deberían encender algunas alarmas. Ambas conclusiones no parecen ser compatibles entre sí, pues el desistimiento adquiere aquí una *doble posición normológica*: por un lado y respecto de la *verdadera tentativa*, el desistimiento parece configurar un presupuesto negativo del injusto (su no-concurrencia es una condición necesaria para la existencia de la tentativa); por otro y respecto la *tentativa imperfecta* (el injusto ficticio), el desistimiento parece erigirse en un presupuesto negativo de la aplicación de la norma de sanción. En términos sencillos: bajo el título «*causa de impedimento del injusto*», DOLD parece estar camuflando un instituto cuyo efecto impacta, exclusivamente, sobre la posibilidad de aplicar pena (eso sí, fundada en una *consideración-como-si*). A decir verdad, lo único que impide el desistimiento es la posibilidad de *tratar* al autor *como si* hubiera infringido una norma; lo que significa: *el desistimiento solo impide hacer uso de la posibilidad de reaccionar con pena* (eso sí, habilitada por un *injusto ficticio*).

Al margen de sus diferencias y lo breve de la explicación, creo que lo anteriormente expuesto alcanza para concluir que ambos planteamientos pretenden asignar al desistimiento la naturaleza de elemento negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento de la tentativa. En definitiva, para estos autores, *el injusto de tentativa solo existe en la medida en que esta no haya sido desistida* [o sea, no desistible]. En el punto siguiente se resumen los problemas más relevantes que, según creo, aquejan a esta posición.

1.2. Algunos problemas

Desde el punto de vista conceptual, concebir al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, abriga una primera contradicción: si el desistimiento impidiera el nacimiento de la tentativa, se estaría impidiendo a sí mismo. Formulado de otro modo: el desistimiento no puede impedir el nacimiento del injusto de la tentativa, porque ese injusto es un presupuesto necesario del desistimiento.⁶³⁹ Afirmar lo contrario sería, desde un punto de vista lógico, tan difícil como afirmar que la defensa necesaria impide el nacimiento del injusto de agresión del cual el agredido se defiende. Sin injusto de agresión no puede haber defensa necesaria; sin injusto de tentativa tampoco puede haber desistimiento.

⁶³⁸ Para una consideración crítica de estos dos conceptos de injusto en materia de participación, véase *infra*, punto 1.2.b.

⁶³⁹ En esta línea, AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 206, se refiere al injusto de la tentativa como la situación objetiva que la legislación presupone para desistir. Los textos legales parecen ser claros en este punto: el art. 16.2 del CPE establece que el autor que desiste queda exento de responsabilidad penal «*por el delito intentado*»; el § 24.1 del StGB alemán y el § 16.1 del StGB austríaco utilizan la siguiente fórmula: «*no será castigado por tentativa*».

Alguien podría objetar que se trata de estructuras distintas, en tanto las causas de justificación suponen la existencia de dos sujetos o intereses en conflicto. En mi opinión, por un lado, esto no obstaculiza la analogía conceptual ni tampoco impide aplicar estructuras explicativas similares, cosa que ha hecho la doctrina en ambas direcciones. Por un lado, ya destacamos que DOLD divide en dos la personalidad del autor que desiste, aplicando al desistimiento la estructura de la auto-participación. Por otro, cierto sector de la doctrina tiende a interpretar la legítima defensa como la gestión de un negocio jurídico ajeno; como el ejercicio de una facultad que, al mismo tiempo, constituye el cumplimiento del deber del agresor, a su propia costa, de retirar la agresión.⁶⁴⁰

Las dificultades importantes, sin embargo, no son conceptuales sino dogmáticas. La mayoría de estos problemas se generan porque, en este modelo y al menos en cierta medida, es inevitable considerar al desistimiento como un *reverso especular del injusto culpable de la tentativa*. Se trata, en definitiva, del conocido «*Spiegelbild-axiom*»⁶⁴¹ que ha dado lugar a la idea de *contra-imputación* con que la doctrina tematiza el problema del desistimiento. Así las cosas, el valor de acción y de resultado exigidos para ganar impunidad por desistimiento, se construyen como reflejo especular del tipo de injusto de la tentativa y, por lo tanto, dependerán de la particular concepción que se tenga sobre dicho injusto. Conforme con esa idea, el desistimiento debe consistir en algo valorativamente equivalente, pero de signo contrario al tipo de injusto de la tentativa o, para decirlo en términos más bien formales, donde ‘a’ es desistimiento y ‘b’ es tentativa, «*a = -b*». Veamos las consecuencias dogmáticas que se derivan a partir de esta premisa.

a. Las formas del desistimiento como reverso de la tentativa acabada e inacabada

Según el grado de ejecución fáctica que ha alcanzado el *íter críminis*, tradicionalmente se afirma que la tentativa está *acabada* cuando el sujeto ha realizado todo lo que (en su caso, según su representación) era necesario para alcanzar la producción del resultado. Por el contrario, la tentativa permanece *inacabada* cuando (en su caso, según la representación del autor) todavía no se han realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado.⁶⁴² A partir de esta distinción –ampliamente difundida en la doctrina y jurisprudencia–, se han pretendido extraer consecuencias importantes en

⁶⁴⁰ En esta línea, PALERMO, *La legítima defensa...*, 2006, pp. 313 ss., entiende que la facultad defensiva bien puede concebirse como una gestión ajena en el cumplimiento de los deberes del agresor (por parte del agredido).

⁶⁴¹ La expresión es de BLOY, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung», *JuS*, 1987, p. 533. Por su parte, KOLSTER, *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1992, p. 113, utiliza las expresiones «*Symmetrieverhältnis*» o «*Spiegelbildlichkeit*».

⁶⁴² El punto de vista más objetivo (que adopta, p. ej., el CP español) o más subjetivo (p. ej., el StGB alemán) a partir del cual debe determinarse el carácter necesario de los actos, es irrelevante ahora. Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, pp. 8 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 50ª ed., 2020, § 17, WEINHOLD, *Rettenungsverhalten...*, 1990, pp. 71-72.

relación con el fundamento de la punibilidad de la tentativa, la posibilidad de imputar el resultado al dolo del autor y las formas del desistimiento. Aquí nos ocupamos, exclusivamente, de esto último.

Sin embargo, debe señalarse que la distinción presenta un problema relativo a la propia tentativa pues, en definitiva, hace coincidir la tentativa acabada con la terminación de la fase activa de la misma. El problema radica en que, con ello, se oculta un dato fundamental a saber: toda tentativa activa también tiene una fase omisiva. En breve: la distinción *acabada-inacabada* está vinculada al pensamiento naturalista de que las omisiones no causan nada y que, por tanto, todo lo causalmente relevante para la producción del resultado debe haber sido introducido en el mundo durante la fase activa de la misma (parece suponer que, a partir de finalización de la fase activa, el hecho «*se sigue desarrollando automáticamente*»).⁶⁴³

Con la adopción del *Spiegelbild-axiom* entre tentativa y desistimiento, la distinción fáctico-cuantitativa entre tentativas *inacabadas-acabadas* adquiere una relevancia fundamental, pues determina las dos formas que puede adoptar el desistimiento: *abandonar la ulterior ejecución* o bien *impedir la consumación*. En este sentido, la concreta forma que debe adoptar el desistimiento depende del mayor o menor grado de ejecución fáctica que haya alcanzado el injusto de tentativa: «*a menor cantidad de ejecución de injusto, menos desistimiento se necesita*»; y «*a mayor cantidad de ejecución del injusto, más desistimiento se exige*». Así las cosas, se afirmaría que, para desistir de la tentativa inacabada, basta con «*hacer menos*» (abandonar la ulterior ejecución), mientras que, para desistir de la tentativa acabada, sería necesario «*hacer más*» (impedir la consumación). Brevemente: el *abandonar* la ulterior ejecución es la contracara del injusto de la *tentativa inacabada*, mientras que *impedir* la consumación es el reflejo especular de la *tentativa acabada*.

Este paralelismo, de hecho, ha sido reiteradamente criticado por un sector importante de la doctrina⁶⁴⁴ y la jurisprudencia⁶⁴⁵ e incluso caracterizado, directamente, como algo más bien estéril, inútil o de «*falso problema*». ⁶⁴⁶ Y es que, en efecto, una vez reconocido que la dupla conceptual tentativa acabada e inacabada es una distinción de corte más bien naturalista, no es coherente utilizarla para determinar la forma que deben

⁶⁴³ Una crítica reciente a esta cuestión en DOLD, *Eine Revision...*, 2017, pp. 46 ss.

⁶⁴⁴ Con mayores referencias, GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, pp. 21 ss.; CARMEN ALASTUEY, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *Revista de Derecho penal y criminología* (5), 2011, 3ª época, pp. 13 ss.

⁶⁴⁵ La jurisprudencia española se ha expresado en numerosas ocasiones acerca de la inutilidad que presenta, en materia de desistimiento, la distinción clásica entre tentativa acabada e inacabada. En este sentido, la STS 804/2010 afirma que «*la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones [...] puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas*». En la doctrina, véase ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/152 ss.; GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, pp. 24 ss.

⁶⁴⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, 1994, p. 119.

adoptar los actos de desistimiento. Formulados de otro modo: «*el concepto de delictum perfectum y la fórmula para la determinación a él asociada, no funcionan en el contexto del desistimiento*». ⁶⁴⁷ Por lo demás, la imposibilidad de entablar una relación proporcional entre grado de ejecución material del injusto (de tentativa) y la forma del desistimiento queda en evidencia, según creo, cuando nos enfrentamos con casos de pluralidad de intervinientes. ⁶⁴⁸

b. La intervención delictiva

Este problema ha sido señalado en innumerables ocasiones por la doctrina. ⁶⁴⁹ La objeción es comprensible, pues en la medida en que se afirma que el desistimiento del autor suprime o impide el nacimiento del tipo de injusto, decae el hecho principal que, según el principio de accesoria limitada, resulta indispensable para imponer pena a los partícipes. A la inversa: el desistimiento del autor beneficiaría también a los partícipes, contradiciendo frontalmente la totalidad de los textos legales sobre esta cuestión. Si se quiere mantener el desistimiento como un presupuesto negativo del tipo de injusto de la tentativa y, al mismo tiempo, permitir la aplicación de pena sobre los partícipes, las opciones son, como es lógico, básicamente dos. La primera consiste en modificar sustancialmente aquello que tradicionalmente entendemos por injusto; la segunda, eliminar o modificar el carácter accesorio de la participación. Analicemos la viabilidad de cada una de estas opciones.

En la doctrina reciente, el primer camino ha sido transitado por DOLD. Este autor, como hemos visto, concibe al desistimiento como una *causa de impedimento del injusto*. Sin embargo, afirma que de dicha categorización sistemática «*no se puede derivar directamente ninguna consecuencia dogmática*» ⁶⁵⁰ en relación con la intervención delictiva o con el carácter justificado de las acciones defensivas. La única vía para hacer compatibles estas dos afirmaciones es *partir* el concepto de injusto; en concreto, el autor especifica *dos sentidos* en los cuales utiliza el término. Por un lado, en un «*sentido general o amplio*», ⁶⁵¹ el concepto de injusto designa «*el conjunto de propiedades necesarias para la imposición justificada de una pena*». ⁶⁵² Pero por otro lado, en un

⁶⁴⁷ WEINHOLD, *Rettingsverhalten...*, 1990, p. 75, refiere que la equiparación *menor injusto - menor desistimiento / mucho injusto - mucho desistimiento* es, directamente, una «*Milchmädchenrechnung*».

⁶⁴⁸ En esos casos, el propio CP español afirma que la impunidad por desistimiento del partícipe solo exige la realización de una prestación óptima destinada a evitar la consumación. Véase, en detalle, GILI PASCUAL, *Desistimiento...*, 2009, pp. 41 ss., 251 ss.

⁶⁴⁹ Véase, con mayores referencias, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1995, § 26/3 y 26/24; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/12 y 30/32; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 11/72.

⁶⁵⁰ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 115.

⁶⁵¹ La expresión pertenece a SCHEINFELD, «Dennis Dold, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch», *GA* (8), 2019, p. 526.

⁶⁵² DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 114.

«sentido particular», el injusto se define como «violación de una norma de comportamiento y, con ello, del deber de cooperación en la justa distribución de los bienes fundamentales».⁶⁵³ Este doble concepto de injusto permite a DOLD afirmar que todas las consecuencias dogmáticas pueden ser derivadas a partir del injusto en sentido particular; mientras que el injusto en sentido amplio especifica el conjunto de condiciones necesarias para la aplicación de una pena.

En mi opinión, el modelo no nos ayuda en absoluto respecto del problema de la intervención delictiva: si todas las consecuencias dogmáticas se derivan del concepto de injusto tradicional, ¿qué sentido tiene distinguir entre dos conceptos de injusto? Bien mirado, el concepto amplio de injusto parece coincidir con lo que, tradicionalmente, la doctrina denomina *hecho punible*. Esta es la razón por la cual previamente afirmábamos que, en este modelo, el desistimiento constituye una causa de exclusión de la pena *disfrazada* de una supuesta causa de impedimento del injusto.⁶⁵⁴

El segundo camino, en mi opinión, tiene mejores posibilidades y admite dos variables. La primera y más radical fue emprendida por V. HIPPEL y es sostenida por los defensores de una concepción subjetiva del delito.⁶⁵⁵ El objetivo es independizar completamente el injusto del partícipe, *eliminando* el principio de accesoriidad: la participación se convierte en un injusto autónomo y completamente personal, que ninguna conexión guarda con el hecho principal del autor. Una vez que se quiebra todo vínculo entre el injusto del autor y el del partícipe, el desistimiento del primero, aun cuando excluya el tipo de injusto del primero, ninguna relevancia tendrá para afirmar la existencia del injusto y la punibilidad del segundo.⁶⁵⁶

El partícipe infringe aquí su propia norma de comportamiento (por lo que se elimina la accesoriidad cualitativa) cuando –según su representación– pierde el control del riesgo sobre su aporte al hecho principal. Pero, además, en este esquema el comienzo de ejecución de la tentativa por parte del autor es completamente irrelevante *para la existencia del injusto* del partícipe (eliminándose también la accesoriidad cuantitativa).

⁶⁵³ DOLD, *Eine Revision...*, 2017, p. 114. Como ya dijimos, según sus propios postulados, este autor debería asumir que la tentativa imperfecta («no cerrada») ni siquiera llega a configurar un injusto en «sentido particular», puesto que no hay allí infracción a norma de comportamiento alguna (precisamente por eso, el autor debe dejarse tratar *como si* la hubiera infringido).

⁶⁵⁴ También críticos a este respecto, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, nota 77; SCHEINFELD, *GA* (8), 2019, pp. 524 ss.

⁶⁵⁵ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, SANCINETTI, *Teoría del delito...*, 1991, pp. 731 ss.; EL MISMO, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 374 ss.

⁶⁵⁶ La posición sostenida en este trabajo puede ser parcialmente compatible con esta independencia entre el injusto del autor y el del partícipe. Según creo, la idea del desistimiento como equivalente funcional de la pena retributiva exhibe una consonancia armónica con la idea de que la tentativa imperfecta del autor constituye una especie de *condición objetiva de punibilidad* del injusto autónomo del partícipe.

La segunda variable, menos radical, propone modificar el principio de accesoriedad, en concreto, modificar su dimensión cualitativa.⁶⁵⁷ A diferencia de la anterior, aquí se reconoce que la vinculación entre la conducta del autor y la conducta del partícipe es innegable (por tanto, la plena independencia no es posible y el principio de *accesoriedad cuantitativa* debe mantenerse). Sin embargo, para evitar la impunidad del partícipe, se modifica el objeto de referencia de la participación: en lugar de exigir que el autor haya ejecutado actos *típicos y antijurídicos* de tentativa, debe exigirse pura y exclusivamente la realización de *actos ejecutivos* (que bien podrían ser antijurídicos, pero no necesariamente deben ser actos típicos). De esta forma, mientras esté en manos del autor la posibilidad de revocación del riesgo, tales actos ejecutivos no son calificados como *típicos* de tentativa (antes de que se cierre la posibilidad de desistir, todavía no hay tipicidad, sino solo actos ejecutivos), pero serían suficientes para la imposición de pena sobre el partícipe.⁶⁵⁸ Pareciera ser, entonces, que el desistimiento configura una condición resolutoria de la antijuridicidad penal del *hecho del autor*, pero no *del hecho del partícipe*. El problema con esta conclusión salta a la vista: ¿cómo subsiste el injusto propiamente penal y accesorio del partícipe si la conducta del autor se considera *penalmente irrelevante*?⁶⁵⁹

b'. La vertiente procesal del problema a la luz de la intervención delictiva: la tensión con el principio «nemo tenetur se ipsum accusare»

La supuesta *eliminación retroactiva* del injusto genera también un problema adicional, de índole procesal, que toma especial relevancia en los casos de pluralidad de intervinientes. Para graficarlo, basta pensar en un hecho delictivo en el que, luego de haber iniciado la ejecución y consumado otros delitos, uno de los intervinientes desiste voluntariamente del hecho.

Tres sujetos rompen la cerradura del domicilio de la víctima e ingresan en la vivienda, con el objeto de robar una valiosa joya. Uno de ellos, pensando en su hija recién nacida y en las posibles consecuencias de ser descubierto y condenado, realiza un esfuerzo serio y voluntario dirigido a impedir la consumación, pero lamentablemente no logra convencer al resto de los intervinientes. Finalmente, huye del lugar y el hecho se consuma sin su intervención.

⁶⁵⁷ En esta línea, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 279.

⁶⁵⁸ En palabras de POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 280: «una vez que el autor principal haya comenzado los actos ejecutivos –aunque estos no sean todavía típicos– la punición de la conducta del partícipe solo dependerá de que este haya realizado un injusto culpable, puesto que se parte de que el partícipe realiza su propio injusto».

⁶⁵⁹ Sostener tal conclusión requiere independizar, de modo cualitativo y en alguna medida, el injusto del partícipe. Para ello es necesario establecer, de forma más o menos clara, cuál es la norma de comportamiento infringida por el interviniente. Explora la posibilidad de escindir el principio de accesoriedad en dos dimensiones, VACCHELLI, *Intervención delictiva...*, 2020, pp. 217 ss.

Concebir al desistimiento como un presupuesto negativo del injusto culpable, dijimos, nos lleva a eliminar el carácter delictivo de la tentativa desistida, al menos para el agente que lleva a cabo dicho comportamiento posterior. En este esquema, si quisiéramos incorporar la información que este sujeto puede aportarnos (por su conocimiento privilegiado sobre el hecho delictivo finalmente consumado por el resto de los intervinientes), no tendríamos más alternativa que hacerlo por la vía de la declaración testimonial –pues este sujeto no ha infringido norma de comportamiento alguna–.

Ahora bien, también debemos recordar que el desistimiento solo elimina, en este modelo, el tipo de injusto de la tentativa imperfecta, pero no de los hechos *ya consumados*: la punibilidad de esos hechos, como es sabido, subsiste. Ya con esto puede intuirse el problema que se quiere señalar: si a este interviniente le asignamos la categoría procesal de testigo, lo ponemos en un importante brete. Si dice la verdad, poniendo en conocimiento de la autoridad los delitos ya consumados y por los cuales resulta penalmente responsable, será condenado por ello; pero si miente, incurre en el delito de falso testimonio. Dicho en breve: en los casos donde existen delitos previamente consumados, entender el desistimiento como un presupuesto negativo del injusto de tentativa hace colisionar el *nemo tenetur* con el deber de decir verdad del testigo.

Lo anterior, también puede tener consecuencias fuera del ámbito del desistimiento. En efecto, si este sujeto que desiste también aporta datos a la autoridad respecto de delitos ya consumados, tal comportamiento parece constituir, en este modelo, el cumplimiento del deber de decir verdad que recae sobre un testigo. Esto dificulta la posibilidad de interpretar tal conducta como un comportamiento posterior de índole positivo y, con ello, se bloquea la posibilidad de aplicar determinadas atenuantes. Una aplicación más coherente del sistema debería asignar a este agente la categoría de imputado (por la tentativa imperfecta), concediéndole a su vez la atenuante de colaboración procesal.⁶⁶⁰

c. Desistimiento y deber de garante por injerencia ¿un sistema cerrado de imputación?

Los autores que entienden al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, normalmente equiparan el instituto con el cumplimiento de los deberes del garante por injerencia. En su núcleo, la idea es la siguiente: si el autor de una tentativa es a quien cabe imputar la generación de un curso causal peligroso, entonces el agente se convierte en garante por injerencia y el desistimiento, en verdad, no es más que el cumplimiento de tal deber de garantía (que exige poner fin a la tentativa peligrosa iniciada). Aquí, deber de garante por injerencia y

⁶⁶⁰ Sobre el particular, véase Capítulo VII, Apartado IV punto 5 (pp. 441 ss.).

desistimiento formarían un «*sistema cerrado de imputación*». ⁶⁶¹ Esta equiparación entre desistimiento y deber de garante por injerencia es, según creo, *inexacta*; no es cierto que injerencia y desistimiento constituyan un sistema cerrado de imputación: ambas cosas no pueden identificarse porque el espectro de casos que abarca cada instituto difiere en una medida considerable.

En *primer lugar*, no todo cumplimiento del deber del garante por injerencia constituye, al mismo tiempo, un desistimiento de la tentativa. Ambas cosas no pueden identificarse porque, más allá de que puedan coincidir circunstancialmente, el espectro de casos que abarca cada instituto difiere en una medida considerable. Si se acepta la premisa de que el desistimiento es un instituto interno a la tentativa imperfecta, la discordancia se pone en evidencia a partir de los casos de tentativa perfecta: el sujeto que pierde (objetiva y subjetivamente) el control del riesgo y, a pesar de eso, luego lo recupera de una forma absolutamente imprevisible, podrá cumplir perfectamente con su deber de garante por injerencia (que adoptará aquí la forma de un deber de salvamento), pero nunca podrá desistir de la tentativa (pues esta ya es perfecta o *no-desistible*). ⁶⁶² En este sentido, si bien es posible que el autor de una tentativa todavía pueda considerarse destinatario de la norma de comportamiento del tipo consumado, los casos de tentativa perfecta ponen de relieve que no todo cumplimiento de ese deber puede considerarse, al mismo tiempo, desistimiento voluntario de la tentativa. En un caso:

Ø planea asesinar a su pareja [] y luego suicidarse. A tal fin, Ø ha adquirido un poderoso veneno y, en caso de arrepentirse, el antídoto respectivo. Luego de verter el veneno en el whisky de la víctima y que esta lo ingiera de un trago, Ø traga su propia dosis de veneno. Minutos después, la víctima cae al suelo inconsciente y comienza a convulsionar. El autor, asumiendo que pronto será su turno, se sienta a su lado. De forma repentina, sin embargo, Ø vomita y expulsa el veneno. Ø interpreta esto como una señal divina y, aprovechando la ventana temporal, administra el antídoto a [], salvando su vida.

Sin embargo, no es necesario aceptar aquella premisa para que tal discordancia se ponga de manifiesto. De hecho, dar cumplimiento a un deber de salvamento derivado de una posición de garante por injerencia imprudente (que es, por cierto, el caso más frecuente de injerencia) no puede ser considerado desistimiento porque, según la doctrina mayoritaria, la infracción al deber negativo que fundamenta la injerencia por imprudencia no puede ser catalogada de tentativa y, tal como ha quedado expresado anteriormente, sin tentativa no hay desistimiento posible. Veamos el siguiente caso:

⁶⁶¹ Al respecto y con mayores referencias, WEINHOLD, *Rettingsverhalten...*, 1990, pp. 92, 78 y 88. Por el contrario, si el curso causal peligroso no le resulta imputable al agente, entonces no hay posición de injerencia y, por tanto, no hay deber de evitar la producción del posible resultado en virtud de lo dispuesto por el § 24 del StGB. Partiendo de premisas diferentes y circunscribiendo el paralelismo a la tentativa inacabada, parece llegar a las mismas conclusiones MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 15. Para una consideración crítica de esta última posición, véase Capítulo A-V (pp. 485 ss.).

⁶⁶² Para un análisis detallado, véase *infra*, Apartado V, punto 1 (pp. 262 ss.).

Ø juega imprudentemente con su arma de fuego, la cual se encuentra cargada. Repentinamente, se libera un disparo, generando lesiones graves en su colega Π. Inmediatamente, Ø advierte que la víctima, de no ser atendida en tiempo oportuno, corre serio riesgo de muerte. Ø traslada al hospital a Π, quien solo lamentará unas lesiones graves.

Con lo anterior, se ha puesto de relieve que el cumplimiento del deber de garantía por injerencia no siempre implica desistir de una tentativa y, por tanto, es erróneo afirmar que todo cumplimiento del primero implica un desistimiento de la tentativa. Sin embargo, en *segundo lugar*, puede uno analizar todavía la posibilidad de formular esa relación en sentido inverso: *¿es todo desistimiento de la tentativa, siempre y al mismo tiempo, el cumplimiento del deber de garante por injerencia?*

A esta pregunta ha contestado de forma afirmativa REAÑO PESCHIERA, haciendo una equiparación *parcial* entre ambos institutos. En este sentido, afirma: [Ø] cuando la tentativa ya es perfecta, el desistimiento no constituye cumplimiento de un deber de garante por injerencia, sino que, dicho deber de salvamento, está exclusivamente fundado en solidaridad. En palabras del autor, una vez que el sujeto

*«renuncia o pierde dicha posibilidad de revocación [del riesgo] y antes de que acaezca el resultado naturalista del delito, el desistimiento voluntario no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia institucional), cuya observancia impide al Juez imponer la pena máxima prevista para la consumación».*⁶⁶³

[Ø] Por el contrario, cuando la tentativa es todavía imperfecta, el desistimiento sí que puede ser entendido como una *expresión* del deber (negativo) de garante por injerencia, en concreto, como el cumplimiento de un *deber de aseguramiento*:

*«[I]uego del inicio de la tentativa y antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el denominado desistimiento voluntario es una **exigencia** derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia), cuyo cumplimiento impide al Juez imponer la pena máxima prevista para la tentativa».*⁶⁶⁴ Esto implica que, en la fase de tentativa imperfecta, *«el “desistimiento voluntario” debe ser interpretado como un **acto debido** vinculado a deberes de aseguramiento de la propia esfera organizativa».*⁶⁶⁵

Esa última equiparación *desistimiento - cumplimiento del deber de aseguramiento* es, según creo y como intentaré demostrar, también inexacta. Para ello, es primordial

⁶⁶³ REAÑO PESCHIERA, «El efecto exoneratorio por desistimiento voluntario de la tentativa: ¿lo que mal empieza mal acaba?», *RDPU*C (58), 2005, p. 456.

⁶⁶⁴ REAÑO PESCHIERA, *RDPU*C (58), 2005, p. 456. El resaltado es propio.

⁶⁶⁵ REAÑO PESCHIERA, *RDPU*C (58), 2005, p. 477. El resaltado es propio.

recordar que la posición de garante por injerencia (aquí reducida a los deberes de aseguramiento) pertenece al campo de las relaciones negativas, mientras que la tentativa es perfectamente posible mediante la infracción de deberes positivos.⁶⁶⁶ Esto produce una discordancia importante porque, desde el punto de vista teórico, es necesario admitir la posibilidad de que existan tentativas imperfectas (o inacabadas)⁶⁶⁷ mediante la infracción de deberes derivados de relaciones positivas cuyo desistimiento (por definición) no puede implicar el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Esto se advierte con mayor claridad cuando se repara en la tripartición de la omisión propuesta por SILVA SÁNCHEZ, en la medida en que con ello se da lugar a las *omisiones puras de garante* (en las que, si bien existe posición de garantía, no se admite la imputación de resultado). En efecto, si esa particular posición de garantía no se origina en una injerencia precedente por parte del autor, sino en una posición institucional, un caso fortuito o un riesgo especial, entonces el desistimiento de la tentativa de tales omisiones no podría representar, en ningún caso, el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Pero incluso quienes no admitan tal tripartición, pueden considerar la divergencia señalada a la luz de los casos de *omisión por comisión mediante infracción de un deber de solidaridad pasiva*. Para decirlo de forma precisa: a la luz de los casos de infracción de un deber de tolerancia derivado del estado de necesidad agresivo y por la actuación dentro de la propia esfera.⁶⁶⁸

¶ se encuentra nadando en un lago cuando, repentinamente, sufre un calambre. Para evitar morir ahogado, nada desesperadamente hasta una boya flotante, propiedad de Ø. Mientras ¶ se acerca, pero todavía lejos de la boya, Ø advierte la evidente situación de peligro en la que se encuentra el necesitado. Sin embargo, comienza a retirar su boya del lago pues, en verdad, necesitaba una limpieza. Los gritos de ¶ hacen cambiar de opinión al egoísta Ø, quien decide finalmente dejar la boya, permitiendo que ¶ se aferre a ella y salve su vida.

El caso propuesto muestra una cuestión importante. Según la doctrina mayoritaria, el deber de *no retirar* la boya y permitir el salvamento del necesitado (que recae sobre el tercero ajeno al conflicto), constituye un *deber de tolerancia* fundamentado exclusivamente en solidaridad interpersonal. Si esto es así, entonces su infracción no

⁶⁶⁶ En los términos de JAKOBS, «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP* (LII), 1999, p. 19, la posición de garante por injerencia solo existe cuando se ha infringido un deber negativo, es decir, un deber de organización que obliga a evitar que de la propia esfera surjan *outputs* lesivos para terceros; pero nunca como consecuencia de la infracción de un deber institucional.

⁶⁶⁷ En el ámbito de la omisión, no parece que la distinción entre tentativas acabadas y perfectas pueda tener relevancia práctica.

⁶⁶⁸ Quienes no acepten la figura de la omisión por comisión, verán en estos casos un verdadero delito de comisión que podría generar posición de garante, pero no por injerencia, sino por asunción. Véase SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 ss.; EL MISMO, «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación»; *Revista Argentina de Derecho penal y procesal penal* (1), Noviembre 2011.

podría generar ninguna posición de garante por injerencia, limitándose el autor a la realización de una omisión propia.⁶⁶⁹ Sin embargo, parece indudable que Ø ha desistido de la tentativa del tipo de omisión de socorro (por comisión), cuya ejecución ha comenzado con *el retiro* de la boya (es decir, mediante la infracción de los deberes de tolerancia derivados de la realización de un curso salvador autorizado a quien se ve afectado por un estado de necesidad agresivo).⁶⁷⁰ Por tanto, el desistimiento de esa tentativa (que es una infracción al deber de solidaridad) no puede constituir la expresión del cumplimiento de un deber derivado de la injerencia precedente (en todo caso, se trataría del cumplimiento de un deber de solidaridad pasiva).

Al margen de lo anterior, el propio carácter *parcial* de dicha equiparación resulta problemático. En efecto, tal equiparación entre desistimiento y deber de aseguramiento solo tiene lugar, según REAÑO PESCHIERA, en la tentativa imperfecta; pero no en la tentativa perfecta: en este último caso, el desistimiento constituye el cumplimiento de un deber de salvamento. Admitir la posibilidad de desistir de una tentativa perfecta y equipararlo con el cumplimiento de un deber de salvamento (fundamentado en solidaridad) genera, en mi opinión, una contradicción valorativa importante. Aquí cabría preguntarse por qué si ya se ha perdido el control del riesgo (tentativa perfecta), el desistimiento solo da lugar a un deber de salvamento fundamentado en mera solidaridad, pero si el sujeto todavía conserva el control del riesgo (tentativa imperfecta), el desistimiento equivale a un deber de aseguramiento, fundamentado en responsabilidad por organización. Brevemente: resulta difícil sostener que el *no-desistir* de una tentativa imperfecta sea *más grave* que el *no-desistir* de una tentativa perfecta (en el primer caso, una infracción de un deber de responsabilidad por organización; en el segundo, solo una mera infracción de un deber de solidaridad).

Lo anterior no debe llevar a confusión: aquí no pretendo negar que, en la mayoría de las ocasiones, puede que el desistimiento *coincida* materialmente con el cumplimiento de

⁶⁶⁹ Sobre el particular, fundamental y con mayores referencias, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 229 ss.; en particular, afirma en p. 262: «[quien] debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, entonces el actuante responderá exclusivamente por el delito de omisión propia». Véase también COCA VILA, «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP* (LXIX), 2016, p. 107; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 95 s.; HAAS, *Kausalität und Rechtverletzung*, 2001, pp. 234 ss. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en JORGE BARREIRO (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 ss.

⁶⁷⁰ Cuando la *tentativa de salvamento* esté inacabada, el desistimiento de dicha tentativa de salvamento (es decir, retirar el medio salvador) solo constituye un delito de *omisión propia*, en tanto no empeora la situación del bien jurídico. Por lo tanto, no habría problemas en afirmar que, quien ha comenzado a retirar ese medio salvador (especialmente si está actuando dentro de su propia esfera de autonomía), pero luego cesa en su retiro y permite que la víctima lo alcance, habría comenzado una tentativa de omisión propia de la cual luego habría desistido. Esto presupone, lógicamente, que se acepte la posibilidad teórica de la tentativa en los delitos de omisión pura; sobre el particular, con mayores referencias, FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa», *EPC* (13), 1990, pp. 43 ss.; ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, 2006, pp. 251 ss., ALCÁCER GUIRAO, «Límites al deber de socorro», en MAQUEDA ABREU *et al.* (coord.), *LH-Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, p. 408.

un deber de garantía por injerencia.⁶⁷¹ Mi objetivo es, simplemente, hacer notar que dicha coincidencia no puede llevar a confundir ambas cuestiones. Por tanto, sería mejor afirmar que, en esos casos, al cumplimiento de un deber de garante por injerencia *se le asigna o atribuye* el carácter de desistimiento. Pero de allí no se sigue que el desistimiento *siempre* sea el cumplimiento de un deber de garante por injerencia.

Esta conclusión, por cierto, se ve confirmada cuando se pone de relieve que el deber de garantía por injerencia puede ser cumplido, perfectamente, por un tercero a través de delegación —en sentido amplio— e incluso de forma coactiva.⁶⁷² Tratándose de un desistimiento voluntario, esto es completamente inviable.

d. Los requisitos objetivos y subjetivos del desistimiento. Evitación del resultado, criterios de imputación y voluntariedad.

En un modelo que concibe al instituto como presupuesto negativo de la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa (como reverso especular de ese injusto culpable), la multiplicidad de opiniones acerca de cómo debe ser concebido el segundo impacta de forma directa en el primero. Esto queda en evidencia al momento de la determinación de los requisitos objetivos y subjetivos del desistimiento pues, en palabras de JAKOBS, la «*objetivación de la revocación en el desistimiento constituye el contrapunto del comienzo de la ejecución de la tentativa*»; mientras que la «*voluntariedad del desistimiento se corresponde con la culpabilidad en la tentativa*».⁶⁷³

d.a. La eficacia del desistimiento

El *Spiegelbild-axiom* ha impactado de forma excepcional en la *forma* que debe adoptar la conducta de desistimiento del autor. En efecto, si tentativa y desistimiento constituyen dos estadios de un mismo suceso globalmente valorado, entonces «*el comportamiento de tentativa (establecer las condiciones necesarias o ya suficientes para el acaecimiento del resultado típico buscado por el autor) debe contraponerse al*

⁶⁷¹ Por supuesto, tampoco se pretende negar que, en muchas ocasiones, el comportamiento mediante el cual se desiste también puede ser descrito como el cumplimiento del deber derivado de la norma de conducta del tipo de la parte especial. Más bien al contrario: justamente porque el desistimiento puede ser descrito como tal es que el agente que desiste evita la imputación por el hecho consumado. Véase el texto a continuación.

⁶⁷² Al respecto, véase VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 172; MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal* (15-30), 2020, p. 785. La posibilidad de cumplir el deber de garante por injerencia mediante el recurso a un tercero justifica, p. ej., que la doctrina conceda la exención de pena al autor de un incendio por un comportamiento postdelictivo positivo. En este sentido, LANDERA LURI, «La salvación *in extremis* del bien jurídico en el delito de incendio», *Estudios penales y criminológicos* (28), 2008, p. 195.

⁶⁷³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/1.

comportamiento del desistimiento (a través de la omisión o de resistencia activa)». ⁶⁷⁴ Como consecuencia, aquello que el autor *debe hacer* para desistir de forma eficaz parece depender, directamente, de la perspectiva objetiva o subjetiva que se adopte respecto de la tentativa, así como también de la fase de ejecución que este injusto haya alcanzado. Aparecen entonces los términos de *renuncia, impedimento y esfuerzo serio dirigido a evitar la producción del resultado*.

Circunscribiendo ahora el problema del desistimiento a los casos de tentativa *acabada*, las posiciones doctrinales al respecto pueden clasificarse conforme al siguiente esquema (construido a partir de dos criterios combinados, la necesidad y suficiencia de dicha evitación): ⁶⁷⁵

α) La evitación del resultado *es una condición necesaria* del desistimiento. ⁶⁷⁶

+ y *también una condición suficiente* para el desistimiento.

Desde una concepción causalista del injusto y una fundamentación político-criminal del desistimiento (teoría del «puente de oro»), cierto sector de la doctrina entiende que, para conceder la impunidad por desistimiento, es suficiente con que el agente haya contribuido causalmente a la evitación del resultado: el agente que evita la consumación, automáticamente se hace acreedor de la impunidad por desistimiento. No interesa aquí si la posibilidad de desistir ha sido obtenida por casualidad, si es segura o insegura o si se ejerce de forma defectuosa o parcial. Mientras el agente contribuya causalmente a la evitación del resultado, hay desistimiento. ⁶⁷⁷ En resumen, se trata de adoptar la máxima «*final bueno, todo bueno*». ⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ BOTTKÉ, «Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug», *JR*, Noviembre 1980, p. 441.

⁶⁷⁵ Claro que resulta posible exigir también la voluntariedad del desistimiento, pero esto es una cuestión de requisitos subjetivos del instituto. Cuando aquí se hace referencia a la evitación del resultado como condición necesaria y *suficiente*, se está haciendo referencia a la suficiencia desde el punto de vista de los *requisitos objetivos*.

⁶⁷⁶ Cuando la doctrina dominante, a partir de este carácter necesario de la evitación, pretende fundamentar la imputación por delito consumado a quien no tiene éxito en el desistimiento de su tentativa acabada, está utilizando erróneamente criterios de imputación del resultado para decidir cuestiones relativas al desistimiento de una tentativa. Esto se pone de manifiesto cuando, por ej., ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/126, reconoce que tal imputación por el hecho doloso consumado no puede tener lugar (y debe reconocerse la impunidad por desistimiento) en la medida en que se produzca la interrupción del nexo de imputación por la intervención de un tercero.

⁶⁷⁷ Hasta los años noventa del siglo pasado, esta parecía ser la doctrina dominante en Alemania. Debe destacarse que, a decir verdad, no es indispensable sostener una visión causalista del injusto para propiciar este criterio de atribución de la impunidad en el desistimiento. En efecto, nada impide que se pueda considerar a la causalidad como criterio determinante para la exención de pena, puesto que las consideraciones vertidas en el ámbito del injusto culpable (gobernadas por el principio de culpabilidad) no tienen por qué replicarse en el desistimiento; en definitiva, se sostiene que, más allá de la concepción que se tenga del injusto, nada impide que el azar pueda eximir de pena. Desde mi punto de vista, esta afirmación implica romper definitivamente el *Spiegelbild-axiom* entre el desistimiento y el injusto

+ pero *no es condición suficiente* para el desistimiento.

Para merecer la impunidad, es necesario algo más que la simple evitación del resultado. Aquí cabría ubicar a la doctrina ampliamente mayoritaria, que se inclina por exigir que el agente *consiga evitar* la producción del resultado mediante un *comportamiento imputable*. En breve: la «evitación» no puede interpretarse de forma exclusivamente causal, sino normativa: el proceso causal debe poder ser *imputado normativamente* al agente.⁶⁷⁹

β) La evitación del resultado *no es una condición necesaria*,

+ y *tampoco una condición suficiente* para el desistimiento.

Como consecuencia, el agente puede obtener la impunidad incluso cuando se ha producido el resultado lesivo; pero también es posible negar esa impunidad a pesar de que el agente haya evitado (en términos causales) el resultado. Aquí cabría ubicar a las posiciones de corte más bien subjetivista, para quienes el desistimiento es un reverso del ilícito subjetivo, de manera tal que la efectiva evitación del resultado es absolutamente irrelevante.⁶⁸⁰ Lo que se exige, en general, es un esfuerzo serio destinado a impedir la consumación.

+ pero *es una condición suficiente* para el desistimiento.

culpable. Y una vez que rota la imagen especular, la causalidad puede beneficiar al autor, pero también puede no beneficiarlo, pues ha perdido también su carácter de requisito necesario. Por lo demás, como veremos luego (véase *infra* la síntesis crítica), la idea de que el mero azar puede fundamentar la no punibilidad, es directamente falsa.

⁶⁷⁸ Al respecto, véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, 2002, pp. 25 ss.; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, pp. 140 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/16 y 26/21; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 475 ss.; GRÜNWARD, «Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht», en STRATENWERTH *et al.* (ed.), *FS-Welzel*, 1974, p. 715. De esta posición participan, entre otros y a pesar de no concebir el injusto en términos exclusivamente causales, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, t. II, 1995, § 41/88; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, § 51/IV.1; PUPPE, «Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46», *NStZ*, 1984, pp. 488 ss.; WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz*, 1990, p. 30; ÁLVAREZ VIZCAYA, «El desistimiento idóneo fracasado», *ADPCP* (XLIX), 1996, pp. 889 ss.

⁶⁷⁹ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, §§ 30/211 ss. Como veremos a continuación, una vez acordada la *necesidad e insuficiencia* de la evitación del resultado, la discusión doctrinal se traslada luego a los *criterios* de imputación de tal evitación. Según ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, 2002, pp. 4 ss., la discusión relativa al carácter imputable de la evitación del resultado solo afecta a los casos de tentativa acabada (donde se exige el desistimiento activo).

⁶⁸⁰ En este sentido, dado que el resultado no representa ningún papel para la configuración del injusto penalmente relevante, y que el desistimiento es la contracara del ilícito subjetivo, tampoco la evitación del mismo se presenta como una condición necesaria ni suficiente para el desistimiento. Dicho a la inversa: la despedida a la máxima «*bien está lo que bien acaba*» en el lado positivo de la ecuación (el desistimiento), no es más que la prueba definitiva de la irrelevancia del resultado para la configuración del injusto. Véase SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 1995, pp. 140 ss.

La concesión de impunidad por desistimiento *no exigiría* que el agente efectivamente evite la consumación (es posible concederla a pesar de la no evitación), pero dicha evitación aparecería como una condición suficiente para concederle la impunidad.⁶⁸¹

d.b. Criterios de imputación en la evitación del resultado

La doctrina ampliamente mayoritaria afirma que la *evitación* de la producción del resultado lesivo constituye una *condición necesaria pero no suficiente* para el cumplimiento de los requisitos objetivos del desistimiento. Así como para la imputación del injusto no basta la causalidad, sino que se exige imputación, también para los méritos debe adoptarse una perspectiva normativa. A partir de aquí, aparece uno de los problemas más álgidos de la dogmática del instituto: *la multiplicidad de criterios de imputación* utilizados para la atribución normativa de tal evitación al agente.⁶⁸² Y es precisamente en este punto que se hace fuerte la idea del desistimiento como reverso especular del injusto culpable.⁶⁸³

La doctrina traslada, entonces, los criterios de imputación normalmente utilizados para conectar el resultado (concreto) producido con el riesgo creado por el autor, al ámbito del desistimiento. Conforme con ello, en el marco de la imputación positiva que conlleva el desistimiento, se replica la discusión dogmática sobre los criterios de imputación objetiva del resultado, solo que en sentido inverso: se trata de imputación objetiva de la evitación del resultado.⁶⁸⁴ La evolución de las posiciones doctrinales se presenta, entonces, como un reflejo del desarrollo de la teoría del injusto,⁶⁸⁵ y se advierten las posiciones siguientes:

+) Como reflejo de la teoría de la imputación objetiva e incremento del riesgo, la doctrina y jurisprudencia dominante sostienen la «*teoría de la apertura (o incremento) de oportunidades*» (*Chanceneröffnungstheorie*).⁶⁸⁶

A imagen y semejanza de la imputación objetiva del comportamiento y del resultado, se exige así: a) *previsibilidad* (que el comportamiento del agente sea –ya desde un punto de vista *ex ante*- idóneo para impedir la realización del resultado previsto por el tipo penal); y b) *evitación* (es decir, que dicha conducta impositiva se haya materializado en la

⁶⁸¹ Hasta donde alcanzo, nadie sostiene tal cosa.

⁶⁸² En detalle y con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 5 y 22 ss.

⁶⁸³ La expresión es de BLOY, *JuS*, 1987, p. 533; KOLSTER, *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1993, p. 113, utiliza también expresiones similares: „Symmetrieverhältnis“; „Spiegelbildlichkeit“.

⁶⁸⁴ En este sentido, afirma ROXIN, en WEIGEND/KÜPPER (ed.), *FS-Hirsch*, 1999, p. 333: «*para la evitación del resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción*». Señala ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 34., que este paralelismo es asumido, en general, como algo evidente y sin fundamentar demasiado.

⁶⁸⁵ En idéntico sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 10.

⁶⁸⁶ BGH, *NStZ*, 2003, p. 28.

evitación del resultado). Para la imputación positiva del desistimiento, entonces, basta con que «el autor ponga en marcha un nuevo curso causal que, al menos en parte, sea concausa de la no-consumación del hecho».⁶⁸⁷ Si el agente responsable de la tentativa incrementa las posibilidades de salvación del bien jurídico puesto en peligro, y tal incremento es el que se ha materializado en la evitación del resultado, hay desistimiento.⁶⁸⁸ Es indiferente que el sujeto tenga varias opciones, unas mejores que otras; basta con que escoja cualquiera de ellas, incluso la menos adecuada, si con ello se incrementan las posibilidades de evitación y, efectivamente, se evita. En esta línea, se ha llegado a afirmar que, si el autor tuvo diversas oportunidades y ha dejado pasar algunas de ellas, tal omisión tampoco obsta al desistimiento, incluso si con tal demora se han disminuido efectivamente las posibilidades de salvación.⁶⁸⁹ Lo único que interesa es que la acción realizada sea *ex ante* adecuada para evitar el resultado y esta se materialice en la salvación del bien jurídico. En definitiva, se trata de una corrección de la mera causalidad en la que «los únicos supuestos de evitación “causal” del resultado que [...] quedarán fuera del marco de la exención serán, de forma paralela a la tentativa irreal, los casos de “desistimiento irreal”».⁶⁹⁰

+) Una teoría más restrictiva que la anterior exige la realización de una *prestación óptima* (*Bestleistungstheorie*).

En esta perspectiva, se le concede mayor relevancia al valor de acción del desistimiento: debe ponerse el acento en el carácter «serio» del esfuerzo realizado por el agente. Lo que se exige al autor de la tentativa, para merecer la impunidad por desistimiento, es que opte por una *prestación óptima*. Sin embargo, los autores difieren respecto de si tal elección debe ser solo subjetivamente óptima (aquella que desde la perspectiva del sujeto sea la mejor disponible) o si esa prestación subjetivamente óptima también requiere ser objetivamente adecuada (en sí misma segura).⁶⁹¹

⁶⁸⁷ JÄGER, «Betrachtungen zur Reform des Rücktritt vom Versuch», en NÚÑEZ PAZ/GARCÍA ALFARAZ (eds.), *LH-Núñez Barbero*, 2007, pp. 340 ss.

⁶⁸⁸ En la medida en que concibe al desistimiento como inversión del peligro que implica el injusto, el principal exponente de esta tesis es JÄGER, *Der Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 64 ss. Similar, BLOY, *JuS*, 1987, pp. 533 ss.; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30/221; RUDOLPHI, «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 1.2.1989-2StR 703/88», *NStZ* (11), 1989, pp. 508-511; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 48ª ed., 2018, pp. 241-242 («la consumación o no consumación no deben depender del meramente del azar»); ESER, «§ 22-24», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB-K*, 2010, § 24/59.

⁶⁸⁹ PUPPE, *NStZ*, 1984, p. 490.

⁶⁹⁰ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, 2002, p. 39.

⁶⁹¹ En este último sentido, entre otros, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1995, § 26/21, HERZBERG, «Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda», *NJW*, 1991, pp. 1636 ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 60.

+) Por último, existen ciertas posiciones intermedias, como la «teoría de la compensación» (propuesta por KOLSTER),⁶⁹² e incluso mixtas, como la *Differenzierungstheorie* de ROXIN.⁶⁹³

Construir los requisitos objetivos del desistimiento como un reverso especular del complejo sistema de imputación del injusto culpable genera, como es lógico, una multiplicidad de combinaciones posibles. Se trata de un estado más bien caótico y asistemático de criterios de imputación extraídos del injusto culpable e invertidos de forma más bien poco coherente. Más adelante, al momento de realizar la síntesis crítica, volveremos sobre esta cuestión; por ahora, me interesa destacar que tal estado caótico se refleja, entre otras cosas, en la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina para los casos de *desistimiento malogrado* en contextos donde se plantean problemas de imputación del resultado al dolo del autor.⁶⁹⁴

Me refiero a los casos de desistimiento ineficaz en el marco de errores sobre el curso causal (*aberratio ictus*, *dolus generalis* y *consumación anticipada*). No corresponde entrar ahora en la discusión de cuáles son, en concreto, los casos que plantean estos problemas de «*imputación al dolo*». Me interesa poner de relieve la problemática que esto genera en materia de eficacia del desistimiento y, para ello, pueden analizarse las diversas consecuencias que la doctrina asigna al *desistimiento malogrado o ineficaz en los contextos de consumación anticipada*. En un ejemplo conocido:

Ø se propone matar a Π vertiendo 5 dosis de veneno en su comida, de forma cumulativa y a razón de una gota por día y plato de comida. Transcurridos los primeros dos días, Ø ha vertido ya las dos gotas correspondientes. Acongojado por la idea de la muerte de la víctima, el agente Ø abandona su plan delictivo. Sin embargo, las dosis administradas fueron suficientes para provocar la muerte de la víctima.

Ya en la doctrina española, la situación es agobiante. MUÑOZ CONDE⁶⁹⁵ distinguió, en su momento, cinco posibles soluciones para el caso: a) No hay desistimiento, se trata de un

⁶⁹² La idea es exigir algo más que una contribución causal, pero sin llegar a exigir una prestación óptima. La eficacia del desistimiento debe construirse a la luz del fundamento del instituto: el evitar la producción del resultado, en forma voluntaria, debe concebirse como un comportamiento que *neutraliza los presupuestos* para la imposición de una pena. Se trata, en definitiva, de la compensación del merecimiento de pena que nace con la puesta en peligro de un bien jurídico (que implica la tentativa).

⁶⁹³ ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30, nm. 243 ss. Este autor adopta, para los casos de desistimiento de propia mano, el criterio más laxo del incremento en la probabilidad de salvación; mientras que, para los casos de evitación mediante actuación de terceros, el criterio de la prestación óptima.

⁶⁹⁴ En estos casos, la producción de un resultado típico no puede ser imputado a título de consumación dolosa a pesar de la existencia de una acción dolosa, sino que solo cabe castigar al autor por un delito consumado imprudente en concurso ideal con una tentativa. Según PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, p. 1., estos deberían evidenciar la necesidad de reconocer «*un nivel ulterior a la imputación objetiva y el dolo, consistente en la imputación al dolo*».

⁶⁹⁵ Véase MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 147 ss.

delito consumado doloso; b) No hay desistimiento, se trata de un delito consumado doloso pero con la atenuante de preterintencionalidad (en ese entonces vigente); c) No hay desistimiento, se trata de un delito consumado doloso, pero con atenuante de arrepentimiento espontáneo; d) *Hay desistimiento* de la tentativa, solo puede condenarse por delito imprudente;⁶⁹⁶ e) No hay desistimiento, pero tampoco se trata de un delito consumado: existe una tentativa con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga (que es la solución favorecida por MUÑOZ CONDE).

A estas cinco posibilidades cabría agregar la solución diferenciadora de MARTÍNEZ ESCAMILLA,⁶⁹⁷ quien distinguió entre los casos de: a) desistimiento *activo* ineficaz de la tentativa acabada,⁶⁹⁸ para los que propicia el castigo por delito consumado con la atenuante de reparación del 21.5 CPE; y b) los casos de consumación anticipada propiamente dicha⁶⁹⁹ (desistimiento *pasivo* ineficaz de una tentativa inacabada), para los que adopta la solución propiciada por MUÑOZ CONDE: castigo por tentativa (y, en caso de que el resultado fuera previsible, en concurso por delito consumado imprudente), con la atenuante de reparación del art. 21.5 CPE.⁷⁰⁰

Por último, quedan por mencionar las ulteriores sub-distinciones formuladas por ÁLVAREZ VIZCAYA (para los casos de tentativa acabada) y por BENLLOCH PETIT (para los casos de consumación anticipada propiamente dicha). En relación con lo primero, la autora española entiende que la solución de la consumación (atenuada por reparación) no puede aceptarse para todos los casos de desistimiento activo ineficaz. Hay que distinguir aquí un particular grupo de casos: aquellos en los que, antes de que se produzca el resultado, el autor todavía conserva el dominio del hecho e intenta evitar su producción mediante actos idóneos (pero a la postre ineficaces). En estos, según afirma, debe castigarse por tentativa en concurso ideal con el delito imprudente. Respecto de los

⁶⁹⁶ Por esta solución de tinte más bien subjetivo se inclina, por supuesto, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 146 ss. Se trata de un desistimiento voluntario de la tentativa –siempre que esta sea imperfecta- en concurso con un homicidio imprudente.

⁶⁹⁷ Véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, pp. 75 ss.; idéntico, ALCÁCER GUIRAO, «Desistimiento malogrado y reglas de imputación», *Actualidad Penal* (43), 2001, pp. 1047 ss., expresando el argumento de fondo: dado que «*el dolo de tentativa acabada equivale a un dolo de consumación*», en la medida en que el resultado sea objetivamente imputable al dolo del agente, «*no habrá razones que puedan llevar a negar el castigo por delito doloso consumado*» (p. 1050).

⁶⁹⁸ El desistimiento activo comienza a ejecutarse una vez realizados todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado (pero sin que este resultado haya todavía acaecido, circunstancia que el autor conoce al momento de ejecutar el desistimiento finalmente ineficaz). En estos casos, según la autora, el problema no atañe al desistimiento, sino a la imputación objetiva. En la medida en que tal resultado es objetiva y subjetivamente imputable al riesgo creado por el autor, la ejecución de un desistimiento ineficaz es completamente irrelevante.

⁶⁹⁹ El desistimiento pasivo ineficaz tiene lugar cuando el sujeto abandona la ejecución del hecho creyendo que todavía no ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado.

⁷⁰⁰ Como puede advertirse, la idea de que el desistimiento es el reverso del injusto de la tentativa genera tal repercusión en la determinación de la eficacia del desistimiento que, en verdad, tal requisito depende de que la tentativa se encuentre subjetivamente perfecta o no.

casos de desistimiento producido en contexto de consumación anticipada, BENLLOCH PETIT distingue aquí el siguiente esquema de análisis:⁷⁰¹

[a] Si el autor inicia el desistimiento (finalmente ineficaz) cuando la producción adelantada del resultado era previsible, entonces acompaña la solución favorecida por MARTÍNEZ ESCAMILLA (tentativa en concurso ideal con delito imprudente, con aplicación de la atenuante analógica del 20.7 –en relación con la circunstancia entonces denominada arrepentimiento espontáneo–);

[b] Si el autor inicia el desistimiento (finalmente ineficaz) cuando el adelantamiento de la producción del resultado *no le era previsible*, entonces no se puede aceptar la solución anterior (castigo por tentativa, con atenuante de arrepentimiento espontáneo). En este caso, cabría distinguir todavía dos subgrupos distintos:

b.a.) El autor inicia su «desistimiento» luego de advertir que ya *es imposible detener* la producción del resultado.

b.b) El autor inicia el desistimiento tras haber advertido la posibilidad de consumación anticipada, pero cuya evitación aparece todavía como posible.

Según BENLLOCH PETIT, en el primer grupo de supuestos no puede concederse la impunidad por desistimiento porque se trata del reverso de la tentativa fracasada en el marco del desistimiento: así como no se puede abandonar la consumación de un hecho que es imposible consumir, tampoco se puede desistir de algo que ya no se puede evitar; pues se trata de un *desistimiento fracasado*. Aquí debe condenarse, efectivamente, por tentativa. Por el contrario, si el sujeto ha advertido que el resultado se producirá de forma anticipada, pero por circunstancias que *no le son objetivamente imputables*, entonces estamos ante una tentativa imperfecta. Por tanto, en la medida en que el agente inicie el curso salvador cuando todavía le es posible evitar esa consumación (incluso si no lo consigue), estamos ante un verdadero desistimiento. En este sentido, afirma que «*el autor de una tentativa en que la posibilidad de consumación surge anticipadamente y de modo imprevisible, si se esfuerza seriamente por evitar el resultado, merece igual impunidad*».⁷⁰² La eficacia, entonces, ha dejado de ser aquí una condición necesaria para el desistimiento.

⁷⁰¹ BENLLOCH PETIT, *Desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 335 ss.

⁷⁰² BENLLOCH PETIT, *Desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 340. El fundamento de esta solución radica en que «*el autor desiste en un momento en que lo realizado por él no entrañaba, tanto desde una perspectiva objetiva (es decir, partiendo de lo objetivamente cognoscible y evitable) como desde su perspectiva individual, ningún peligro para el bien jurídico protegido al mantener el autor un perfecto control del curso causal y de la eventualidad de la producción del resultado[...];* p. 339.

La discusión relativa a los criterios de imputación en la eficacia del desistimiento, como dijimos, no es más que una réplica desordenada de lo que conocemos como imputación objetiva y subjetiva en el injusto culpable. En la actualidad, a medida que la doctrina ha ido advirtiendo los problemas que genera el hecho de trasladar al desistimiento la relevancia de la producción del resultado y los criterios de imputación (estructurados para el injusto), la propia *evitación* del resultado ha comenzado a perder su carácter de condición necesaria para la eficacia del desistimiento. De hecho, últimamente ha ido resurgiendo la idea de que, para la impunidad por desistimiento, basta con el *esfuerzo serio* dirigido a impedir la producción del resultado. Estos problemas, entiendo, no son más que el costo de haber adoptado un punto de partida desacertado: es cierto que el desistimiento no puede prescindir de la idea de imputación,⁷⁰³ pero eso no nos obliga a concebir al desistimiento como el reverso del delito y, en consecuencia, a tratar sus requisitos objetivos como el reverso de la atribución de responsabilidad por la comisión de un injusto culpable de resultado.⁷⁰⁴

d.c. El elemento subjetivo: la voluntariedad

Si el desistimiento es el reverso del injusto culpable, la voluntariedad también debe presentarse como un reflejo especular de la dimensión subjetiva de la tentativa (concretamente, de alguna de sus categorías dogmáticas).⁷⁰⁵ Así las cosas, a partir de la ubicación sistemática que se le dé al desistimiento (causa de atipicidad, justificación o exculpación), se determinará el contenido del requisito de la voluntariedad del desistimiento. Aquí, como es evidente, no se pueden desarrollar en detalle las diversas posturas sistemáticas,⁷⁰⁶ por lo que nos limitaremos a una exposición mínima que permita evidenciar los problemas centrales de esta forma de trabajar.

La expresión más importante de esta corriente es aquella que intenta explicar el requisito de la voluntariedad del desistimiento como el *reverso del dolo* (mejor: de la «*resolución al hecho*») de la tentativa:⁷⁰⁷ el desistimiento es voluntario si el

⁷⁰³ La idea de *imputación* resulta necesaria porque no se puede construir una adecuada teoría del desistimiento sin tomar como punto de partida la idea de atribución del comportamiento, como obra propia, al agente que desiste.

⁷⁰⁴ A medida que se advierte esta confusión de planos, la eficacia comienza a perder su carácter de condición necesaria y comienza a tomar forma la idea del esfuerzo serio dirigido a la evitación.

⁷⁰⁵ BOTTKE, JR, Noviembre 1980, p. 441: «*es un lugar común considerar a la tentativa y al desistimiento como dos estadios de un suceso global, la “tentativa punible”, de modo que las características de la tentativa y el desistimiento tienden a paralelizarse: la resolución al hecho (“quien se dispone a...”)* se corresponde con la resolución a desistir (quien renuncia o impide). La hostilidad al Derecho que posee la resolución al hecho se corresponde con la voluntariedad que posee la resolución al desistimiento». Véase también, HAUF, *Wistra*, 1995, p. 261; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 77-78 y p. 100.

⁷⁰⁶ Para ello, ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/354 ss. Sobre la voluntariedad del desistimiento se volverá, con mayor detalle, al final de este capítulo.

⁷⁰⁷ Paradigmático es, en este sentido, el trabajo de KRAUB, *JuS*, 1981, pp. 885 ss.

comportamiento del agente presenta *dolo de evitación del resultado del tipo*. Esta equiparación ha dado lugar a que la idea del *fracaso de la tentativa* se utilice como elemento definitorio de la voluntariedad del desistimiento:⁷⁰⁸ el criterio de la *posibilidad/imposibilidad* de consumar el delito determina el carácter *voluntario/involuntario* del desistimiento. La tesis de FRANK es gráfica en este sentido: habrá voluntariedad si el sujeto, a pesar de que resulta posible consumar el delito, desiste; pero no habrá voluntariedad cuando el sujeto abandone el hecho una vez que ya no pueda consumarlo. Al respecto, la doctrina ha demostrado en reiteradas oportunidades lo erróneo de utilizar el criterio de la imposibilidad de consumación para determinar la voluntariedad del desistimiento, evidenciando que genera resultados ampliamente deficientes. Desde el punto de vista teórico, además, identificar la voluntariedad del desistimiento con el dolo de evitación del resultado es, siempre que se siga un concepto de dolo avalorado, directamente erróneo: en la mayoría de los casos en los que el desistimiento es producto de la coacción, también está presente el «dolo de evitación» del resultado.⁷⁰⁹

Otra posibilidad dogmáticamente relevante pasa por considerar al desistimiento como un presupuesto negativo del juicio de culpabilidad, con lo cual la voluntariedad se transforma –principalmente– en el reverso del estado de necesidad exculpante.⁷¹⁰ En este esquema, la voluntariedad del desistimiento solo se ve afectada cuando es posible afirmar que los motivos coartan la libertad del agente de un modo tal que, si tales motivos concurrieran y se analizaran en el estrato de la culpabilidad del agente, ameritarían el reconocimiento de un estado de necesidad exculpante. El punto de partida de JÄGER es, en términos generales, correcto: la voluntariedad del desistimiento debe interpretarse a partir de la idea de libertad-responsabilidad. En este sentido, la utilidad del paralelismo radica en lo siguiente: si el sujeto tiene que optar entre dos males, entonces *existe una alternativa*, es decir, la conducta es el producto de una elección del agente y, por tanto, es *libre*. Sin embargo, es preciso todavía desarrollar criterios valorativos que permitan determinar cuándo la conducta «libre» del agente se define

⁷⁰⁸ Sobre el particular, críticamente, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 415 ss.

⁷⁰⁹ Dicho con un ejemplo: quien desenfunda el arma, apunta a su víctima pero se detiene súbitamente ante la voz de alto de la policía, entregándose, tiene dolo de evitar el resultado, pero no desiste de forma voluntaria. Sobre el particular, con amplias referencias, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 418 ss. A raíz de la imposibilidad de concebir a la voluntariedad como reverso del dolo de la tentativa y la caída de las teorías psicológicas, la doctrina comenzó a buscar criterios normativos que le permitieran determinar qué se entiende por desistimiento voluntario. Los más importantes son los de «moralidad esotérica del Derecho», utilizados por BOCKELMANN, «Wann ist der Rücktritt vom Versuch Freiwillig», en EL MISMO, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957; el aumento del injusto y/o la culpabilidad (JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/2), y la racionalidad propia del delincuente (ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/383).

⁷¹⁰ JÄGER, *Der Rücktritt...*, pp. 98 ss. Una crítica al traslado directo de la categoría de la inexigibilidad a la voluntariedad del desistimiento en ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/442-446 y, fundamentalmente, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 210 ss. y 258 ss.

también «voluntaria», en el sentido propio del desistimiento. El paso en falso se encuentra, según creo, en pretender solucionar el problema de la voluntariedad del desistimiento a través de una mera aplicación de los criterios provistos por el estado de necesidad disculpante.

e. Síntesis crítica en relación con los requisitos del desistimiento

En relación con el elemento subjetivo, el traslado de los criterios propios del injusto para la determinación de la voluntariedad del desistimiento produce resultados insatisfactorios.⁷¹¹ En virtud de la multiplicidad de significados que puede adquirir la idea de la libertad de voluntad dentro del propio concepto de injusto culpable, tal concepto no puede precisarse, en el marco del desistimiento, a través de una inversión de las categorías subjetivas del injusto culpable.⁷¹² En términos precisos: los criterios mediante los cuales se decide si el comportamiento del agente es el producto de una voluntad libre –a los efectos requeridos por el desistimiento–, no pueden obtenerse a partir de la mera reversión de aquellos con los que se decide la imputación subjetiva del delito (ya sea como reverso del injusto subjetivo o como el reverso de la culpabilidad del agente).⁷¹³

Para demostrar esto, basta poner de relieve que, en el ámbito del injusto culpable, la libertad del agente es requerida tanto en el instituto del consentimiento justificante como también para acreditar la culpabilidad del agente. La libertad de voluntad requerida en ambos casos: ¿Significa para los dos lo mismo?, ¿son sus exigencias idénticas?; formulado desde el punto de vista negativo: ¿Queda excluida, en ambos casos, por las mismas causas? Como es sabido, la culpabilidad queda excluida, por falta de libertad de voluntad del agente, cuando este actúa bajo la coacción que implica una amenaza de muerte (se afirma así un estado de necesidad *disculpante*). Pero resulta que quien presta su consentimiento para una operación de alto riesgo (a fin de extirparle un tumor maligno) también está bajo amenaza de muerte. Ambos sujetos (salvando las distancias, por supuesto) están bajo *amenaza* de muerte; pero mientras dicha amenaza es relevante para eliminar la libertad de voluntad requerida para actuar con culpabilidad, nadie acepta que transforme la libertad de voluntad del consentimiento justificante en algo penalmente

⁷¹¹ En este sentido, las exigencias para afirmar (la inexistencia de) una libertad de voluntad, no solo se modifican con el contexto praxeológico, sino que también se ven modificadas, dentro de un mismo contexto praxeológico (aquí, el Derecho penal), cuando nos movemos de un instituto dogmático a otro. Dicho de un mejor modo: si bien es cierto que el Derecho penal requiere libertad de voluntad como presupuesto normativo de muchas acciones, también es cierto que *el significado* de esa libertad de voluntad, en cada caso, bien puede ser muy diferente. Véase a continuación el texto.

⁷¹² Crítico también con esta perspectiva, AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 210 ss.

⁷¹³ En este sentido, ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/442-446; ULSSENHEIMER, *Grundfragen...*, 1976, p. 90; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, § 51/IV.1; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 210 ss. y pp. 258 ss.

irrelevante. Es evidente, entonces, que la libertad de voluntad y su ausencia significan, en cada categoría dogmática, cosas distintas.⁷¹⁴

En relación con los requisitos objetivos del desistimiento, la situación es aún peor. Mientras los subjetivistas afirman que la evitación del resultado no es una condición necesaria ni suficiente para el desistimiento, la mayoría de la doctrina exige la evitación del resultado. Sin embargo, aun dentro de este segundo grupo, los acuerdos doctrinales no se extienden más allá de tal exigencia. El traslado de los múltiples criterios de imputación (acuñados en el injusto culpable) al ámbito del desistimiento ha generado una situación de desorden total. Quien se acerque al estudio de los requisitos objetivos del desistimiento de la tentativa se encuentra en una situación desesperante, pues no encuentra puntos de apoyo seguros. Esto sucede porque los criterios de imputación no encuentran categorías donde ubicarse, y uno se queda con la sensación de estar trabajando de forma asistemática y bastante caótica.

Todo ello, entiendo, es el costo de haber adoptado un punto de partida que no resulta del todo acertado. Si bien es cierto que el desistimiento (en tanto comportamiento comunicativamente relevante) no puede prescindir de la idea de imputación o adscripción, eso no nos obliga a concebirlo como un instituto que pertenece a la dimensión de la norma de comportamiento (y, a partir de allí, construir una teoría del desistimiento como reverso del injusto culpable). El desistimiento es una *acción*, realizada por un *agente*, a la que atribuimos una capacidad expresiva determinada y, como tal, no puede escapar a la idea de atribución de sentido e imputación.⁷¹⁵ La idea de *adscripción* resulta necesaria, pues no se puede construir una teoría del desistimiento sin tomar como punto de partida de referencia que el comportamiento debe ser atribuido al agente que desiste. Sin embargo, cuando dicha adscripción se pretende lograr a través de una aplicación inversa de las herramientas conceptuales de la teoría del delito, nos encontramos con una ensalada de criterios aplicados *ad hoc*, de forma asistemática y extremadamente difíciles de manejar.

Contra esto pueden formularse al menos dos argumentos teórico-metodológicos. El primero radica en que, del lado positivo de la ecuación (desistimiento), no se disponen de todas las categorías conceptuales y matices dogmáticos con los que se cuenta en el lado negativo. El concepto de delito es una herramienta dogmática altamente compleja, llena de matices y categorías específicas. El desistimiento, por su parte, aparece como una herramienta más bien simple, compuesta por dos requisitos básicos: la evitación o

⁷¹⁴ AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 210 ss.

⁷¹⁵ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 141, afirma que, en el caso del desistimiento, «como en todo lenguaje referido a acciones [...], estamos antes frente a una **adscripción** de responsabilidad por un acontecimiento, que frente a una **descripción** de un mero proceso causal»? Cualquier teoría acerca del desistimiento debe proporcionar criterios para determinar cuándo el comportamiento puede ser considerado como desistimiento y atribuido al agente que lo realiza.

esfuerzo serio dirigido a impedir la consumación, y la voluntariedad. La estructura conceptual del desistimiento es, en este sentido, mucho más tosca que aquella que presenta el injusto culpable. Cuando la doctrina intenta trasladar las complejas herramientas de imputación negativa hacia el ámbito de lo positivo, se encuentra con una gran cantidad de instrumentos teóricos, pero con escasas categorías conceptuales para ubicarlos. En términos gráficos: no disponemos de los cajones necesarios para ubicar ordenadamente todo el material disponible. Y cuando introducimos muchas herramientas de índole muy diferente en una sola caja, el resultado no puede ser más que churras y merinas, todas mezcladas, generando confusión.⁷¹⁶

Un segundo argumento consiste en romper la ilusión de paralelismo inverso entre los criterios de asignación de méritos y deméritos. Esto no significa que uno no pueda imputar méritos, pero sí que los criterios para atribuirlos no pueden consistir en un mero reverso especular de aquellos que utilizamos para la imputación de deméritos.⁷¹⁷ Es muy probable que la imputación positiva no pueda considerarse un reflejo inverso y perfecto de la imputación negativa. El quiebre responde a que los criterios de atribución de responsabilidad por resultados desvalorados (el ámbito de los deméritos) son más amplios; mientras que, en la imputación positiva, la atribución de méritos -por resultados valiosos- se hace de forma mucho más restringida.⁷¹⁸ En breve: a las personas les imputamos deméritos de forma más laxa (con mucha mayor facilidad y menos exigencias) que aquella con la que les atribuimos méritos. Nuestras prácticas cotidianas revelan esto con claridad: en la dimensión de los méritos positivos, por lo general, quien lo intenta y no lo consigue, nada recibe; pero nadie negaría que las prisiones podrían formar un buen pabellón destinado a los autores de tentativa.⁷¹⁹ En un

⁷¹⁶ Advierte el problema y, sin embargo, desestima su relevancia, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, p. 437: «mientras en la atribución de responsabilidad, a la diferenciación entre acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se corresponden toda una gradación de las consecuencias punitivas, en el ámbito del desistimiento sólo existe una escueta y tosca alternativa: la punición o la impunidad. No tendría sentido introducir mayor diferenciación mientras las consecuencias jurídicas posibles sigan siendo dos: la pena por la tentativa o la impunidad en caso de desistimiento voluntario». En mi opinión, con ello se pasa por alto que la tarea fundamental de la teoría del delito y su complejo sistema de imputación, antes de la decisión cuantitativa, radica en proporcionar una decisión cualitativa: si o no al presupuesto necesario para la punición. El complejo sistema de categorías dogmáticas –más allá de permitir ciertos grados- no fue creado originalmente para tomar decisiones cuantitativas (prueba de ello es el escaso desarrollo de la teoría de la determinación de la pena), sino más bien cualitativas: separar lo delictivo de lo no delictivo.

⁷¹⁷ Similar, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puir», en EL MISMO *et al.* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 877 ss.

⁷¹⁸ Sobre el particular, advierte BEADE, «La (relativa) importancia del merecimiento», *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), 2015, p. 120: «...no es posible pensar los reconocimientos y los castigos como las dos caras de una moneda. La forma en la que nos premiamos no puede ser equiparada al modo en la que distribuimos reproches y condenas».

⁷¹⁹ Si se toma la distinción entre merecimiento formal y merecimiento material, podría decirse (simplificando al máximo) que, en la dimensión de los méritos, el merecimiento formal parece tener más peso que el material; mientras que en la dimensión de los deméritos, sucede a la inversa.

ejemplo: nadie se pregunta por el mérito del taxista que lleva hasta el hospital, espera en la puerta y luego ayuda a volver a casa al donante de médula ósea, pero todos nos hacemos preguntas por la responsabilidad del taxista que lleva hasta al banco, espera en la puerta y ayuda a huir a los ladrones. En el primer caso, el mérito lo atribuimos al donante y a nadie más. En el segundo, muy pocos estarían dispuestos a negar la responsabilidad del taxista por la intervención en el hecho delictivo perpetrado. Los resultados de los estudios empíricos, que han dado lugar al denominado *efecto Knobe*, no hacen más que confirmar esta idea.⁷²⁰

2. El desistimiento como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción

Para evitar los problemas señalados, quizás sea útil caminar en otra dirección: en esta investigación sostendremos –como punto de partida– que el desistimiento no debe entenderse como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento (de la tentativa, en su caso imperfecta), sino como *presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción*.⁷²¹ A pesar de que la doctrina mayoritaria no ha enfocado el problema del desistimiento a partir de la teoría de las normas, generalmente le ha asignado la naturaleza jurídica de una excusa absolutoria, o bien de una causa de exclusión o supresión de la pena.⁷²² Teniendo en cuenta esta

⁷²⁰ Sin entrar en detalles, se denomina efecto Knobe a la asimetría de criterios con los que se imputa responsabilidad por el actuar conforme se trate de mérito o demérito. Los estudios demostraban que las personas consultadas exhibían una predisposición mucho mayor para atribuir responsabilidad al agente en virtud de los daños (ambientales) que generaba de forma indirecta con su actividad empresarial. Cuando se trataba de atribuir méritos (ambientales) generados (también de forma indirecta) por esa misma actividad, la predisposición disminuía de forma radical.

⁷²¹ En este sentido, hace tiempo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, p. 677; GILI PASCUAL, *Desistimiento...*, 2009, pp. 43 ss.; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 11; DAVID, *El desistimiento...*, Tesis doctoral inédita, pp. 309 ss. En la doctrina alemana, recientemente, FREUND-ROSTALSKI, 3ª ed., 2019, § 9/6; ROSTALSKI, *Der Tatbegrif...*, 2019, pp. 349 s.; FRISCH, *Revista de estudios de la Justicia* (32), 2019, pp. 24 s; EL MISMO, *InDret* (3), 2014, p. 25; EL MISMO, «Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem», *GA* (7), 2017, pp. 364 ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, pp. 27 ss.

⁷²² WESSELS/BEULKE, *AT*, 48ª ed., 2018, nm. 626; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, § 51/VI.1, KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 16/8; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 1992 § 19/I.2, p. 241; v. HIPPEL, *Lehrbuch...*, 1932, § 45/XI; ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/29 ss., lo considera una causa de exclusión de la responsabilidad penal. En la doctrina especializada, JÄGER, *Rücktritt...*, 1996, p. 126, propone considerar al desistimiento como un «*tipo autónomo liberador de pena*», completamente independiente del injusto culpable; BURKHARDT, *Der Rücktritt...*, 1975, pp. 184 ss., también desliga el desistimiento de la estructura conceptual del delito y lo trata como algo perteneciente a la dimensión de la consecuencia jurídica eventualmente aplicable; v. DER HAYDT, *Perspektivität von Freiheit und Determinismus*, 2017, p. 257, afirma, por su parte, que el desistimiento anula (*aufheben*) la punibilidad de la tentativa previamente surgida, pero sin suprimir el reproche de culpabilidad. En la doctrina de habla hispana, con mayores referencias, véase POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 224 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 61 ss. Caracterizan al desistimiento como excusa absolutoria, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 279 ss.; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, p. 134; sin embargo, en pp. 137 ss., estructura el instituto como «*el reverso de un ilícito subjetivo*»; lo que, finalmente, en p. 309, lo lleva a concluir que «*todo caso de arrepentimiento activo puede ser reformulado como cumplimiento de un mandato, generado por la acción antijurídica precedente (injerencia)*». En

naturaleza jurídica, que mayoritariamente se le asigna al desistimiento, no parece que haya razones de peso para negar la «*ubicación normativa*» que aquí se le concede.

Ubicado el desistimiento en los dominios de la norma de sanción, retomando la expresión gráfica previamente reseñada (« $a = -b$ »), el otro lado de la ecuación ya no queda representado por el tipo de injusto de la tentativa, sino por la consecuencia jurídica de su comisión, a saber, la *pena retributiva*. Donde '*b*' significaba 'tentativa' (imperfecta), ahora significa 'pena retributiva'; de manera tal que desistimiento ('*a*') = no aplicación de pena retributiva (' $-b$ '). Dicho de modo preciso: el desistimiento es un presupuesto negativo de la norma secundaria, un comportamiento posterior que bloquea la posibilidad de aplicar pena por la previa comisión de un injusto culpable de tentativa (imperfecta).

En un esquema como este, resulta impropio construir una teoría de la imputación del desistimiento como si se tratara de un reverso del injusto culpable de la tentativa. Modificar la ubicación normativa del desistimiento, entonces, supone romper definitivamente el *Spiegelbild-axiom* y liberar al desistimiento de su carácter de reflejo-espejular del tipo de injusto de la tentativa. Esta desvinculación, respecto del concepto de injusto, genera un efecto liberador importante que, como veremos a continuación, conlleva numerosas ventajas.

En *primer lugar*, si bien es cierto que las consideraciones teóricas sobre la tentativa (imperfecta) seguirán teniendo impacto sobre el desistimiento, tal repercusión será solo de carácter *indirecta*. En efecto, una vez caracterizado como presupuesto negativo de la norma de sanción (de la tentativa imperfecta), la adopción de una determinada teoría acerca del tipo de injusto de la tentativa (estrictamente objetiva, subjetiva o interpersonal) solo condicionará *la oportunidad normativa* para que el desistimiento pueda tener lugar. De tales lineamientos teóricos, en cambio, no se extraen los criterios para dotar de *contenido* al instituto del desistimiento. Con ello, el problema teórico de la tentativa se mantiene dentro de los límites del campo conceptual del injusto (la dimensión de la infracción a norma de comportamiento), sin incidencia directa respecto de las cuestiones que hacen a la consecuencia jurídica (norma de sanción). En otras palabras: concebir el desistimiento como un instituto de la norma de sanción reordena la discusión, permitiendo que el debate sobre [el contenido y los límites del injusto de] la tentativa imperfecta quede circunscrito a lo que corresponde: *delimitar la oportunidad para desistir*.⁷²³

cierto sentido, SANCINETTI mantiene el *Spiegelbild-axiom* entre desistimiento y tipo de injusto (subjetivo) de la tentativa, afirmando que «*la dogmática de la tentativa se perfecciona con la contracara de la impunidad por desistimiento*». Véase también, SANCINETTI, *Casos de Derecho penal. Parte General*, t. III, 2005, p. 75.

⁷²³ Véase *infra*, Apartado V, punto 1 (pp. 262 ss.).

En *segundo lugar*, se produce una liberación respecto de la inexacta e incómoda identificación, ya analizada, entre desistimiento y deber de garante por injerencia.⁷²⁴ El primero no constituye una expresión del segundo, sencillamente, porque este último constituye un deber impuesto por la norma de comportamiento, y el primero es un presupuesto negativo de aplicación de la norma secundaria. En la medida en que la tentativa sea imperfecta, el deber de garante por injerencia (de aseguramiento) no es más que una expresión actualizada del originario deber negativo de no dañar (es decir, en función de la propia organización deficiente e impuestos por las normas de comportamiento derivadas de los tipos de la parte especial).⁷²⁵

El desistimiento, en tanto presupuesto negativo de la norma de sanción, no puede identificarse (al menos no *per se*) con el cumplimiento de un deber actualizado por el ejercicio deficiente de la propia organización: ambos institutos corren paralelos y, como ya hemos visto, *sus alcances* son distintos.⁷²⁶ Lo que realmente sucede es que, al cumplimiento de este deber de garantía por injerencia, *puede* atribuírsele (o no, dependiendo de las circunstancias) el sentido expresivo del desistimiento de la tentativa imperfecta. Como veremos luego, esto genera una consecuencia de la mayor relevancia hacia el interior del instituto: *los requisitos* exigidos para desistir *son distintos* de los requisitos que se exige, en su caso, para cumplir con el deber de garante por injerencia.

Incluso puede suceder que el cumplimiento del deber de garante por injerencia excluya la posibilidad misma de desistir. En esta investigación, tal es el caso cuando el agente ha

⁷²⁴ Esta incomodidad se refleja, de manera ejemplar, en la obra de ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, 2002, quien luego de asegurar (en p. 64) que «[...] **hay un deber de desistir** [...] [cuya existencia] «viene dada por [...] la realización de la tentativa [...], [esto es] en virtud de un actuar precedente: toda tentativa peligrosa constituye una injerencia...»; expresa (en pp. 74-75) que: «los requisitos del desistimiento [...] **no constituyen una obligación, sino una oportunidad**» y, finalmente (en p. 87) que «**el desistimiento no es un deber, sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al sujeto** [...]». Destacado en el original. En el mismo sentido se expresa GILI PASCUAL, *Desistimiento...*, 2009, p. 257: «el desistimiento no constituye un derecho subjetivo e igualitario —como no es siquiera un deber en sentido estricto, por cuanto no se desvanece su exigencia por la incapacidad de cumplirlo- sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al agente (autor o partícipe) para quedar exento de pena».

⁷²⁵ JAKOBS, *ADPCP* (LII), 1999, p. 19. El deber de salvamento del garante por injerencia no es más que la expresión actualizada del original deber de aseguramiento (configurar la esfera de organización de manera tal que de ella no surjan *outputs* lesivos) de todo ciudadano. En contra, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, pp. 767 ss. y 867 ss., afirma que deber de aseguramiento y deber de salvamento se distinguen entre sí en virtud de que el primero es una aplicación directa de la norma prohibitiva de lesión (el sujeto debe impedir que la propia esfera se injiera en otra esfera ajena), mientras que el segundo es un deber fundado en solidaridad (que nace cuando tal injerencia ya se ha producido y el peligro ya no puede ser asegurado). Ambos deberes tienen idéntico fundamento (la responsabilidad por organización) pero, para el autor, se trata de deberes distintos. Tal diferencia, por supuesto, solo es relevante desde el punto de vista del obligado y, en lo que aquí interesa, no representa utilidad alguna: si el deber de salvamento es un deber derivado de la situación en que ya no pueden contenerse los riesgos, se trata de tentativas perfectas no desistibles. Por tanto, el desistimiento solo debe diferenciarse del deber de aseguramiento: dado que tal deber es, también para DOPICO, una aplicación directa de la norma prohibitiva (norma de comportamiento principal), el argumento presentado en el texto sigue teniendo plena validez.

⁷²⁶ Al respecto, véase *supra*, Apartado IV, punto 1.2.c (pp. 237 ss.).

configurado la situación fáctica de modo tal que, la única manera de cumplir con el primero, radica en la comisión de un nuevo injusto culpable. Esto se debe a que, en la concepción aquí defendida, el desistimiento es un equivalente funcional de la pena y, por ello, la comisión de un nuevo injusto culpable jamás podrá materializar la prestación retributiva.⁷²⁷

Como consecuencia, es perfectamente posible sostener que el agente puede cumplir su deber de garante por injerencia sin que ello se considere desistimiento; y, a la inversa, puede desistir sin que ello implique cumplimiento de garante por injerencia alguno.⁷²⁸ En este sentido, puede afirmarse que no existe ninguna norma de comportamiento (propriadamente dicha) en virtud de la cual se considere típicamente antijurídico «*el no desistir*» de una tentativa imperfecta. Dicho de otro modo: quien cumple su deber de garante por injerencia sin desistir, no por ello infringe una nueva norma de comportamiento (al margen de la ya quebrantada mediante tentativa imperfecta). Por supuesto y como ya dijimos, no debe pasarse por alto que, en la gran mayoría de los supuestos, el cumplimiento de dicho deber de garante por injerencia también implicará un desistimiento de la tentativa imperfecta. Pero tal coincidencia no nos debe llevar a confusión: se trata de cuestiones diferentes.

En *tercer lugar*, se resuelven fácilmente los problemas relativos a la participación delictiva. Por una parte, dado que el desistimiento del autor no impide la configuración del tipo de injusto de la tentativa (aquí, imperfecta), no hay obstáculo para castigar a los demás intervinientes (en fase pre-ejecutiva o concomitante). Por otra, la perspectiva aquí defendida armoniza, sin disonancias, con la exigencia legal que subordina la impunidad por desistimiento a la ejecución personal del comportamiento por parte de cada interviniente. Debido a que se trata de un presupuesto negativo de la norma de sanción, los efectos del desistimiento –al igual que los de la imposición de la pena– no pueden ser sino estrictamente personales. También se disuelve la incómoda tensión previamente mencionada y relativa al *nemo tenetur*: dado que el agente sigue siendo considerado autor de un injusto culpable, solo es posible incorporar sus dichos bajo las garantías procesales que ofrece la declaración indagatoria (el carácter de imputado), sin hacer recaer sobre el sujeto deber alguno de decir verdad ni de aportar datos que puedan resultar auto-incriminatorios. El aporte de esos datos, como consecuencia, no deriva del cumplimiento de un deber testimonial, sino que se trata de una verdadera contribución procesal del imputado que, en su caso, puede dar lugar a una atenuante de pena.⁷²⁹

⁷²⁷ Véase, *supra*, Capítulo IV, Apartado IV, punto 4 (pp. 173 ss.); y, en particular, *infra*, Apartado V, punto 2.2.B.e. (pp. 291 ss.).

⁷²⁸ Como ejemplo de lo primero, basta mencionar aquí que tal situación tiene lugar cuando el agente evita la consumación sin haber realizado la prestación óptima. Como ejemplo de lo segundo, pueden recordarse los casos de desistimiento de las tentativas en omisión por comisión.

⁷²⁹ Véase Capítulo VII, Apartado IV, punto 5 (pp. 441 ss.).

Por último, pero como consecuencia de lo primero, se quiebra el paralelismo naturalista relativo a las formas del desistimiento (tentativa *inacabada* - *abandono* de la ulterior ejecución / tentativa *acabada* - *impedimento* de consumación). Como dijimos, los requisitos del desistimiento no quedan vinculados a la dimensión objetiva del injusto culpable de la tentativa, porque el instituto no está destinado a cumplir la función prospectiva de la norma de comportamiento (cualquiera que esta sea). Dicho de otro modo: los contenidos del instituto (a saber, los requisitos de *eficacia* y *voluntariedad* del desistimiento) pierden su carácter de reflejo especular respecto de las categorías dogmáticas del injusto culpable (se rompe el *Spiegelbild-axiom*).⁷³⁰ El desistimiento de la tentativa, en la medida en que se trata de un instituto de la norma secundaria, queda vinculado a la prestación desempeñada por las acciones punitivas; y esto significa que sus requisitos deben estar orientados a materializar la función retributivo-comunicativa.

En el marco de la presente investigación, como es evidente, no podremos ocuparnos de desarrollar en detalle todas las cuestiones señaladas. Nos limitaremos, exclusivamente, a la primera y a la última de ellas, pues son las que consideramos más relevantes para el desistimiento. Para hacerlo, es necesario precisar de entrada nuestra posición sobre el fundamento y la naturaleza jurídica del instituto, pues a partir de allí obtendremos los lineamientos teóricos para desarrollar su contenido. A modo de tesis a desarrollar en el punto siguiente: el desistimiento constituye un equivalente funcional de la pena retributiva; más preciso: se trata de un comportamiento funcionalmente equivalente al deber (personal) de soportar la acción punitiva que podría ser eventualmente imponible como consecuencia del previo quebrantamiento culpable de una determinada norma de conducta (la tentativa imperfecta) cuya legitimidad es retributivamente precaria.

V. EL DESISTIMIENTO COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA RETRIBUTIVA

En el Capítulo III de esta investigación concluimos que, a partir del esquema de sentido que nos proporciona una determinada norma de comportamiento, *todo actuar* de un ciudadano constituye un acontecimiento comunicativo.⁷³¹ Esto significa: tanto el comportamiento contrario a Derecho (*unrechtmäßiges Verhalten*) como la conducta adecuada a la norma (*rechtmäßiges Verhalten*) constituyen acontecimientos comunicativos jurídicamente relevantes. En el Capítulo IV, nos ocupamos de argumentar que, en una concepción del Derecho como praxis colectivamente construida, el comportamiento *conforme a la norma* tiene una relevancia fundamental, en la medida en que se trata del mecanismo fundamental para poner en concordancia el

⁷³⁰ Sobre cómo deben comprenderse, a partir de esta perspectiva, los requisitos del desistimiento, *infra*, Apartado V, punto 2 (pp. 268 ss.).

⁷³¹ Véase Capítulo III, Apartado III, punto 2.1 (pp. 101 ss.).

concepto con la existencia del Derecho (el éxito de todo ordenamiento efectivamente practicado depende de su acatamiento libre y voluntario).

Dada la contingencia del fenómeno jurídico, el Derecho no puede *volverse real* a través de mera coacción estatal: la praxis jurídica solo puede tener éxito a través de la contribución ciudadana, por lo que atribuir significado y relevancia jurídica a la conducta conforme a Derecho es inevitable.⁷³²

Sin embargo, en virtud del carácter contingente que presenta todo fenómeno normativo, dicha contribución ciudadana puede perfectamente no concurrir, pues el destinatario puede optar por la conducta contraria a Derecho. Cuando se trata del quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento jurídico-penal, el enunciado legal transforma el contenido material del deber originariamente exigido al ciudadano en un deber de soportar la punición. La posibilidad de transformar el contenido material del deber, según dijimos, solo tiene sentido en la medida en que ambos se consideren expresión concreta de aquel proto-deber ciudadano de cooperar en el mantenimiento de un estado de libertades. Dicho de otro modo: la transformación material solo adquiere sentido en la medida en que ambos materializan idéntica prestación (la confirmación dinámica del Derecho, en cuanto praxis colectivamente construida).

A partir de nuestro concepto funcional de pena y recurriendo al método comparativo provisto por el funcionalismo de las equivalencias, identificamos algunos comportamientos que, si bien no consisten en el cumplimiento de ese deber de soportar la punición, intersubjetivamente pueden ser interpretados como alternativas de conducta con una similar capacidad expresivo-comunicativa. A dichos comportamientos, les llamamos «*equivalentes funcionales de la pena retributiva*».⁷³³ En el presente Capítulo y desde un inicio, hemos señalado que el desistimiento constituye *siempre y en todo caso* un comportamiento posterior al quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento detrás del tipo de tentativa (imperfecta).⁷³⁴ Por esa razón, y conforme con lo resumido en los párrafos anteriores, parece evidente que dicha conducta no puede quedar asociada con el deber originariamente impuesto por la norma de

⁷³² A modo de resumen: todo comportamiento libre y voluntario que represente un acatamiento de los deberes normativamente impuestos será interpretado intersubjetivamente como una contribución al orden de libertad real (del cual el ordenamiento no es más que una expresión institucionalizada). A la inversa, el comportamiento contrario a la norma representa la lesión del Derecho en cuanto orden de libertad efectivamente practicado.

⁷³³ De hecho, la previsión legislativa de ciertos comportamientos posteriores al hecho delictivo que impactan en la intensidad de la reacción punitiva emitida en virtud de su comisión, avalan esta circunstancia. Véase en detalle, Capítulo IV, Apartado IV, punto 5 (pp. 179 ss.).

⁷³⁴ Sobre la distinción entre dos injustos de tentativa, *supra*, Apartado III, punto 2.1.b (pp. 208 ss.). A partir de allí, puede afirmarse que el desistimiento *impide* el nacimiento mismo de la punibilidad o bien *suprime* una punibilidad ya nacida. A favor de concebir al desistimiento como la *supresión* de un derecho a castigar, BINDING, *Handbuch...*, 1885, p. 816; desde su particular perspectiva, el desistimiento se vuelve una condición resolutoria de una antijuridicidad punible.

comportamiento, sino con el *deber de soportar la acción punitiva* que surge a raíz de la ejecución de esa tentativa imperfecta. Para decirlo con precisión: a través del desistimiento, el ordenamiento jurídico no pretende emitir mandato ni prohibición alguna, ni tampoco motivar al ciudadano a seguir esos mandatos o prohibiciones. Por lo tanto, su concurrencia no afecta la existencia o intensidad del previo quebrantamiento de la norma de conducta.

Las normas de conducta, como es evidente, no pierden su vigencia ni su capacidad directiva de la conducta cuando el autor comienza la ejecución de una tentativa imperfecta.⁷³⁵ El deber que recae sobre el autor de una tentativa imperfecta, que le obliga a abstenerse de materializar el tipo consumado, es impuesto por las normas de comportamiento derivadas de los tipos de la parte especial. Y según estemos frente a una tentativa acabada o inacabada, dicho imperativo podrá consistir en un requerimiento o una prohibición concreta. El desistimiento, por su parte y como ya hemos visto, no constituye una expresión refleja de ese deber ni tampoco es posible derivar, de dicho instituto, norma de conducta alguna.⁷³⁶

Pero, además, el desistimiento tampoco puede entenderse como un *incentivo extra* para el cumplimiento de ese deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento. Tal como destaca ROSTALSKI, en una comunidad de seres racionales, los ciudadanos “permiten” que las normas de comportamiento –legítimas– orienten su comportamiento porque entienden que el seguimiento de las mismas constituye el mejor mecanismo para alcanzar la libertad. Si la *ratio* del desistimiento se asentara en el hecho de que «*el infractor debe recibir un incentivo para seguir la norma, estaríamos aceptando, al mismo tiempo, el fracaso general del sistema normativo en su función original*».⁷³⁷

La concurrencia de un desistimiento, en la medida en que este constituye un presupuesto negativo para la aplicación de la norma de sanción, impide que la conducta sea castigada (en la medida en que concurre la condición a la que estaba sometida la punibilidad de la tentativa imperfecta). Lo que pretendemos fundamentar en el presente Apartado es lo siguiente: la impunidad del desistimiento trae causa en que nos encontramos ante un comportamiento posterior al hecho (de la tentativa imperfecta) que, bajo ciertas circunstancias, puede ser intersubjetivamente interpretado como conducta capaz de confirmar, en sentido dinámico, el Derecho en tanto praxis colectivamente construida. Para formularlo a modo de tesis: *el desistimiento representa*

⁷³⁵ AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 217.

⁷³⁶ Concuerda con esto POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 241. En contra, AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 217, que expresamente afirma que las acciones de desistimiento previstas en el § 24 StGB constituyen formas en las que el delincuente cumple su deber derivado del principio de la inversión del riesgo. La posibilidad de derivar verdaderos deberes jurídico-penales a partir de este principio es, en mi opinión, altamente dudosa.

⁷³⁷ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 349, agregando que «*quien asuma que el acuerdo de normas sociales no es en sí mismo suficiente para motivar a un ciudadano racional a cumplirlas, debería admitir que estas normas son, en sí mismas, defectuosas*».

un equivalente funcional de la pena retributiva, su concurrencia hace decaer el deber de soportar la acción punitiva (por la previa comisión de una tentativa imperfecta) y, en consecuencia, impide al Estado ejercer su facultad punitiva.

A pesar de que no se han extraído sus consecuencias sistemáticas y dogmáticas, esta idea no es algo completamente nuevo en la doctrina.⁷³⁸ De hecho, en la discusión alemana, AMELUNG ha apuntado, directamente que «[...] *el desistimiento voluntario aparece como **equivalente funcional de la pena***»,⁷³⁹ y WEGE no duda en afirmar que el desistimiento vuelve al castigo prescindible, debido a que con esa conducta «*el autor ha asumido el cumplimiento de la función a la que dicho castigo está destinado*». ⁷⁴⁰ En una línea similar, MURMANN concluía que, si el injusto de la tentativa se fundamenta a partir de la idea de lesión de la relación de reconocimiento recíproco, entonces solo puede desistir quien repara esa relación lesionada, cumpliendo así la prestación a la que está destinada la pena retributiva. En palabras del autor, el desistimiento debe consistir

*«en una toma de posición acerca del injusto previamente cometido que sea idónea para el restablecimiento del estado de juridicidad lesionado». A partir de aquí «[...] el desistimiento puede ser ubicado en una –necesaria– relación con la **justificación absoluta de la pena**, pues el desistimiento debe tener algún elemento que permita **suprimir legítimamente el fundamento de la punición** que legítimamente surge a raíz de la tentativa».*⁷⁴¹

En la doctrina española también hay expresiones concretas de esta idea: recientemente, SILVA SÁNCHEZ ha sugerido que, en la medida en que el desistimiento excluye la pena de la tentativa, «*debería analizarse [...] si y por qué la conducta de desistimiento*

⁷³⁸ En la doctrina de habla hispana, recientemente, SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 117; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 279 ss.

⁷³⁹ AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 219, destacado en el original. Según creo, como consecuencia de haber adoptado una teoría preventiva y mixta de la pena, Amelung incurre en algunas contradicciones sistemáticas pues, al tiempo que caracteriza al desistimiento como un equivalente funcional de la pena, también le asigna el estatus de «*causa sobrevenida de exclusión del injusto*» (*Rücktritt als Fall der nachträglichen Unrechtsausschlusses*). Según el autor, el desistimiento consistiría en una reversión del peligro -elimina el desvalor de resultado (en tanto cumplimiento del deber derivado de la norma de comportamiento)- pero no puede eliminar el desvalor de acción de la ya existente tentativa, el cual solo resulta compensado por el comportamiento voluntario que confirma la vigencia de la norma (equivalente funcional de la pena). Dicho en breve: una teoría mixta de la pena y la falta de distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, termina llevando al autor a otorgar una doble –e incompatible– naturaleza al desistimiento: excluye el injusto de resultado y, al mismo tiempo, constituye un equivalente funcional de la pena del injusto de acción. Véase AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 242 ss.

⁷⁴⁰ WEGE, *Rücktritt...*, 2011, p. 85. El destacado es propio. La diferencia con la posición aquí sostenida se limita a que el autor alemán, al igual que HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 18 ss., considera al desistimiento como una causa de supresión de una punibilidad previamente surgida (*Strafaufhebungsgrund*), pero vinculada exclusivamente con el criterio de la necesidad de pena. Véase la nota siguiente.

⁷⁴¹ MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 28. Que el autor se refiera al desistimiento como un comportamiento que suprime el *fundamento* de la punición de la tentativa, parece asentar la *ratio* del instituto en cuestiones de merecimiento de pena, no de necesidad.

constituye un equivalente funcional de la pena de la tentativa». ⁷⁴² ALCÁCER GUIRAO ha sostenido también que, «en ocasiones, la vigencia de la norma puede ser reafirmada por el mismo autor: ello es lo que contempla el desistimiento». ⁷⁴³ En este sentido, el «[...] desistimiento [...] opera de igual modo que lo haría la pena [...]» y por ello, aparece «como un subrogado de la pena [...], cumple su misma función», ⁷⁴⁴ de modo que se trata de un verdadero «equivalente funcional de la misma». ⁷⁴⁵ Similar, MAÑALICH afirma que el desistimiento consiste en el «reconocimiento positivo de la norma imputablemente quebrantada [y dicho reconocimiento es] aquello que según Hegel sería definitorio del “restablecimiento del derecho” a través de la “cancelación del crimen” que define la operación de la pena desde el punto de vista de la “justificación objetiva” de esta». ⁷⁴⁶

1. La oportunidad para el desistimiento: la tentativa imperfecta (no fracasada)

Dado que el desistimiento constituye aquí un presupuesto negativo de (la aplicación de) la norma de sanción, el instituto pertenece a un «universo normativo» distinto de aquél al que pertenece el injusto de la tentativa. Esa distinción normativa explica lo siguiente: ubicar el desistimiento en la norma secundaria puede ser una conclusión compartida por diversas concepciones del injusto. De hecho, así lo ubican tanto FREUND-ROSTALSKI, desde una concepción personal del injusto culpable; ⁷⁴⁷ como también KINDHÄUSER, desde una posición más causalista u objetiva. ⁷⁴⁸ Brevemente: el desistimiento no constituye un reverso especular de la tentativa y, por tanto, el contenido de sus requisitos nada tiene que ver con el contenido de ese injusto culpable.

En el Apartado anterior, adelantamos que esto no significa, por supuesto, que la adopción de una determinada orientación teórica sobre el injusto de la tentativa sea irrelevante para el desistimiento. De hecho, al optar por uno u otro modelo se modifica el concepto de injusto de la tentativa (perfecta e imperfecta) y, con ello, se afecta la existencia o inexistencia del *presupuesto* necesario para desistir. Debe recordarse que, según lo establecido en las páginas anteriores, el desistimiento es un *instituto interno a la tentativa imperfecta* y, por eso, una breve referencia respecto de cómo concebimos

⁷⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 117.

⁷⁴³ ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, p. 99.

⁷⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 54. Destacado en el original.

⁷⁴⁵ ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, p. 100.

⁷⁴⁶ MAÑALICH, *InDret*, (3), 2020, p. 274.

⁷⁴⁷ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, §§ 8-9. En esa línea, WEGE, *Rücktritt ...*, 2011, pp. 85 ss. ha desarrollado en profundidad la idea del desistimiento como un comportamiento que cumple idéntica función que la pena.

⁷⁴⁸ KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 32/2. Siguiendo el esquema teórico propuesto por este autor y desde una perspectiva diferente acerca del injusto de la tentativa, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 273, asegura que «el desistimiento (voluntario) puede volver retributivamente innecesaria la reacción punitiva a la respectiva tentativa».

este injusto culpable, es indispensable para trazar los límites de la *oportunidad normativa* para desistir.

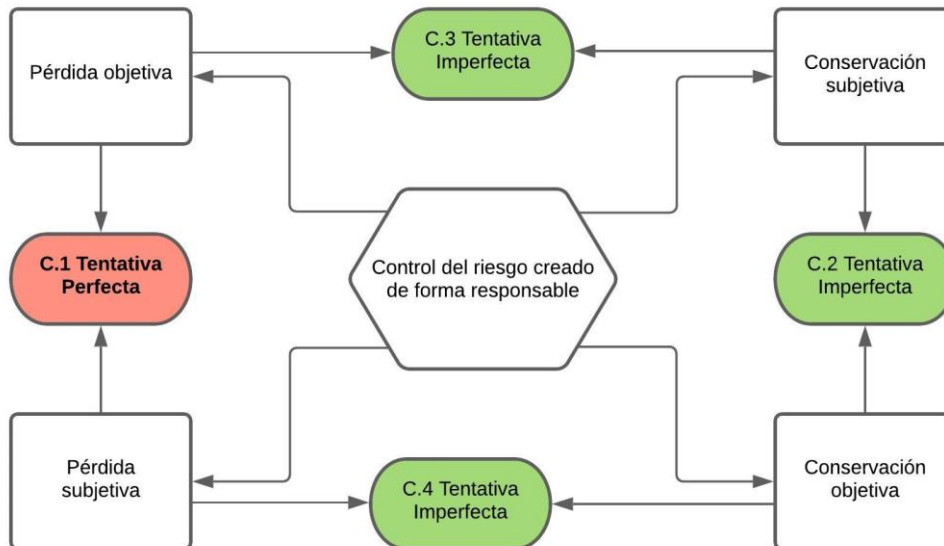
Determinar la *oportunidad normativa* para desistir requiere precisar, al menos, dos extremos normativos distintos: *un límite mínimo*, representado por la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa imperfecta; y *un límite máximo*, a saber, que no se haya producido la infracción de la norma de comportamiento principal (esto es, que la acción u omisión del agente no pueda ser calificada como una tentativa perfecta o como delito consumado) o el fracaso de la tentativa imperfecta. Dado que aquí se trata del desistimiento (un instituto interno a la tentativa imperfecta), la cuestión más relevante radica en la determinación del *límite máximo* de la oportunidad normativa para desistir.⁷⁴⁹

Según la perspectiva que adopto y que bien podría denominarse *interpersonal*, la infracción de la norma de comportamiento de la *tentativa perfecta* (que cierra la posibilidad al desistimiento) solo tiene lugar cuando el sujeto realiza una acción –u omisión– que conlleva la *pérdida o renuncia objetiva* al control del riesgo y, además, que el sujeto *se haya representado o debido representar* tal situación. Brevemente: la realización del injusto de la tentativa perfecta requiere, según creo, la conjunción de la *pérdida o renuncia objetiva y subjetiva* del control del riesgo creado de forma responsable.⁷⁵⁰ Siguiendo el esquema planteado (Fig. 1), la tentativa solo se considera perfecta en el Caso 1 (C.1)

⁷⁴⁹ La determinación del límite mínimo se corresponde con la distinción entre actos preparatorios e inicio de la ejecución de la tentativa, pero esta cuestión excede el marco de la presente investigación.

⁷⁵⁰ La tentativa perfecta (no desistible) requeriría la materialización del riesgo creado en un estado de cosas que ya no pudiera ser modificado. La postura se asemeja, en términos globales, a la sostenida por MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 41: el autor solo pierde la posibilidad de desistir cuando «*acepta la imposibilidad de modificar su expresión de sentido bajo la premisa de que el riesgo creado realmente se ha materializado de una forma tal que ya no resulta susceptible de ser revocado*». Similar en la crítica, no así en la solución, GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, p. 30. Dado que el autor toma como punto de partida un fundamento preventivo-general del desistimiento, entiende que la oportunidad para desistir no se cierra mientras «*subsista objetivamente la potencialidad lesiva*», independientemente de si se trata de tentativas perfectas o imperfectas. En esta investigación, dado que se sigue una teoría retributiva, es la calidad de la norma infringida lo que decide la oportunidad para desistir, no el peligro (por sí mismo).

Fig. 1
Tentativa perfecta



Antes de alcanzar el punto *–subjetivo–* de no retorno y cualquiera sea la teoría seguida, nos encontramos siempre en C.2, una tentativa imperfecta. Sin embargo, la tesis aquí sostenida exhibe una diferencia importante con la adopción de una perspectiva enteramente subjetiva, lo cual queda en evidencia cuando se alcanza ese punto; es decir, en los casos en que el sujeto, a pesar de no haber perdido objetivamente el control del riesgo, se representa (*cree*) erróneamente que lo ha perdido (*pérdida subjetiva* del riesgo, C.4). Para una perspectiva puramente subjetiva, dicha «*pérdida subjetiva*» significa ya la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa perfecta y, por tanto, la imposibilidad de desistir (independientemente de si el sujeto luego sale del error y «*recupera el control subjetivo*»). Desde una perspectiva *interpersonal* y *dinámica* como la que aquí se sostiene, en tales casos se deja abierta la oportunidad normativa para el desistimiento. Dado que el sujeto no ha perdido el control del riesgo (al menos no de modo comunicativamente relevante, pues objetivamente lo conserva), la oportunidad para el desistimiento no está definitivamente cerrada. En otras palabras: mientras la representación del agente no encuentre un correlato fáctico comunicativamente relevante, el injusto de tentativa todavía no es perfecto; la *oportunidad normativa* para desistir no ha desaparecido definitivamente, siempre y cuando, claro está, el agente *salga de su error*. Si así fuera, volvemos a encontrarnos en el supuesto previsto en C.2. Lo vemos en un ejemplo.

El terrorista Ø instala, en el aeropuerto, un aparato explosivo cuya detonación se difiere mediante una espoleta de tiempo que el agente cree haber programado en 30 min. (cuando en verdad la ha programado en 45 min). El agente Ø comienza a alejarse del lugar de los hechos hasta el punto en que, según su representación, ya no habrá tiempo para volver a desactivar el aparato explosivo.

Esto no debe llevar a confusión: mientras el agente permanezca en la situación de error establecida en C.4, su comportamiento (incluso la evitación del resultado por parte del agente) probablemente no constituya desistimiento voluntario de la tentativa (imperfecta). Dicho de otro modo: mientras el agente *crea* que ya no es posible desistir, su comportamiento no presentará las exigencias necesarias para considerarlo desistimiento. Pero esto es un problema propio de los *requisitos del desistimiento* (un problema de norma de sanción), y no algo que concierna a la tentativa perfecta, en tanto umbral normativo que cierra la posibilidad de desistir. Aquí solo interesa esto último y, a su respecto, la diferencia entre ambas posiciones está en el *carácter dinámico* de la postura interpersonal. Dado que la oportunidad normativa para desistir no ha sido definitivamente cerrada, si el agente Ø advierte (antes de haber perdido –objetivamente– el control del riesgo) que el temporizador fue realmente fijado en 45 min., entonces ha recuperado el «*control subjetivo*» del riesgo. Si ese fuera el caso, nos encontraríamos, nuevamente, en la situación C.2, por lo que, si el agente Ø vuelve al lugar de los hechos y desactiva la bomba, se trata aquí de un desistimiento de la tentativa.

A la inversa, las diferencias con una perspectiva estrictamente objetiva quedarían a la vista en aquellos casos en los que, a pesar de haber realizado una conducta que *objetivamente* conlleva la renuncia o pérdida del control del riesgo creado, el sujeto *crea* mantener todavía ese control (C.3). Desde una perspectiva puramente objetiva, tal conducta implicaría la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa perfecta y, por ello, se cerraría aquí la oportunidad normativa para desistir (independientemente de lo que el sujeto crea). Desde una perspectiva interpersonal y dinámica, mientras el agente conserve el control subjetivo del riesgo, la tentativa se mantiene como imperfecta y, con ello, se abre la puerta del desistimiento a los casos en los que el autor *recupera* el control *objetivo* del riesgo. En tales condiciones, volveremos a encontrarnos en la situación C.2 y, siempre que se cumplan los requisitos exigidos, el comportamiento del agente podría considerarse desistimiento voluntario. Veamos el siguiente caso.

En el *hall* de un aeropuerto, el terrorista Ø instala un aparato explosivo cuya detonación se difiere mediante una espoleta de tiempo 30 min., reservándose la posibilidad de abortar la detonación con un control remoto. Pasados 5 min. de haber iniciado el contador de la espoleta, una falla en el sistema de comunicaciones del aeropuerto genera una onda de radio que, siendo imperceptible para el agente, inhabilita toda frecuencia radial durante 20 min. Esto impediría que el agente pueda, eventualmente, interrumpir el contador

Para considerar fracasada la tentativa, una perspectiva interpersonal requiere la *conjunción* de la imposibilidad «*objetiva*» con la imposibilidad «*subjetiva*» de consumir el hecho. Dicho de mejor modo: el fracaso de la tentativa solo se produce cuando el sujeto haya advertido o debido advertir *la imposibilidad fáctica* objetiva de consumir el delito.

De esta forma, la diferencia con una perspectiva subjetiva se manifiesta en aquellos casos en los que, siendo fácticamente posible la consumación, el sujeto cree (*erróneamente*) que ya no lo es (C.4). En tal caso, una perspectiva exclusivamente subjetiva concluye el carácter fracasado de la tentativa y, por tanto, el cierre definitivo de la posibilidad de desistir. Desde una perspectiva interpersonal, en cambio, se afirma que tal posibilidad queda abierta: si el agente sale de su error y advierte que todavía resulta fácticamente viable la consumación, volvemos a encontrarnos en la situación prevista por C.2, siendo admisible ahora el desistimiento del agente.

A la inversa, la diferencia central con una perspectiva estrictamente objetiva se manifestará en aquellos casos en que el agente no ha advertido que su tentativa ha fracasado objetivamente, de manera tal que, según su representación, el tipo todavía podría ser consumado (C.2). Una perspectiva objetiva afirmaría la existencia de un fracaso de la tentativa y su imposibilidad de ser desistida (se afirma, en este sentido, que no se puede desistir la tentativa si no se puede consumir el delito). En una perspectiva interpersonal, mientras el agente todavía se represente la posibilidad fáctica de consumir el hecho, la tentativa no estará definitivamente fracasada, por lo que se deja abierta la posibilidad de desistimiento (siempre que estemos ante una tentativa imperfecta, claro está).⁷⁵² Según creo, la redacción de los textos legales del § 24.I del StGB alemán y del § 16.II del StGB austríaco respaldan esta interpretación.⁷⁵³ Este problema, sin embargo, está directamente relacionado con los requisitos objetivos y subjetivos del desistimiento, por lo que será analizado en profundidad en el punto siguiente.

No son objeto de estudio aquí los casos de «fracaso reparable» de la tentativa. En tales casos, debe realizarse la distinción entre el fracaso reparable de la tentativa perfecta y el

⁷⁵² Esto no debe llevar a confusión: solo se admite aquí la posibilidad de desistir de una tentativa imperfecta que, si bien está objetivamente fracasada, subjetivamente no ha fracasado (el sujeto no ha advertido tal fracaso). Véase *infra*, Apartado V, punto 2.1 (pp. 268 ss.)

⁷⁵³ El § 24.I. StGB alemán, en su segunda frase, dispone: «*Si el hecho no se consuma al margen de la intervención de quien se retira, el agente será eximido de pena si ha realizado un esfuerzo serio y voluntario para evitar la consumación*». El § 16.II del StGB austríaco, especifica: «*El autor tampoco será castigado si la realización [del hecho] o el resultado no tienen lugar al margen de su actividad, siempre que desconociendo esa circunstancia, se esfuerce de forma seria y voluntaria para impedir la realización o evitar el resultado*».

de la imperfecta, admitiendo la posibilidad de desistimiento solo en la segunda.⁷⁵⁴ Admitido el desistimiento solo para los casos de fracaso reparable de la tentativa imperfecta (lo que significa adoptar la teoría de la consideración individual también para la tentativa imperfecta), queda por discutir el *grado de estrictez* de esa solución. La solución más estricta exige que la «*reparabilidad*» del fracaso haya sido prevista originariamente por el autor, y se denomina solución del *horizonte de planeamiento*. Por el contrario, si la posibilidad de desistir se admite también cuando el medio equivalente para consumar el delito no fue previsto por el autor, sino que este lo ha encontrado por casualidad durante la ejecución, se trata de la solución propuesta por el criterio del *horizonte del desistimiento*. En lo que a esta investigación respecta, lo coherente sería admitir la solución ampliada propuesta por el criterio del horizonte del desistimiento. Hasta donde alcanzo, el único argumento contra esta última y por el cual SANCINETTI la rechaza, se denomina «*test del “puente de oro invertido”*».⁷⁵⁵ Según este argumento, la solución del horizonte del desistimiento motivaría al autor, durante la ejecución, a buscar medios equivalentes para la consumación, pues esto le beneficiaría con una eventual impunidad por desistimiento. Esto sería inaceptable puesto que, en la dogmática del desistimiento, «*ninguna solución podría ser acertada si condujera a alentar las estrategias delictivas*».

Desde mi punto de vista, el argumento es débil por dos razones. La primera es pragmática: no veo diferencia alguna entre un autor que, previendo un posible fracaso, busca medios alternativos de consumación antes de comenzar con la ejecución y otro que lo hace durante la ejecución de la tentativa imperfecta. La segunda es teórica y decisiva: en esta investigación, el desistimiento pertenece a la norma de sanción, no a la norma de comportamiento. La dogmática del desistimiento no debe diseñarse para cumplir la función prospectiva de la norma de comportamiento.

2. Requisitos del desistimiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva

2.1. La necesidad de exigir requisitos al desistimiento

Los ordenamientos jurídicos que condicionan la imposición de pena por tentativa a la no-concurrencia de un desistimiento generalmente exigen que tal comportamiento reúna ciertos requisitos objetivos y subjetivos. En esta línea, se requiere el *abandono* de la ejecución hecho intentado, el *impedimento* o *intento serio* de impedir la consumación y la voluntariedad (o espontaneidad) del comportamiento.

Con la excepción del CP argentino, este es el caso de los ordenamientos citados al inicio de este capítulo. Según el § 24.I del StGB alemán: «*no será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su*

⁷⁵⁴ Cfr. la solución de JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/9ª; también, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 179-180.

⁷⁵⁵ SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 182.

consumación. Si el hecho no se consuma al margen de la actividad de la persona que desiste, ésta tampoco podrá ser castigada si se ha realizado un **esfuerzo serio y voluntario por impedir su consumación**». El § 16 del StGB austríaco: «el autor no será castigado por tentativa [...], cuando **voluntariamente abandona** la ulterior ejecución del hecho o [...] cuando **impide** el resultado. El autor tampoco será castigado si la realización [del hecho] o el resultado no tienen lugar al margen de su intervención y siempre que, desconociendo esa circunstancia, se **esfuerce de forma seria y voluntaria para impedir la realización o evitar el resultado**». El art. 23.1 del StGB suizo de pena exige que «el autor, por **propia iniciativa, no complete su acto punible o contribuya a impedir la consumación del hecho**»; reconociendo también, en el art. 23.4, la posibilidad de desistir mediante la realización de un «**esfuerzo serio para impedir la consumación del hecho**», independientemente de que dicha consumación tenga o no lugar. El art. 24.2 del CP portugués: «cuando la consumación o la realización del resultado fueran impedidas por un acto independiente de la conducta del agente que desiste, la tentativa no es punible si este se ha esforzado seriamente para evitar una u otra». En el ordenamiento español, la posibilidad de conceder impunidad por la realización de un «**intento serio, firme y decidido**» dirigido a impedir la consumación queda circunscrito, injustificadamente, a los casos de pluralidad de intervinientes (art. 16.3 CPE).⁷⁵⁶

Desde la perspectiva adoptada en este trabajo, la *necesidad* de exigir determinados requisitos al desistimiento no se pone en duda, sino que *se fundamenta* de manera distinta. Según hemos establecido en el punto anterior, la *oportunidad normativa* para desistir viene dada, exclusivamente, por el previo quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa imperfecta. El hecho de que ya exista esta toma de posición precedente es el punto de partida fundamental para comprender *por qué* el legislador rodea de ciertas exigencias el desistimiento. Y es que, una vez quebrantada la norma y nacido el deber de soportar la acción punitiva, el hecho de conceder impunidad por un comportamiento posterior del propio agente parece tener algo de «*paradójico*».⁷⁵⁷

Este carácter paradójico deriva de que, con la impunidad del desistimiento, el legislador equipara la consecuencia jurídica de este instituto con la consecuencia jurídica del comportamiento conforme a Derecho. Pero resulta que, a decir verdad, quien ha comenzado la ejecución de una tentativa imperfecta, ha optado previamente por un camino radicalmente distinto, mejor dicho, *contrario* al elegido por quien se comporta de forma conforme a Derecho. El autor de la tentativa imperfecta ya ha efectuado una primera toma de posición frente a la norma y, por tanto, la conducta de desistimiento aparece como un acto comunicativamente incongruente (respecto de aquella primera toma de posición, de modo que el autor parece contradecirse consigo mismo. Para dar preeminencia comunicativa al (comportamiento posterior de) desistimiento por sobre la

⁷⁵⁶ Sobre el particular, véase *infra*, Apartado V, punto 2.2.A (pp. 272 ss.).

⁷⁵⁷ La expresión es de WEGE, *Rücktritt...*, 2011, p. 85.

tentativa imperfecta (comportamiento precedente), no basta con una conducta que, antes de tal toma de posición, se consideraría conforme a Derecho. En un ejemplo:

El sujeto Ø, en medio de una acalorada discusión con su pareja [], siente profundos deseos de dispararle con el arma que lleva en su cintura. Se abstiene de hacerlo, sin embargo, pues comprende que en ese momento sería fácilmente descubierto por el policía que casualmente espera el bus en la calzada. Ø decide disparar a [] en otro momento.

El sujeto β, en medio de una acalorada discusión con su pareja [], siente profundos deseos de dispararle con el arma que lleva en su cintura. Desenfunda, empuña y apunta el arma hacia la víctima. Súbitamente se detiene, pues advierte la presencia policial y guarda el arma. β decide disparar a [] cuando no corra el riesgo de ser descubierto.

El sujeto Ø se abstiene de comenzar la ejecución de una tentativa imperfecta y, con ello, se comporta conforme a Derecho; su toma de posición se considera favorable al deber de cooperación. Por el contrario, una vez iniciada la ejecución de la tentativa imperfecta por parte de β, el mero abandono de la ejecución ya iniciada, aun cuando sea por las mismas razones que motivaron a Ø no iniciar la ejecución, es unánimemente rechazado como desistimiento voluntario.

Lo anterior pone de relieve la importancia que tiene el carácter contradictorio del comportamiento del autor. La existencia de una tentativa (imperfecta), en el segundo supuesto, impide atribuir a ambas «abstenciones» el mismo contenido de significado expresivo, generando que el comportamiento posterior del agente adolezca de un «*déficit estructural de credibilidad*». Y sin esa necesaria credibilidad, el comportamiento del agente no puede desempeñar la prestación retributiva, es decir, no puede confirmar –en sentido dinámico– el Derecho. Para explicar por qué, debemos traer a colación algunas conclusiones de la primera parte de esta investigación.

Allí sostuvimos que las acciones punitivas se justifican desde un paradigma retributivo-comunicativo y, en ese marco, constituyen la respuesta estatal frente a un previo discurso ciudadano (el injusto culpable). También adujimos que tal respuesta punitiva, en los términos de la teoría de los actos de habla, adopta la forma de un *reproche comunicativo*. Como acto de habla, todo reproche que no quiera diluirse en una actitud objetivante para con el destinatario, debe gozar de una determinada *pretensión de sinceridad*. En breve: al igual que una felicitación o una condolencia, la falta de sinceridad en la formulación del reproche provoca que el acto comunicativo fracase como tal, pues se produce una *instrumentalización de la comunicación*.⁷⁵⁸ Para evitar tal instrumentalización y a fin de poder mantener el diálogo ciudadano con el autor del hecho, el emisor del reproche (el Estado) rodea de ciertas formalidades la realización del acto comunicativo. Dicho en breve: las formalidades y requisitos necesarios para la

⁷⁵⁸ Véase Capítulo III, Apartado III, punto 4.3 (pp. 122 ss.)

imposición de una pena garantizan la sinceridad en la formulación del reproche, evitando así la instrumentación de la comunicación.

Cuando se trata de equivalentes funcionales a dichas acciones punitivas, tal riesgo de instrumentalización de la comunicación también existe y, en muchas ocasiones, puede verse incluso incrementado. En el caso del desistimiento voluntario, el riesgo de instrumentalización queda en evidencia cuando se advierte que, en virtud de la tentativa imperfecta precedente, el comportamiento posterior del agente resulta contradictorio en sí mismo; adolece del ya mencionado *déficit estructural de credibilidad*.⁷⁵⁹ Para cumplir la prestación retributiva, es indispensable subsanar este déficit de credibilidad mediante una determinada objetivación y, precisamente, a esto están destinados los requisitos del desistimiento. Por esa razón, es entendible y del todo legítimo que el legislador (en mayor o menor medida) subordine la impunidad por desistimiento a la presencia de determinados requisitos específicos.⁷⁶⁰

2.2. Los requisitos de un desistimiento funcionalmente equivalente

Aclarado el fundamento por el cual se hace necesario exigir ciertos requisitos al desistimiento, también el *contenido* (qué implica cada una) de estas exigencias se modifica sustancialmente. Y es que, si nos encontramos ante un equivalente funcional de la pena retributiva, los requisitos y exigencias del desistimiento deben interpretarse desde una perspectiva distinta: no deben “llenarse” de contenido a partir del espectro lumínico que irradia la norma de conducta; sino que deben ponerse en relación con la función retributivo-comunicativa que es propia de la norma de sanción. Como veremos a continuación, en este esquema interpretativo [la *imputación positiva* de] el desistimiento ya no representa un reverso especular [de la *imputación negativa*] del ilícito.

Se trata, en definitiva, de exigencias orientadas a *subsanar el déficit estructural de credibilidad* y, de ese modo, garantizar que el comportamiento tenga la capacidad expresiva suficiente para materializar la prestación retributiva. Esto significa: mediante la realización de este comportamiento, el agente realiza una expresión de sentido, cuyo contenido reza: «*el ordenamiento jurídico continúa siendo, también para mí, una praxis colectiva en la que participar, de forma cooperativa, para alcanzar la libertad real*». En lo que sigue, se desarrollan las repercusiones principales de esta idea.

⁷⁵⁹ Sobre la necesidad de objetivar la toma de posición, fundamental, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, pp. 32-35; WEGE, *Rücktritt...*, 2011, pp. 83 ss.

⁷⁶⁰ En esta línea, cierto sector de la doctrina ha referido que estos requisitos del desistimiento tienden a evitar que el agente «utilice el ordenamiento como su juguete»; cfr. WEGE, *Rücktritt...*, 2011, p. 85. En el mismo sentido, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 67.

A. La 'eficacia' del desistimiento. El «esfuerzo serio, firme y decidido» como mecanismo de expresión objetivada

Previamente señalamos la falta de acuerdo doctrinal respecto del nivel de exigencias que cabe imponer al desistimiento voluntario de la tentativa. Sin embargo, también dijimos que, en términos generales, la doctrina y jurisprudencia dominantes entienden a la evitación del resultado (impedimento de la consumación) como una *condición necesaria, pero no suficiente* para garantizar la eficacia del desistimiento; dicha evitación debe ser *normativamente imputada* al agente.⁷⁶¹ Acordado este punto, entraba en escena el difícil problema de los criterios de imputación, que la doctrina mayoritaria resuelve a través de la teoría de la apertura de oportunidades (para la impunidad, basta con la mera adopción de medidas *ex ante* aptas para la evitación del resultado y que hayan sido *ex post* efectivas).

Desde la perspectiva adoptada en esta investigación, la *eficacia* del desistimiento no puede estar referida a la *evitación objetiva y subjetivamente imputable* del resultado lesivo. En la medida en que el desistimiento representa un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción (de la tentativa imperfecta), se altera el objeto de referencia del requisito de la eficacia, pues este no está directamente relacionado con la función prospectiva de la norma de comportamiento, sino vinculado a la prestación retributiva de las acciones punitivas. A modo de tesis: la eficacia del desistimiento se determina en virtud de su idoneidad para objetivar o expresar una toma de posición revisionista acerca del previo quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa imperfecta.

Esto implica aceptar que, *por una parte*, el impedir de modo objetivamente imputable el resultado no es una condición necesaria para atribuir al comportamiento del agente la capacidad expresiva que requiere el desistimiento.⁷⁶² A la inversa: incluso si la evitación del resultado no le resulta objetivamente imputable al agente, su conducta todavía puede

⁷⁶¹ Véase *supra*, Apartado IV, punto 1.2.d (pp. 241 ss.).

⁷⁶² Estos casos no deben confundirse con aquellos en donde el resultado típico se produce, pero de forma tal que no resulta objetivamente imputable al agente. Este es un problema relativo a la tentativa (la oportunidad para desistir), no al desistimiento. Cuando el resultado tiene lugar pero no resulta imputable al autor (como sucede en los casos de interrupción del nexo de imputación por la intervención de la víctima o de un tercero), «*el resultado típico*» no existe como tal y la tentativa bien puede ser imperfecta. Por eso, el desistimiento es posible aun cuando dicho resultado ya haya tenido lugar (siempre, claro está, que el autor desconozca dicha circunstancia); en idéntico sentido, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 33, nota 110. Por el contrario, en los casos a los que se hace referencia en el texto, *el resultado no se produce*, pero sucede que esa *no-producción* no puede ser atribuida –en términos normativos– al comportamiento del agente (por ejemplo, porque ha intervenido en el curso salvador un tercero).

considerarse (bajo ciertas condiciones) desistimiento voluntario de la tentativa imperfecta. Veamos el siguiente ejemplo:

El sujeto Ø, un nadador experto que quiere probar su valía, arroja un niño a las turbulentas aguas del río. Inmediatamente, se desviste y se lanza al agua para efectuar el rescate. Cuando se encuentra a medio camino, advierte que el niño ha cogido un salvavidas que le ha arrojado un excursionista (que se encontraba causalmente en la vera del río) y está siendo arrastrado, por el tercero, fuera del agua.

En el caso reseñado, la evitación del resultado no puede ser objetivamente imputada al comportamiento ejecutado por el autor de la tentativa imperfecta (pues se ha producido una interrupción del nexo de imputación por la intervención de un tercero en el curso causal salvador). Sin embargo, el criterio aquí sostenido permite que tal comportamiento (en caso de cumplir con las exigencias adecuadas) sea interpretado como desistimiento voluntario de la tentativa imperfecta y, con ello, conceder la impunidad. En definitiva, la evitación imputable del resultado es un «*requisito circunstancial*» del desistimiento que, si bien puede ser de gran utilidad para atribuir al comportamiento del agente un significado expresivo determinado, puede ser perfectamente prescindible. Esta conclusión, por cierto, se obtiene por derivación directa del criterio sustentado y no constituye una excepción reconocida por razones político-criminales.⁷⁶³

Por otra parte, dado que solo se trata de un mecanismo objetivado de expresión comunicativa, la evitación objetivamente imputable del resultado tampoco puede considerarse una condición suficiente para materializar la prestación retributiva.⁷⁶⁴ La credibilidad del *mentís* realizado por el agente puede necesitar, en el caso concreto, mecanismos de expresión objetivada más intensos que permitan asignarle, a dicho comportamiento, un significado indubitable de confirmación dinámica del Derecho. Veamos el siguiente caso, tomado de la jurisprudencia española, similar al «*caso del teléfono*».⁷⁶⁵

⁷⁶³ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 91 ss., considera que la evitación imputable del resultado es un requisito específico del desistimiento; sin embargo, entiende que en este tipo de casos resulta «*político- criminalmente adecuado... otorgar la exención de pena*», siempre que dicha imputación no sea posible porque la «*ausencia de vinculación causal se deba al azar*».

⁷⁶⁴ Dado que aquí no se trata de crear una inversión a la teoría del injusto, para asignar capacidad expresiva al desistimiento (en tanto equivalente funcional de la acción punitiva) se puede exigir más –o menos– que para asignar capacidad expresiva a la acción delictiva. Pero incluso si así fuera, la imputación objetiva del resultado no bastaría para tener por acreditado el injusto: el hecho de que el resultado puede ser objetivamente atribuido al autor no responde la pregunta de si el *comportamiento* está o no jurídicamente desaprobado. Por tanto, tampoco cabe esperar de la imputación objetiva que, en la evitación del resultado, proporcione una respuesta a si el comportamiento constituye o no desistimiento en el sentido jurídico-penalmente relevante. Véase, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 63.

⁷⁶⁵ STS 5111/2011, ponente Varela Castro. En la jurisprudencia alemana existe un caso similar, conocido como «*el caso del teléfono*» (BGH 5.12.1985; JR 1986, pp. 423 ss.). En este último, el autor asestó varias

El acusado apuñaló a la víctima, tras lo cual la dejó tendida en el suelo, sangrando y sin poder moverse, de modo tal que, si esta situación se hubiera extendido por varias horas, la víctima habría corrido peligro de muerte. Sin embargo, pocos minutos después del hecho y a petición de la víctima, el acusado le facilitó un teléfono, con el cual esta solicitó la ayuda de una colega, de profesión médica. Una vez que dicha colega llegó al domicilio, el acusado le permitió la entrada a la vivienda, iniciando así el curso salvador que terminó evitando la muerte de la víctima.

Este carácter insuficiente, en verdad, no es más que una consecuencia sistemática de las conclusiones previamente adoptadas: tal evitación objetivamente imputable del resultado solo constituye el cumplimiento del deber negativo originario, impuesto por la norma de comportamiento del tipo consumado. Y es que el deber negativo, debe recordarse, no se extingue por el hecho que el agente haya infringido la norma de la tentativa imperfecta, sino que adopta ahora la forma de un deber de salvamento. El cumplimiento del mismo, entonces, impedirá que al autor se le imponga la pena del tipo consumado (de homicidio),⁷⁶⁶ pero nada concluyente nos dice respecto a la *posibilidad de imponer pena* por la tentativa imperfecta ya materializada (que es precisamente la posibilidad sobre lo que impacta el desistimiento voluntario).⁷⁶⁷ En este sentido, lleva plena razón ALCÁCER GUIRAO cuando afirma que el desistimiento puede ir «*más allá de lo exigido por la norma de conducta*».⁷⁶⁸

Indirectamente, esto mismo afirman los partidarios de la teoría de la prestación óptima (o sus derivadas) cuando rechazan la impunidad del agente que, mediante un comportamiento objetivamente imputable pero no óptimo, evita la consumación del hecho. En breve: no basta con la mera adopción (*ex ante*) de medidas que sean eficaces (*ex post*) para la evitación del resultado. Como su nombre lo indica, se exige al agente que, de todas aquellas medidas disponibles, elija *una* prestación que, según su representación, *sea la más óptima* para neutralizar el riesgo de producción del resultado lesivo:⁷⁶⁹ «*debe exigirse que el agente realice la prestación más segura [...]. Si la acción de salvación realizada no es la más segura de las que disponía, aunque consiga*

puñaladas a su padre y luego, ante los ruegos de la víctima para que llamara a una ambulancia, comenzó a hojear la guía telefónica. Sin embargo, renunció a la búsqueda -aduciendo que no podía encontrarlo- y le alcanzó el teléfono a la víctima, quien llamó a un médico de urgencias y logró salvar la vida.

⁷⁶⁶ En el mismo sentido, DAVID, *El desistimiento...*, Tesis doctoral inédita, 2014, p. 343.

⁷⁶⁷ Véase en detalle, *supra*, Apartado IV, punto 1.2.c. (pp. 237 ss.)

⁷⁶⁸ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 136.

⁷⁶⁹ Esta variante (que toma en cuenta el aspecto subjetivo) ha sido defendida también por MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 30 y p. 64. Existe también una variante más restrictiva de esta teoría, según la cual la prestación, para ser óptima, también debe ser *objetivamente segura* respecto de la evitación del resultado. Esta variante ha sido defendida principalmente por JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/2; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 78 ss.; GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, p. 261. En cualquier caso, si los costos de incurrir en error sobre el carácter objetivamente adecuado de la conducta se cargan sobre el agente, no habrá diferencias prácticas relevantes.

*impedir la producción del resultado, no será de aplicación el citado precepto, por lo que no procederá la impunidad».*⁷⁷⁰

Cierto sector de la doctrina (principalmente JAKOBS Y RÖMER) ha sustentado la exigencia de la prestación óptima en tres argumentos dogmáticos básicos: *el de la omisión, el del dolo eventual y el de la tentativa inidónea*.⁷⁷¹ Al respecto, y según la posición que aquí se sostiene, los dos primeros son más bien circunstanciales,⁷⁷² pues solo fundamentarían la necesidad de la prestación óptima en caso de que el desistimiento coincida materialmente con el cumplimiento de un deber de garante por injerencia.⁷⁷³ Cuando tal coincidencia exista, la necesidad de la prestación óptima se puede fundamentar, desde la perspectiva asumida en esta investigación, a partir de la exigencia de conformidad a Derecho que debe presentar el desistimiento: en la medida en que ningún equivalente funcional de la pena retributiva puede ser, al mismo tiempo, un comportamiento delictivo, el cumplimiento deficiente del deber de garantía que configura –al mismo tiempo– una tentativa en comisión por omisión, no puede tener capacidad para expresar una toma de posición revisionista sobre el previo quebrantamiento culpable de la norma.⁷⁷⁴

El *argumento de la tentativa inidónea* constituye, en mi opinión, el punto decisivo que impide considerar a la evitación imputable del resultado como condición suficiente para la eficacia del desistimiento. Y es que tal argumento parece haber encontrado, como hemos visto, recepción legislativa: los ordenamientos jurídicos reseñados prevén expresamente la posibilidad de conceder impunidad por desistimiento voluntario al autor de la *tentativa inidónea* que realiza un *esfuerzo serio* orientado a impedir la

⁷⁷⁰ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 77.

⁷⁷¹ Véase JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/19a-21, EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 332; RÖMER, *Fragen des „Ernsthaften Bemühens“ bei Rücktritt und tätiger Reue*, 1987, p. 38; EL MISMO, «Vollendungsverhinderung durch „ernsthafte Bemühen“ –Überlegungen zur Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften», *MDR*, 1989, pp. 945 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 39 ss. ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/327 ss., por su parte, adopta la llamada teoría de la diferenciación: acepta la exigencia de la prestación óptima solo para los casos en los que la evitación del resultado se deja en manos de terceros; véase

⁷⁷² En sentido similar, DOLD, «Versuch und Rücktritt», en KINDHÄUSER/KREB/PAWLIK/STUCKENBERG, *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 578 ss., entiende que ninguno de estos argumentos permite fundamentar la exigencia de una prestación óptima sino, a lo sumo, refutar la opinión según la cual cualquier obstáculo causal al éxito resulta suficiente para impedir la impunidad por desistimiento.

⁷⁷³ Dicho de otro modo: la viabilidad de ambos argumentos presupone que el desistimiento es el reverso del injusto culpable de tentativa y que, en esa medida, el deber de desistir no es más que una expresión del deber de garante derivado de la injerencia que supone la tentativa. Por tratarse del lado objetivo y subjetivo del hecho, pueden explicarse aquí (sucintamente) de forma conjunta: si el agente actúa con dolo eventual y suprime solo una parte del riesgo responsablemente creado, deja subsistente –también con dolo eventual– el riesgo restante. En otras palabras: el cumplimiento (dolosamente) deficiente del deber de garante por injerencia constituye, al mismo tiempo y en relación al riesgo residual, una tentativa. Por tanto, el agente que con dolo eventual no elige la prestación óptima, deja subsistente una tentativa en comisión por omisión.

⁷⁷⁴ Véase *infra*, Apartado V, punto 2.2.B.e (pp. 291 ss.).

consumación o evitar la producción del resultado (es decir, cuando la no-consumación no puede ser normativamente atribuida al agente).⁷⁷⁵

Como ha puesto de relieve la doctrina, el reconocimiento legislativo y desarrollo dogmático de la idea del «*esfuerzo serio dirigido a evitar la consumación*», fue la consecuencia natural de haber introducido la posibilidad de castigar los casos de tentativa inidónea. En efecto, las situaciones de tentativa inidónea abren la posibilidad a que el sujeto ejecute un desistimiento *ex ante* idóneo para evitar la producción del resultado y, sin embargo, tal evitación no le sea objetivamente imputable *ex post* (por ejemplo, en los casos de interrupción del nexo de imputación por la actuación de un tercero).⁷⁷⁶ Pero resulta que, a partir de este reconocimiento, la doctrina advirtió también lo siguiente: si para conceder la impunidad por desistimiento de una tentativa *inidónea*, el legislador exige un «*esfuerzo serio*», con mayor razón debería exigirle, al autor de una tentativa *idónea*, idéntica prestación; nunca podría exigir menos.⁷⁷⁷ Argumentar lo contrario constituye, efectivamente, una contradicción valorativa difícilmente comprensible y, por tanto, la evitación objetivamente imputable del resultado tampoco puede considerarse condición suficiente.

En el ordenamiento español, por su parte, la posibilidad de desistir mediante un esfuerzo serio y voluntario ha quedado injustificadamente reducida a los casos de pluralidad de intervinientes (art. 16.3 CPE).⁷⁷⁸ A pesar de que el ámbito de aplicación de este precepto ha sido objeto de discusión, a los efectos aquí buscados, dicho debate es irrelevante y no lo afrontaremos aquí. Tomamos como punto de partida lo sostenido por la doctrina mayoritaria: la literalidad del texto podría comprender los casos de coautoría, autoría mediata (siempre que el instrumento sea también un interviniente punible –casos de error vencible–), y participación.⁷⁷⁹ Lo que me interesa destacar es

⁷⁷⁵ Hasta donde alcanzo, no existen mayores reparos a que el requisito del *esfuerzo serio* pueda ser interpretado como la exigencia de realizar la prestación óptima. En la legislación argentina, existe mayor capacidad de maniobra desde un inicio, pues el legislador no ha requerido específicamente ningún mecanismo de expresión objetivada para conceder el desistimiento. En efecto, el art. 43 del CP argentino exime de pena a quien «*desistiere voluntariamente del delito*», dejando completamente abierta la cuestión. En el caso del art. 16.2 del CP español, no se han reconocido legislativamente otros mecanismos de expresión, pues el texto solo hace referencia a que el agente «*evite voluntariamente la consumación del delito*». Sin embargo, que no se hayan previsto expresamente no impide que la doctrina y jurisprudencia los reconozca.

⁷⁷⁶ Sobre el particular, en detalle y con mayores referencias, RÖMER, *Fragen des...*, pp. 2 ss. En la doctrina española, en lugar de muchos, GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, pp. 183 ss.

⁷⁷⁷ ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/241.

⁷⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Cinco cuestiones...*, 1997, p. 148, señala que con esta disposición, se introduce «*un modelo alternativo de eficacia para el desistimiento en la codelincuencia que, en todo caso, es diverso del propio del autor único (art. 16.2)*».

⁷⁷⁹ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, pp. 241 ss. En contra de incluir a los partícipes y reducir el ámbito de aplicación del

que la literalidad del art. 16.3 CPE, si es interpretado de manera amplia, únicamente parece dejar fuera de la posibilidad de desistir, mediante esfuerzo serio y voluntario, al autor individual.⁷⁸⁰ Con ello, se genera un *doble estándar* regulativo injustificado que, en mi opinión, necesita ser modificado a favor de una solución unitaria.⁷⁸¹ El problema fundamental para ello, en efecto, parece venir dado por el hecho de que la doctrina no se ha puesto de acuerdo respecto de si la exigencia aplicable a los partícipes debe ser que impida efectivamente la producción del resultado, si basta con la realización de un esfuerzo serio y decidido destinado a impedir esa producción, o si solo se exige la neutralización del propio aporte.⁷⁸²

Sobre el particular, no podemos entrar aquí. Cabe mencionar, sin embargo, una posibilidad original explorada por VACCHELLI, al escindir el principio de accesoriadad de la participación en dos dimensiones (prospectiva-retrospectiva). Según el autor, debe aplicarse la solución individual a nivel de la norma de comportamiento (la tentativa perfecta de participación implica la pérdida del control del riesgo sobre el aporte y, por tanto, una plena infracción de la norma de conducta del partícipe, pero todavía no-típica), pero la solución global a nivel de la norma de sanción: solo el comienzo de ejecución «*cose todas las intervenciones individuales en una unidad de sentido*» típica. Como consecuencia, la intervención en fase pre-ejecutiva constituiría una «*conducta antinormativa no-típica*» que solo genera deberes de tolerancia y una posición de garantía por injerencia, la cual le obligaría a *retirar exclusivamente lo aportado* (o tolerar que el Estado lo retire a su costa). Por el contrario, a partir del comienzo de ejecución de la tentativa por parte del autor, el hecho parece transformarse en *típico* para el partícipe, de modo que el estatus normativo, así como el contenido fáctico del comportamiento que VACCHELLI exige al partícipe que desiste, se modifica sustancialmente. A partir de ese *punto de cesura*, el desistimiento parece transformarse en un *verdadero deber jurídico-penalmente garantizado*, pues su incumplimiento resulta sancionable con pena y cuyo contenido obliga a *frustrar todo el proyecto delictivo*.⁷⁸³

art. 16.3 CPE a los casos de coautoría, DIEZ RIPOLLES, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *RDPyC* (1), 1998, p. 45.

⁷⁸⁰ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, pp. 250 s.

⁷⁸¹ En este sentido, GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, p. 249, considera que el precepto también regula los casos de «*autor (único) auxiliado por partícipe/s*», reconociendo que, con ello, debería uno preguntarse cuál es la razón material que justifica el distinto tratamiento de esos casos respecto de los de autor único.

⁷⁸² Partidario de lo primero, GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, pp. 45 ss.; EL MISMO, «La eficacia en el desistimiento del partícipe», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER/CUERDA ARNAU (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, v. 1, 2009, pp. 717-738. Partidaria de lo segundo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, pp. 115 ss. Partidaria de lo tercero, REQUEJO CONDE, «El intento serio de impedir la consumación», *Cuadernos de política criminal* (83), pp. 37 ss.

⁷⁸³ VACCHELLI, *Intervención delictiva...*, 2020, pp. 217 ss. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, pp. 119 ss. y, especialmente, p. 130; FARRÉ TREPAT, «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración», *ADPCP*, pp. 711 ss.; consideran que, para conceder la impunidad, es

En resumen: el cambio de ubicación normativa del desistimiento, con la consecuente ruptura del *Spiegelbild-axiom*, genera que el requisito de la eficacia cambie su punto de referencia. El desistimiento no desempeña la función prospectiva de la norma de comportamiento y, por tanto, *la evitación objetivamente y subjetivamente imputable del resultado no se considera una condición necesaria ni suficiente para la impunidad*. En el modelo aquí defendido, la exigencia de eficacia debe quedar equiparada a la fórmula legislativa del «*esfuerzo serio y decidido*» dirigido a impedir la consumación.

Excursus

La interpretación de la fórmula del «esfuerzo serio» (Das ernsthafte Bemühen)

En el modelo aquí defendido, la fórmula legislativa del «esfuerzo serio y voluntario» constituye la expresión del requisito de la eficacia del desistimiento, en tanto exigencia destinada a garantizar que el comportamiento del agente pueda expresar, de forma objetivada, una toma de posición revisionista acerca del quebrantamiento culpable precedente. El esfuerzo serio y voluntario, en definitiva, debe ser capaz de eliminar *el manto de sospecha* que erosiona la credibilidad del autor que desiste.

En términos similares, GILI PASCUAL entiende que la interpretación de la cláusula del “esfuerzo serio” debe tomar como guía el fundamento de la impunidad del desistimiento y está destinada a «*identificar qué comportamientos [...] restablecen en idéntica medida la confianza en la validez de la norma infringida de tal modo que pueden ser igualmente subrogados en el lugar de la pena*». Conforme con ello, «*el desistimiento [...] requiere de una conducta que pueda interpretarse socialmente como un reconocimiento pleno del Derecho*». De este modo, «*observar la mayor seguridad en la salvación [constituye la] única forma válida de demostrar el compromiso personal con el Derecho*».⁷⁸⁴

suficiente con que el partícipe se limite a retirar su aporte. En este sentido también se expresa un gran sector de la doctrina alemana y, de hecho, fue la propuesta legislativa del § 26.II del Proyecto Alternativo del Código penal alemán. Véase STRATENWERTH, *Derecho penal...*, 2005, §12/167-168.

⁷⁸⁴ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, pp. 210 y 218 respectivamente. La diferencia sustancial que mantengo con este autor radica en que, en su modelo, la ausencia de consumación «*es un requisito consustancial de la exención de pena por desistimiento*». Por esa razón, entiende que «*el esfuerzo serio debe interpretarse [...] a partir de la ausencia del resultado*». A la inversa: «*el decaimiento de la necesidad de pena exige una acción de salvación efectiva, lo que, entre otras consecuencias, supone su incompatibilidad con los desistimientos malogrados*» (p. 208). Como consecuencia, los únicos comportamientos que pueden hacerse acreedores de impunidad «*son aquellos en los que, no produciéndose el resultado consumativo, tal ausencia no es, sin embargo, directamente imputable al comportamiento llevado a cabo ese a tener ésta las condiciones para haberlo sido*». En este esquema, entonces, el esfuerzo serio que *no logra evitar*, de modo imputable, la producción del resultado solo puede considerarse un desistimiento eficaz en los casos de interrupción del nexo de imputación (otro interviniente ha desistido o un tercero ha ejecutado el curso salvador) o de tentativa inidónea. Un problema del modelo, como el propio autor reconoce, es que la supuesta incompatibilidad entre desistimiento y consumación solo se presentaría en el ordenamiento español, en la medida en que los demás textos legales han previsto específicamente tal compatibilidad. En esta situación, y en la medida en que el requisito de ausencia de consumación parece derivarse, según este autor, del *fundamento* mismo

A partir de allí y en primer lugar, puede señalarse que esta fórmula parece adoptar un estándar de carácter más bien objetivo: exige que el esfuerzo destinado a evitar la consumación, ejecutado por el agente, sea de carácter *serio*.⁷⁸⁵ Como consecuencia, llevan razón los autores que reconocen el carácter eficaz del desistimiento cuando el comportamiento del agente presente, al menos desde una perspectiva *ex ante* e intersubjetiva, una *aptitud razonable* o cierta idoneidad para impedir la consumación del hecho delictivo. Sin embargo, en segundo término, entiendo que tal idoneidad o aptitud objetiva debe quedar complementada, según la teoría de la mejor prestación que aquí se acompaña, a partir de la aptitud *subjetivamente óptima*. Para decirlo de modo sencillo: para la impunidad del desistimiento, el sujeto debe elegir, entre las medidas intersubjetivamente aptas, aquella que juzgue –ahora desde una perspectiva subjetiva– como *la más adecuada*.⁷⁸⁶

Como consecuencia de la perspectiva intersubjetiva adoptada, determinar si un concreto comportamiento posterior del agente constituye (o no) una *prestación óptima*, es una tarea que no puede realizarse de forma abstracta o mediante criterios rígidos fijados de antemano. Como ha destacado un sector importante de la doctrina, tal cuestión depende (en gran medida) de la configuración fáctica del caso; más preciso: «*de las concretas características del injusto ejecutado*». ⁷⁸⁷ De este modo, solo puede establecerse el carácter óptimo de la prestación elegida por el agente si, en el marco de una situación fáctica concreta, previamente se han trazado las alternativas de acción que el sujeto tenía disponibles (pues necesitamos determinar cuáles son las alternativas de acción que el agente ha dejado de lado). Es el escenario concreto el que permite afirmar que la prestación elegida implica, de forma *evidente* y en comparación con las demás, una disminución de las posibilidades de neutralización del riesgo y, por ello, calificarse de ineficaz.⁷⁸⁸

Sin embargo, es posible señalar algunas líneas directrices sobre cómo determinar el carácter óptimo de la prestación realizada por el agente. En primer lugar, debe considerarse indiferente el hecho de que el autor haya adoptado, inicialmente, una medida no óptima que fracasa si, luego de ello, adopta la medida que juzga como más adecuada. En la medida en que el sujeto no pierda el control del riesgo creado, es indiferente la existencia de previos desistimientos fracasados (reparables). Lo relevante

del desistimiento, estamos obligados a concluir lo siguiente: los ordenamientos jurídicos de Alemania, Austria y Portugal son, en gran medida, incorrectos.

⁷⁸⁵ SILVA, *Cinco cuestiones...*, 1997, pp. 143 ss.

⁷⁸⁶ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas...*, 2009, p. 220.

⁷⁸⁷ MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 33.

⁷⁸⁸ En sentido similar, MAIWALD, «Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen oder beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB)» en Albrecht *et al.* (eds.), *FS-Wolff*, 1998, p. 356; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 85; EL MISMO, en MAQUEDA ABREU *et al.* (coord.), *LH-Octavio de Toledo y Ubieto*, 2016, p. 402.

es que, antes de perder el control del riesgo creado, el sujeto materialice una prestación *ex ante* apta o idónea y que haya juzgado, subjetivamente, como la más adecuada.

En segundo término, debe recordarse que, en el marco de esta investigación, los criterios de imputación del desistimiento no responden a la idea de reversión especular del injusto.⁷⁸⁹ Por tanto, es perfectamente posible que la prestación óptima exigible para el desistimiento y aquella que resulta exigible para dar cumplimiento al deber de garante por injerencia, *no coincidan*. Puesto de otro modo: bien podría suceder que la acción de evitación no resultara exigible en el marco del cumplimiento de un deber de garante por injerencia, pero su no realización impida conceder la impunidad por desistimiento de la tentativa. Tal como ha puesto de relieve ALCÁCER GUIRAO, la no concurrencia de un límite de inexigibilidad en el desistimiento se manifiesta, de forma particularmente gráfica, en los casos en que la acción de salvamento representa un riesgo para el propio agente que la desarrolla (al menos en aquellos casos en que el sacrificio exigido es más gravoso que el valor del interés a salvar).⁷⁹⁰

Un comportamiento como ese puede dejar de ser exigible en el marco de la comisión por omisión y, sin embargo, puede ser requisito para conceder la impunidad por desistimiento. En este sentido, aun cuando el esfuerzo serio dirigido a la evitación del resultado implique un riesgo para sus propios intereses, el agente deberá realizarlo si quiere ser beneficiado con la impunidad por desistimiento. La razón que explica esta diferencia radica en que el nivel de exigibilidad en el cumplimiento de un verdadero deber jurídico (impuesto por la norma de comportamiento principal) no puede ser el mismo que aquel otro exigido para la concesión de impunidad por la realización de un comportamiento funcionalmente equivalente a las acciones punitivas.⁷⁹¹

En tercer lugar, entiendo que debe rechazarse la utilización del criterio del dominio del hecho que, en el ámbito del desistimiento y en su fórmula invertida de «*dominio de la salvación*», hace cierto sector de la doctrina (principalmente HERZBERG y JÄGER en Alemania; y ALCÁCER GUIRAO en España). Al margen de la objeción formulada por el propio ROXIN, quien denuncia que la utilización del dominio del hecho en el desistimiento termina por «*deformar*» completamente ese criterio,⁷⁹² considero que recurrir a tal herramienta teórica resulta sobreabundante y, además, su utilización de

⁷⁸⁹ Véase *supra*, Apartado IV, punto 1.2.e (pp. 251 ss.).

⁷⁹⁰ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, 2002, p. 82: «*mientras en la comisión por omisión la inexigibilidad constituye un límite a la obligación de actuar en pro del bien jurídico, en el desistimiento no hay un límite de inexigibilidad*».

⁷⁹¹ En idéntico sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...?*, pp. 81 ss. En concreto, afirma en p. 84: «*dado que en el desistimiento no hay un margen de inexigibilidad, la opción más segura, aun con riesgo para los intereses del agente, deberá contar de cara a la obligación de elegir por parte del sujeto, por lo que si toma otra opción menos segura, no cabrá la exención plena por desistimiento eficaz, aunque hubiere impedido la producción del resultado*». El destacado es propio.

⁷⁹² ROXIN, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», en WEIGEND *et al.* (eds.), *FS-Hirsch*, 1999, pp. 340-341.

forma conjunta con la idea de prestación óptima (ALCÁCER GUIRAO), introduce confusión y puede llevar a contradicciones valorativas importantes.

Una consideración crítica sobre el «dominio de la salvación» en [Capítulo A-VI](#) (pp. 497 ss.)

B. La voluntariedad

La doctrina es unánime al reconocer que el eje de rotación sobre el que gira el desistimiento radica en el carácter voluntario del comportamiento del agente.⁷⁹³ Este acuerdo doctrinal está sustentado, de hecho, en una coincidencia legislativa: todos los ordenamientos previamente citados, sea cual sea el aspecto material-objetivo de la conducta exigida al autor (o al partícipe) que desiste, también requieren voluntariedad. Concebir al desistimiento como un presupuesto negativo de la norma de sanción, no modifica el hecho de que la voluntariedad siga siendo considerada «*el centro de gravedad de la impunidad en el desistimiento*».⁷⁹⁴ Más bien al contrario: el cambio de perspectiva permite una fundamentación más acabada de la relevancia de este requisito pues, en tanto equivalente funcional de la pena retributiva, la voluntariedad constituye un requisito indispensable para poder adscribir el sentido comunicativo correspondiente al desistimiento.⁷⁹⁵

Debe recordarse que, en el marco de una teoría retributivo-comunicativa, resulta indispensable que el comportamiento pueda definirse como expresión de la voluntad libre del agente a quien se atribuye su realización (al margen de los criterios que para ello se utilicen). Desde esta perspectiva, la voluntariedad del desistimiento aparece como un armónico de la nota de base señalada en el Capítulo III: como praxis colectivamente construida, el Derecho no es más que un producto de las voluntades libres que intervienen

⁷⁹³ En la doctrina alemana, puede consultarse el estado actual de la cuestión en la obra de HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 75 ss. Véase también, ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/354 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/30 ss.; FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 9/57 ss.; ULSSENHEIMER, *Grundfragen...*, 1976, pp. 242 ss.; BOTTKÉ, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, p. 183, EL MISMO, *JR*, Noviembre 1980, pp. 441 ss.; EL MISMO, *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung*, 1980, pp. 59 ss. En la doctrina española, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, Cap. V; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 125 ss. y 246 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, pp. 3 ss.; MUÑOZ CONDE, *Desistimiento voluntario...*, 1972, pp. 67 ss.

⁷⁹⁴ MUÑOZ CONDE, *Desistimiento voluntario...*, 1972, p. 69.

⁷⁹⁵ Similar, KÜHL, 8ª ed., 2017, *AT*, § 16/63: «*solo cuando el desistimiento es voluntario se restablece en la sociedad la confianza de la vigencia de la norma quebrantada*»; también AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 219: «*el sentido del carácter voluntario [del desistimiento] puede encontrarse en el hecho de garantizar los presupuestos para una confirmación de la vigencia [del Derecho]*». Este último autor, siguiendo una teoría mixta de la pena (y en consecuencia también del desistimiento), afirma que la función de la voluntariedad en el desistimiento consiste en *trazar la línea divisoria* entre la reversión del peligro que resulta jurídico-penalmente relevante y la que resulta jurídico-penalmente irrelevante.

en su construcción y desarrollo.⁷⁹⁶ Esto significa: si el desistimiento se configura como un equivalente funcional de la pena retributiva (en la medida en que puede poner en concordancia la existencia y el concepto del Derecho), entonces necesariamente debe consistir en una conducta voluntaria del agente.

a. Teorías psicológicas y normativas. La necesaria normativización de la voluntad

Sin embargo, las coincidencias respecto de este requisito no se extienden mucho más allá de su necesaria concurrencia: la determinación concreta de su significado y contenido es una cuestión «*sumamente polémica*»⁷⁹⁷ y en la que, como es sabido, la disputa se libra entre las teorías psicológicas y normativas.⁷⁹⁸ A grandes rasgos: las teorías psicológicas deciden el carácter voluntario del comportamiento en función del *nivel de influencia psíquica* que determinadas circunstancias (internas o externas) ejercen sobre el sujeto; las teorías normativas dan un paso más y cifran la voluntariedad en la *valoración jurídica* que se hace de esos influjos externos.⁷⁹⁹

A decir verdad, parece ser que el punto álgido de la discusión doctrinal radica en cómo interpretamos el concepto «*voluntario*» (*freiwillig*) que el legislador utiliza para caracterizar el desistimiento liberador de pena.⁸⁰⁰ Quien toma como punto de partida el significado coloquial del término «voluntario» (en el sentido de «por propia iniciativa», o «por sí mismo»), probablemente adoptará una teoría de orientación más bien psicológica, vinculada a la idea de libertad como libre albedrío. Quien asuma una interpretación más bien filosófico-jurídica del mismo, propia del contexto en el que está inserto (Derecho penal), se inclinará por teorías de tinte normativo.⁸⁰¹

Un sector de la doctrina pretende precisar la dicotomía conceptual voluntariedad-involuntariedad recurriendo a los términos *autonomía-heteronomía*. En mi opinión, la

⁷⁹⁶ Véase Capítulo III, Apartado III, punto 1.2 (pp. 97 ss.); y *supra*, Apartado V, punto 2.2.B (pp. 281 ss.).

⁷⁹⁷ La expresión es de JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, §26/30, p. 918. También BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, p. 416, advierte que se trata de «uno de los puntos más conflictivos de toda la problemática del desistimiento».

⁷⁹⁸ Como es sabido, la jurisprudencia mayoritaria en Alemania se inclina por criterios más bien psicológicos, mientras que la doctrina parece favorecer tendencias normativas; véase ROXIN, *PG*, 2ª ed., t. II, 2014, § 30/357; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/33; en detalle, HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 101 ss. En la jurisprudencia y doctrina española han tenido mejor acogida las tesis normativas; véase, con mayores referencias, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., L. 13/98; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 125 ss., MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, pp. 30 ss.

⁷⁹⁹ El análisis de las diferentes posturas psicológicas y normativas no puede ser efectuado aquí. Una exposición detallada y reciente, con amplias referencias, en HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 97-165.

⁸⁰⁰ HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, p. 97 y, especialmente, p. 165.

⁸⁰¹ Haciendo la distinción entre un concepto de libertad más bien psicológico (como mera elección) y una libertad más radical, propia del Derecho y la Moral, SÁNCHEZ-OSTIZ, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», *InDret* (1), 2014.

voluntariedad debe efectivamente garantizar que el desistimiento del sujeto pueda considerarse una «*expresión de la autonomía de la persona*».⁸⁰² Sin embargo, el recurso a la idea de autonomía, sin ulterior desarrollo alguno, no pasa de ser un reemplazo terminológico sin capacidad explicativa real.⁸⁰³ En definitiva, estamos ante dicotomías sinónimas y el núcleo de la cuestión sigue todavía sin resolver: es necesario especificar, normativamente, bajo qué circunstancias el comportamiento del agente puede considerarse expresión de la autonomía personal.

Dejando de lado los pormenores de esta discusión, la mayoría de la doctrina señala fehacientemente la imposibilidad práctica de asumir una teoría psicológica pura y, por tanto, la necesidad de normativizar este concepto.⁸⁰⁴ En primer lugar, porque para decidir dónde fijar el nivel de presión psicológica necesario para eliminar el carácter voluntario del acto, se necesita un criterio extra-psicológico.⁸⁰⁵ Además, porque el contenido del requisito no puede decidirse en función de la voluntad elícita (el íntimo querer) del agente, pues esta no resulta cognoscible.⁸⁰⁶ Por último, porque la presión psicológica sufrida por el agente puede ser enorme y, a pesar de ello, considerarse jurídicamente irrelevante.⁸⁰⁷

En definitiva, el significado de la voluntariedad no puede obtenerse mediante un simple recurso al lenguaje cotidiano, equiparándolo a la idea psicológica de «*no forzado*».⁸⁰⁸

⁸⁰² FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 9/62.

⁸⁰³ Críticos con el recurso a esta terminología, KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 32/22; SCHÜNEMANN, *GA*, 1998, pp. 293 ss.; AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 209; HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 104 ss., p. 165.

⁸⁰⁴ LAMPE, «Rücktritt vom Versuch „mangel Interessens“ – BGHSt 35, 184», *JuS*, 1989, p. 614, señala lo indispensable de la normativización del concepto al afirmar que: «*la voluntariedad no es tan sólo un concepto susceptible de interpretación normativa, sino que esta interpretación normativa se requiere con carácter necesario*». Véase, con mayores referencias, ROXIN, *AT*, t. II, 2014, § 30/365-378; HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, p. 114 y p. 165; AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 207-208; OTTO, *Manual de Derecho penal*, § 19/41, reconoce la necesidad de normativizar, pero señala que el concepto de voluntariedad no puede ser interpretado en forma *exclusivamente* normativa. En la doctrina española, fundamental, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, pp. 96 ss.; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, p. 214, MARTÍNEZ ESCAMILLA, pp. 22 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, p. 102: «*la voluntariedad habrá de interpretarse desde parámetros valorativos [...]*». Tal normativización funcional, entonces, no es solo plausible –en tanto responde, en palabras de JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/33, nota 62, a «*una larga tradición filosófica*»– sino también indispensable, pues no resulta posible trabajar, en Derecho penal, con un concepto de voluntariedad *a-normativo*.

⁸⁰⁵ En idéntico sentido, BOTTKE, *JR*, Noviembre, 1980, p. 444; BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, p. 427 y p. 431.

⁸⁰⁶ Sobre la voluntad elícita, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 459 ss.

⁸⁰⁷ La presión psicológica puede ser enorme si el ladrón entra a la casa y, frente a la imagen de un crucifijo, desiste de su hecho para cumplir lo requerido por el Séptimo Mandamiento. Tal coerción psicológica, provocada por motivos religiosos es, a los fines de la voluntariedad del desistimiento, indiferente. Véase *infra*, el texto.

⁸⁰⁸ Fundamental al respecto, BOTTKE, *Rücktritt...*, 1980, p. 35. Sobre los conceptos de voluntariedad cercanos al lenguaje cotidiano y los más normativos, EL MISMO, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, pp. 183 ss. Por poner un ejemplo: en el lenguaje coloquial, un objeto desciende en “caída libre”, a

La asignación de un contenido racional a tal concepto, al menos dentro de la praxis punitiva en cual está inserto, solo puede hacerse por fuera del lenguaje coloquial y psicológico, vinculando el concepto de voluntariedad a la idea de libertad como *capacidad atribuida*. En este sentido, puede afirmarse que la normativización de este concepto ya ha comenzado en el Capítulo III de esta investigación: según dijimos, todo ordenamiento jurídico asentado sobre la idea de autodeterminación de la persona requiere asumir, como presupuesto pragmático, la libertad de voluntad del destinatario de las normas. Entendido como presupuesto pragmático del Derecho, dijimos, la libertad de voluntad no puede ser entendida como un hecho biológico, sino como producto de la atribución normativa de una determinada *capacidad* al agente.⁸⁰⁹ Así concebida, la libertad de voluntad es un *presupuesto pragmático* (capacidad atribuida) y, como consecuencia, «*las exigencias respecto a su existencia [o inexistencia] son graduables según el contexto praxeológico*»⁸¹⁰ en el marco del cual dicha libertad de voluntad [capacidad] se atribuye.⁸¹¹

Ahora bien, como es fácil de advertir, el haber reconocido la necesidad de normativizar el concepto (afirmando que la voluntariedad del desistimiento no es más que el producto de un juicio de atribución de sentido), tampoco nos resuelve definitivamente el problema. Y es que las diferencias existentes entre las diversas teorías normativas de la voluntariedad del desistimiento son enormes y, en mi opinión, reflejan de forma bastante gráfica la posición sistemática que cada una le asigna al desistimiento. A continuación, haremos un repaso crítico por las teorías al uso.

b. La voluntariedad: ¿un reverso de los elementos subjetivos del injusto culpable?

Los autores que conciben al desistimiento como un presupuesto negativo del tipo de injusto culpable de la tentativa, determinan el requisito de la voluntariedad mediante la inversión de alguna categoría dogmático-subjetiva del mismo: se trata de los partidarios

pesar de que tal descenso es, conforme a las leyes de la física, absolutamente necesario. Por el contrario, en el lenguaje normativo, la libertad es, por definición, ajena a la idea de necesidad absoluta: «*es libre lo que no se ve abocado en una sola dirección, sino que opera con posibilidades*», SÁNCHEZ-OSTÍZ, *InDret* (1), 2014, p. 6.

⁸⁰⁹ En palabras de GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei Tätigen Reue*, 1963, p. 140: «*libertad no es un estado, sino una fuerza (dinámica). Se trata de la capacidad activa de autorrealización [del sujeto]. La voluntad libre es una voluntad orientada por sentido y valores*». En este sentido, MAÑALICH, *Estudios Públicos*, 2007, p. 145; PAWLIK, *Normbestätigung...*, pp. 9 y 71 ss.

⁸¹⁰ PAWLIK, *Normbestätigung...*, p. 18. Esta idea permite distinguir la libertad de voluntad presupuesta por el Derecho de aquella otra libertad de voluntad asumida por otras disciplinas. Al respecto, véase Capítulo III, Apartado III, punto 1.2 (pp. 97 ss.).

⁸¹¹ Solo bajo esta comprensión normativa, que concibe a la libertad de voluntad como un presupuesto pragmático de una praxis colectiva, es posible escapar al determinismo causal. Desde esta perspectiva, el hecho de que un comportamiento se encuentre causalmente determinado no implica que, necesariamente, no pueda ser considerado expresión de una voluntad libre. El determinismo causal no excluye la libertad de voluntad normativamente configurada.

de la simetría invertida en materia de voluntariedad.⁸¹² Así las cosas, mientras algunos pretenden definir voluntariedad como reverso directo del dolo (o la resolución al hecho) de la tentativa,⁸¹³ otros recurren a la inversión directa de otras categorías del injusto o la culpabilidad. Sin embargo, definir la voluntariedad del instituto como el reverso (imagen especular) de *una categoría subjetiva* de la imputación (dolo o culpabilidad) ha demostrado ser un camino insatisfactorio.⁸¹⁴ Por esa razón, cierto sector de la doctrina se ha inclinado por hacer una «*aplicación analógica inversa*» de los criterios de imputación que se ubican en múltiples categorías dogmáticas.⁸¹⁵ De esa forma, en el requisito de la voluntariedad se insertarían criterios procedentes del tipo subjetivo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.⁸¹⁶ Por nuestra parte señalamos, oportunamente, que toda pretensión de traspasar las categorías dogmáticas de imputación, propias del injusto culpable, al ámbito del desistimiento producía resultados deficientes. Y es que, según dijimos, al introducir muchas herramientas en pocas cajas, se genera una mezcolanza de criterios asistemática y caótica.⁸¹⁷ El camino debe ser trazado de forma diferente.

c. Las dimensiones de la voluntariedad del desistimiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva

La ventaja de comprender al instituto como un presupuesto negativo de la norma de sanción radica, precisamente, en que nos otorga la posibilidad de independizar su contenido respecto de las categorías dogmáticas del injusto culpable. Como ya hemos

⁸¹² BOTTKE, JR, Noviembre, 1980, p. 441: «*es un lugar común considerar a la tentativa y al desistimiento como dos estadios de un suceso global, la “tentativa punible”, de modo que las características de la tentativa y el desistimiento tienden a paralelizarse: la resolución al hecho (“quien se dispone a...”)* se corresponde con la resolución a desistir (quien renuncia o impide). La hostilidad al Derecho que posee la resolución al hecho se corresponde con la voluntariedad que posee la resolución al desistimiento». Véase también, JAKOBS, PG, 2ª ed., 1997, § 26/34; EL MISMO, JuS, 1980, p. 718, BAUER, NJW, 1993, pp. 2592 ss.; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 77 y 100.

⁸¹³ Paradigmático en esta línea, KRAUB, JuS, 1981, p. 885. En un sistema subjetivista como el propuesto por SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 248, la voluntariedad del desistimiento consiste en una «*renuncia consciente, es decir, [de] la neutralización del dolo [...] por un dolo de sentido contrario*».

⁸¹⁴ Véase *supra*, Apartado IV, punto 1.2.d. (pp. 241 ss.). Fundamental en las críticas, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, pp. 417 ss.

⁸¹⁵ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, pp. 448: «*los motivos que hacen aparecer como menos culpable o ilícito un delito pueden servir, análogamente considerados, como criterio para valorar como más o menos voluntaria o meritoria una decisión de desistir, pero únicamente, insistimos, en una consideración análoga, esto es, proyectando inversamente ese tipo de razones a la valoración de la decisión de renuncia al delito*».

⁸¹⁶ Así lo reconoce, expresamente, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, pp. 437: «*[...] encontraremos desistimientos involuntarios que lo serán por la presencia de elementos pertenecientes a distintos niveles sistemáticos, —simétricos a lo que en la imputación del delito llamaríamos supuestos de “inimputabilidad”, de “exigibilidad disminuida” o de “justificación”—*».

⁸¹⁷ Véase la síntesis crítica oportunamente formulada en Apartado IV, punto 1.2.e (pp. 251 ss.), respecto del desistimiento como presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta.

dicho, en la medida en que se trata de un equivalente funcional de las acciones punitivas, los elementos o requisitos del desistimiento quedan vinculados a la función retributivo-comunicativa de la pena estatal. Esto no significa, por supuesto, prescindir completamente de la idea de imputación: el desistimiento es también un comportamiento que debe ser *atribuido* a un agente comunicativamente relevante y, por tanto, se trata siempre de *imputación*.⁸¹⁸ Ahora bien, una vez aceptado que lidiamos con acciones y que siempre se trata de imputación, entiendo que la doctrina mayoritaria lleva razón al exhibir cierto escepticismo respecto de la posibilidad de encontrar *un criterio único* para definir la voluntariedad del desistimiento.⁸¹⁹ Por eso, en esta investigación, el proceso de normativización del concepto de voluntariedad se lleva a cabo mediante la distinción de *dos dimensiones distintas*.⁸²⁰

Por un lado, parece razonable reconocer la existencia de una *dimensión cuantitativa* del concepto. En esta dimensión, la voluntariedad es definida de modo predominantemente negativo, pues requiere que el comportamiento sea realizado en «*ausencia de coacción jurídicamente relevante*».⁸²¹ Por otro, indudablemente existe también una *dimensión cualitativa* de la voluntariedad, donde se determinan las cualidades que debe presentar el comportamiento del agente para poder atribuirle un *determinado sentido* comunicativo. En los puntos siguientes, se analizan con mayor detalle ambas dimensiones.

d. La dimensión cuantitativa: la «ausencia de coerción jurídicamente relevante»

La dimensión cuantitativa de la voluntariedad garantiza el carácter *no-coaccionado* del comportamiento del agente y, de hecho, constituye la faceta mayormente desarrollada por la doctrina. Por esa razón, no nos detendremos mucho en ello;⁸²² modestamente, nos limitaremos a una breve sistematización. Ya adelantamos que, por tratarse de una dimensión más bien negativa del concepto, el foco de atención se traslada hacia la idea de «*ausencia de coerción jurídicamente relevante*». Según esta dimensión del concepto, el comportamiento del agente debe ser el producto de una *voluntad libre*; donde esto

⁸¹⁸ Existe un acuerdo doctrinal básico respecto de que el requisito de la voluntariedad del desistimiento está vinculado a la idea de la imputación personal al agente que desiste. Véase, con mayores referencias, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/30, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 246 ss.

⁸¹⁹ Véase, con mayores referencias, MUÑOZ CONDE, *Desistimiento voluntario...*, 1972, pp. 96 y 101; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, p. 4.

⁸²⁰ Tomo aquí la distinción formulada por MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, 1972, pp. 90 ss.; mencionada también por MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, 1994, p. 4. y desarrollada luego por BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, Cap. V, II.2.

⁸²¹ En el mismo sentido, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 67; AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 219.

⁸²² AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 220; véase también, en detalle, HERRMANN, *Der Rücktritt...*, 2013, pp. 97 ss. En la doctrina española, en lugar de muchos, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 259 ss. De hecho, esta autora parece reducir toda la problemática de la voluntariedad a la cuestión de cuándo el sujeto «*se ve presionado a desistir*».

significa: no haber sido realizado bajo la *influencia material* de determinados *factores coercitivos*.

Para precisar esta idea, puede recurrirse a la distinción formulada por cierto sector de la doctrina y según la cual debe diferenciarse, por un lado, la *capacidad* del sujeto para orientar su conducta y realizar determinadas *acciones*. A esta capacidad se le denomina «*libertad para*» (*Freiheit wozu*).⁸²³ Por otro, es necesario identificar los «*factores coercitivos*» cuya influencia material *puede* afectar la voluntariedad del comportamiento (en la medida en que se considere jurídicamente relevante). A esta capacidad de obrar de forma *voluntaria*, que no se ve materialmente afectada por factores coercitivos, se le denomina «*libertad respecto de*» (*Freiheit wovon*),⁸²⁴ y constituye el centro de la idea de voluntariedad.

Puede ejemplificarse esta distinción en la categoría dogmática de la culpabilidad: la libertad que se exige para *actuar* de modo culpable (en sentido jurídico-penalmente relevante) se refiere al *estado de independencia* que presentan ciertos modos de actuar respecto de los «*factores coercitivos*» mencionados en el § 35 StGB („*Freiheit wovon*“ - «*libertad de*»). Por su parte, la «*libertad para*» („*Freiheit wozu*“), se refiere a la *capacidad del agente* para cumplir con las normas legales sin verse obstaculizado por esos factores.⁸²⁵

Conforme a la precisión previamente formulada, la voluntariedad de desistimiento (en sentido cuantitativo) puede definirse como el *estado de independencia* que, respecto de la *influencia material de determinados factores coercitivos*, presenta el comportamiento del agente que desiste. Para afirmar tal estado de independencia, entonces, es necesario analizar tanto la *conurrencia formal* como el grado de *influencia material* de ciertos *factores coercitivos*.

El análisis en un doble nivel (formal y material) permite que, una vez afirmada la concurrencia formal de un factor coercitivo (y excluida *prima facie* la voluntariedad), el autor pueda demostrar que tal factor no ha tenido influencia material efectiva sobre la conducta de desistimiento (y este debe considerarse voluntario). A modo de ejemplo: si el factor coercitivo que afecta el desistimiento (mediante huida) del ladrón es la existencia de un sistema de alarmas que protege la propiedad de la víctima, el autor puede alegar que su desistimiento no se ha visto materialmente afectado por dicho factor. Para ello, deberá probar, p. ej., que contaba con los recursos y conocimientos necesarios para desactivar tal sistema de alarma.

⁸²³ Hasta donde alcanzo, la distinción fue utilizada en el ámbito del desistimiento, inicialmente, por GUTMANN, *Die Freiwilligkeit...*, 1963, p. 140. Sobre el particular, véase también AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 220 ss.

⁸²⁴ Nótese que la concurrencia formal de esos factores coercitivos *puede* eliminar el carácter voluntario del acto, pero esto no es una consecuencia necesaria. Véase el texto a continuación.

⁸²⁵ Véase AMELUNG, *ZStW* (120), 2008.

La particular dificultad que presenta el desistimiento de la tentativa radica en que (a diferencia de otros institutos jurídicos en los que se requiere esta voluntariedad en sentido cuantitativo) el legislador no especifica cuáles son los factores coercitivos ni el grado de influencia material necesario para eliminar su carácter voluntario.⁸²⁶ El desafío consiste, en definitiva, en dotar de contenido a la noción de factores coercitivos jurídicamente relevantes y establecer los indicios de prueba necesarios que permitan demostrar que su concurrencia ha sido determinante para la motivación del desistimiento.⁸²⁷ Respecto de lo primero, sin ánimos de exhaustividad y a partir de los esfuerzos doctrinales ya existentes, considero que puede ser útil estructurar el análisis teniendo en cuenta las variables propuestas a continuación.

+ *El bien cuya integridad amenaza el factor coercitivo debe ser jurídicamente relevante*

La coerción que es capaz de afectar la voluntariedad del desistimiento, desde un inicio, debe distinguirse de otras coacciones en función del objeto sobre el que recae. De este modo, el agente puede sufrir presiones que modifiquen sustancialmente su motivación personal y que, sin embargo, ello no se considere una coacción *jurídicamente relevante*. En esta línea, la unanimidad de la doctrina reconoce que, por ejemplo, la voluntariedad del desistimiento no se ve afectada si este ha sido motivado por un sentimiento sobrevenido de culpa, arrepentimiento, asco o compasión por la víctima, etc. En este sentido, la constricción derivada de la integridad moral o religiosa del agente, por más fuerte que esta sea a nivel psíquico, no afecta un interés jurídicamente protegido y, por tanto, un desistimiento inspirado en esos motivos ha de considerarse plenamente voluntario.

Debe considerarse voluntaria, entonces, la renuncia del autor respecto del homicidio de su pareja y sus hijos cuando, habiendo levantado el cuchillo para asestar una puñalada sobre ella, desiste ante la mirada y llanto de sus hijos.⁸²⁸ Tampoco se ve afectada la

⁸²⁶ Esto es, por lo demás, absolutamente racional. El desistimiento es una figura interna a la tentativa (imperfecta) y, por tanto, resulta aplicable a múltiples tipos penales. Si se pretendiera especificar tanto las acciones como los factores coercitivos del desistimiento, debería procederse mediante una regulación particular de la tentativa aplicada a cada figura delictiva. Tal determinación, al margen de si es o no posible, sería legislativamente inconveniente. Por el contrario, existen múltiples figuras de la parte especial –cuya punibilidad también queda condicionada a la no realización de un determinado comportamiento voluntario– en las que si se ha procedido a tal determinación. Como veremos posteriormente en un tratamiento detallado, la regularización en el delito de defraudación tributaria es uno de esos casos. Véase, con mayores referencias, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 406 ss.; LANDERA LURI, «La salvación *in extremis* del bien jurídico en el delito de incendio forestal», *Estudios penales y criminológicos* (28), 2008, pp. 127 ss.; LA MISMA, *Excusas absolutorias...*, 2018, *passim*; FARALDO CABANA, *Las causas de...*, 2000, Cap. VI.

⁸²⁷ Un desarrollo de los indicios probatorios para afirmar la concurrencia formal e influencia material de los factores coercitivos excede esta investigación. Al respecto, puede consultarse BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, pp. 461 ss.

⁸²⁸ BGH, *NStW*, 1994, p. 428. El tribunal alemán negó el carácter voluntario del desistimiento porque consideró que el imputado, «a raíz de las condiciones emocionales», no pudo continuar con la ejecución

voluntariedad del desistimiento si el autor, en una noche de verano, sigue a su víctima hasta un bosque desolado y comienza la tentativa de violación, abandonando la ejecución debido a la molestia que le ocasiona, para el desarrollo del hecho, una fuerte lluvia.⁸²⁹

Por el contrario, la voluntariedad del desistimiento queda excluida cuando los intereses que el agente intenta proteger, mediante su distanciamiento del hecho, constituyen bienes jurídico-penalmente protegidos (especialmente, cuando estamos ante aquellos que, en el Capítulo III, llamábamos *símbolos indiscutibles* de la libertad: la libertad, la integridad física o la propiedad). Debe aclararse que, desde la perspectiva del objeto afectado (que es lo relevante ahora), es absolutamente indiferente si tal afectación proviene de la naturaleza, la imposición coactiva del Derecho (por parte de las autoridades, de la víctima o de un tercero –estos últimos, p. ej., mediante el ejercicio de acciones defensivas-) o se trata de una coacción, a su vez, constitutiva de injusto culpable.

No desiste voluntariamente el ladrón Ø que huye del lugar con el objeto de no ser atrapado por la policía. Tampoco si es expulsado por el dueño de la vivienda, quien ha llegado de modo inesperado, mediante el ejercicio de la defensa necesaria. También queda excluida la voluntariedad cuando, habiendo ingresado en la dependencia donde planea realizar el robo, el agente encuentra dentro a otro ladrón, quien le apunta con su pistola y le ordena que abandone el lugar, que el botín ya está tomado.

+ *Los límites máximos y mínimos de la coacción jurídicamente relevante para el desistimiento.*

Una vez establecido el objeto sobre el que recae la coacción jurídicamente relevante, es necesario delinear los límites máximos y mínimos de dicha coacción. En relación con lo primero, la doctrina es unánime al afirmar que tal coacción no puede ser de carácter *absoluta*, sino siempre *relativa*. Esto tiene pleno sentido: una coacción absoluta eliminaría todo el marco de posibilidades de acción del agente y, por tanto, impide interpretar el suceso (*Geschehen*) como un verdadero hecho (*Tat*). No estamos ante la expresión comunicativamente relevante de un agente, sino ante algo «*no-volitivo*», un *suceso necesario* que ni siquiera puede considerarse, con propiedad jurídica, un *hecho*.⁸³⁰

del hecho. Crítico al respecto y con mayores referencias, JÄGER, *El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa*, en *ADPCP* (LVI), 2003, p. 27. Señala el autor el carácter arbitrario de este criterio puramente psicológico, graficando tal arbitrariedad con otras sentencias del BGH que han resuelto casos similares de manera opuesta (p. ej., reconociendo la voluntariedad cuando el autor es convencido por la víctima de la no ejecución del hecho).

⁸²⁹ El ejemplo ha sido tomado de AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 234

⁸³⁰ Similar, pero aplicado a la dimensión del delito, ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 839, señala que «*la volición básica, entendida como la capacidad de elección entre al menos dos opciones (no-necesidad...)*» es un presupuesto de la antinormatividad. Un desarrollo

Respecto de lo segundo, es posible identificar *dos límites mínimos* a la coerción jurídicamente relevante para el desistimiento. *Por un lado*, la coerción que afecta la voluntariedad del acto debe reducir efectivamente el marco de posibilidades de actuación de las que dispone el agente, gravando una de sus alternativas de forma tal que, de continuar con la ejecución del hecho delictivo, esos bienes jurídicos se puedan ver gravemente afectados. Por el contrario, dicho marco de posibilidades no se ve afectado por la concurrencia una «*coacción puramente lógica*». En efecto, afirmar que un determinado acto es de carácter lógicamente necesario para un sujeto, no implica que deba considerarse como *involuntario* (al menos no en el sentido que requiere el desistimiento). En un caso:

El autor Ø, desde hace años, desea poseer una pequeña escultura, propiedad de su colega y también coleccionista Π. Un día, previa invitación de Π a su casa, el sujeto Ø decide romper la obra de arte: si él no posee la estatuilla, nadie la tendrá. Mientras el dueño se encuentra en la habitación contigua, Ø toma la escultura y la levanta en el aire para destruirla. Sin embargo, antes de soltarla, escucha que Π, desde la habitación contigua, le anuncia la importante sorpresa que le tenía preparada: luego de la exposición que tendrá lugar la semana que viene, le regalará la preciada estatuilla. Ø devuelve la valiosa pieza a su lugar.

Parte de la doctrina resuelve estos casos negando el carácter voluntario del acto, y para ello recurren a la idea de *tentativa fracasada por la pérdida de interés* del sujeto en la realización del delito. Según dicen: ¿qué interés puede tener el autor en destruir una valiosa estatuilla que luego le será donada? Sin embargo, tal y como ha puesto de relieve otro sector de la doctrina, el fracaso de la tentativa es un concepto referido a la *inidoneidad fáctica* (no lógica) del curso de acción elegido por el sujeto para lograr la consumación del delito.⁸³¹ Se trata, entonces, de un problema relativo a la tentativa fracasada, no del desistimiento. Aquí debe recordarse lo que ya hemos sostenido al respecto: mientras el agente no advierta la imposibilidad fáctica de consumación del hecho, la tentativa no puede considerarse fracasada y, por tanto, la oportunidad normativa para desistir sigue abierta.

teórico sobre la volición como *presupuesto* de la libre voluntad, en SÁNCHEZ-OSTIZ, en *InDret* (1), 2014. El hecho de que SÁNCHEZ-OSTIZ entienda que, a los fines de atribuir responsabilidad penal, basta con la *libertad retrospectiva innata* (aquello que denomina *volición o willentlich*), mientras que aquí –en los términos del autor español– se exige para el desistimiento la *libertad retrospectiva adquirida* (*voluntariedad/freiwillig*), demuestra que la imputación positiva o meritoria en materia de desistimiento no debe concebirse como el reflejo especular de la imputación negativa o el reproche que supone la atribución de responsabilidad penal. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, p. 683.

⁸³¹ AMELUNG, *ZtSW* (120), 2008, p. 224; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 149 ss., 164 ss. y, especialmente, 252 ss. Tal como hemos visto en su momento, el fracaso de la tentativa requiere que el autor haya advertido (o debido advertir) la *imposibilidad fáctica* de consumir el delito. Por tanto, es cierto que en esos el comportamiento de desistimiento se presentaría como una actuación *fácticamente necesaria* y, en esa medida, involuntaria.

Una vez aclarado que –en estos supuestos– el desistimiento es viable, debe uno preguntarse si el hecho de que el autor haya perdido su interés en la realización del delito (debido a que se le ha abierto una vía alternativa lícita para la potencial satisfacción de su pretensión extra-típica), impide considerar el desistimiento como voluntario. Según creo, la respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. El optar por la vía lícita, abandonando la ejecución del hecho delictivo, debe ser identificado (¡precisamente!) con aquello que denominamos desistimiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva. Podrían incluirse aquí, en mi opinión, supuestos como los siguientes:

El médico de cabecera Ø, que se sabe heredero testamentario de la abuela [] y a fin de “adelantar” la herencia, comienza a administrarle, a razón de una gota por día, una sustancia letal. Luego de haber administrado la primera dosis, la abuela decide que, por su impecable labor durante estos veinte años y dada su situación económica apremiante, donará al médico la parte de la herencia que le corresponde. Anunciada la donación, el autor desiste de la administración de las demás dosis.

Por otro, existe también un límite mínimo que viene dado por el carácter *nimio* de la coerción, pues esta debe ser considerada como algo implícito en el desarrollo del hecho mismo. Tal es el caso de la amenaza abstracta de pena que supone el carácter delictivo de la conducta;⁸³² pero también de los factores coercitivos que, a pesar de recaer sobre intereses jurídicamente protegidos, forman parte de la resistencia mínima que cabe esperar, por parte de la víctima, frente a la concreta tentativa ejecutada.

El sujeto Ø desiste voluntariamente de su tentativa imperfecta de secuestro coactivo si, p. ej., deja huir al niño que patalea para zafarse de los brazos de su captor. Por supuesto, esto solo es posible en la medida en que el accionar de la víctima no adquiera el carácter de legítima defensa que haga fracasar la tentativa.

e. La dimensión cualitativa

Según hemos dicho, si se entiende al desistimiento como un equivalente funcional de la pena retributiva, la exigencia de voluntariedad adquiere una complejidad distinta, en la medida en que es posible distinguir entre mera ausencia de coerción jurídicamente relevante (sentido cuantitativo) y voluntariedad en sentido *cualitativo*.⁸³³ Dicho de otro modo: no basta con que el comportamiento del agente constituya la elección –no

⁸³² La doctrina es unánime al reconocer que el desistimiento motivado por la amenaza abstracta de pena es plenamente voluntario. Véase, con mayores referencias, AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, pp. 229 s.; BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, pp. 469 s.

⁸³³ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario...*, Tesis doctoral inédita, 1998, p. 433: «*la necesidad de valorar para la determinación de la voluntariedad del desistimiento no se agota en la fijación de un determinado umbral de presión psicológica [...]. Junto a esta valoración cuantitativa se hace también necesaria una ponderación cualitativa de los motivos que han llevado a abdicar del delito emprendido*». El destacado me pertenece.

coaccionada— entre diversas alternativas de conducta disponibles, sino que resulta necesario atribuir un *determinado* sentido a dicha toma de posición.⁸³⁴

Así las cosas, puede suceder que un comportamiento haya sido realizado en ausencia de factores coercitivos (dimensión cuantitativa de la voluntariedad) y, sin embargo, se considere involuntario desde la perspectiva cualitativa.⁸³⁵ El análisis cualitativo tiene por objeto, entonces, identificar aquellos casos en los que, a pesar de ser producto de una elección entre diversas alternativas (por tanto, libre en sentido cuantitativo), a tal comportamiento no se le puede atribuir la capacidad de confirmación dinámica del Derecho. A través de los casos problemáticos, en los próximos puntos se da contenido a esta dimensión cualitativa de la voluntariedad.

+ *El desistimiento sin abandono de la intención futura de cometer delito (die Endgültigkeit des Rücktritt)*

Entre los casos más controvertidos en materia de voluntariedad se encuentran aquellos en los que el autor, a pesar de haber abandonado el curso ejecutivo del hecho, no es seguro que haya renunciado, *de forma definitiva*, a la voluntad de consumir ese hecho (o, en su caso, un hecho distinto). La pregunta es, entonces, si la voluntariedad del desistimiento exige una supresión de carácter *definitivo* respecto de la intención de cometer hechos delictivos. A título ejemplificativo:

El sujeto Ø abandona la ejecución del homicidio, bajando el arma que apunta por la espalda a su víctima ¶ porque, como es lógico, decide matarla días después, cuando esta haya terminado el trabajo para el que el autor le ha contratado.

⁸³⁴ Destacando esta insuficiencia, AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, p. 221; ALCÁCER GUIRAO, *Revista del poder judicial* (63), 2001, p. 106: «no bastará una mera “espontaneidad” en sentido psicológico, como ausencia de coacción, sino que además habrá de exigirse un reconocimiento personal del Derecho», de manera tal que la ausencia de coacción no es más que «un requisito mínimo».

⁸³⁵ La diferencia entre un comportamiento libre de coerción jurídicamente relevante (dimensión cuantitativa) y un desistimiento verdaderamente voluntario (dimensión cualitativa), puede resultar paralela a la distinción formulada por SÁNCHEZ-OSTÍZ, en relación al concepto de libertad en Derecho penal y según la cual es posible diferenciar *la libertad retrospectiva innata* (como elección básica o *volición*, la cual es un presupuesto necesario pero insuficiente para alcanzar un sentido completo de la acción humana) y *la libertad retrospectiva adquirida*, que permite caracterizar el comportamiento como *plenamente voluntario*. En la primera dimensión, SÁNCHEZ-OSTÍZ remite al concepto de libertad mínima o *kleine Willensfreiheit* propuesto por Herzberg: tal concepto se refiere a aquella opción básica que pueden ejercer los seres humanos aun en caso de que la tesis del determinismo causal fuera cierta, distinguiéndola de otra libertad “más grande” o robusta, que implica una manifestación plena de la persona en Derecho. Véase SÁNCHEZ-OSTÍZ, *InDret* (1), 2014 y HERZBERG, *Willensfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010. Debe aclararse que aquí no se comparte el contenido más bien “moral” que este último autor atribuye a tal libertad retrospectiva adquirida o *voluntariedad*. En efecto, pareciera que Sánchez-Ostíz identifica tal voluntariedad con una «elección moral» (p. 16), o incluso como «capacidad de compromiso con el bien» (p. 21). En este trabajo, para la voluntariedad del acto basta con que el autor sea capaz de orientarse con base en «razones que sean socialmente comprensibles», esto es, reconocidas como pautas de orientación válidas en el ámbito jurídico.

El sujeto Ø renuncia al robo del vehículo, quitando la ganzúa que había insertado en la ventana, pues no ha podido resistir el fuerte impulso de violar a la joven adolescente que pasa por las inmediaciones del lugar, a cuyo seguimiento ahora se aboca.⁸³⁶

Según creo, hacer decaer la pretensión punitiva estatal por la concurrencia de un desistimiento voluntario, no exige acreditar una renuncia del autor a la *ejecución futura* [y potencial] de un *nuevo* hecho delictivo. Y es que, a decir verdad, las intenciones elícitas del agente respecto de un futuro quebrantamiento culpable (de una norma de conducta idéntica o distinta), no juegan aquí papel alguno.⁸³⁷ El desistimiento voluntario debe concebirse como un comportamiento a través del cual el agente emite una declaración comunicativa de contenido contradictorio a la previamente realizada con la tentativa imperfecta y, para ello, la potencial existencia de una voluntad elícita de delinquir en un futuro, es irrelevante.⁸³⁸ Esta expresión de sentido queda lo suficientemente objetivada, en los casos expuestos, mediante la guarda del arma de fuego o la quita de la ganzúa; incluso si el autor, al momento de desistir, ya ha planificado una *nueva* infracción normativa. Esa conclusión puede fundamentarse en dos argumentos.

En primer lugar, debe recordarse una premisa central de esta investigación: la acción no es un sustrato (lo indeterminado, *reine Sein*), sino el sentido atribuido a un sustrato (lo determinado, *Dasein*). Esa atribución de sentido tiene lugar desde una perspectiva intersubjetiva, en un determinado contexto praxeológico-normativo y para la cual, a decir verdad, la interpretación que el propio agente hace de *su* comportamiento no resulta decisiva.⁸³⁹ El agente puede elegir los símbolos comunicativos que utiliza, pero no puede disponer del contenido comunicativo previamente asignado –de forma intersubjetiva– a esos símbolos. De esta manera, resulta enteramente factible que, al bajar el arma, el autor solo tenga en mente posponer su homicidio; pero eso no impide que, en el marco de la praxis punitiva pertinente, tal comportamiento constituya un desistimiento de la tentativa.

⁸³⁶ El ejemplo fue confeccionado, en lo esencial, por HERZBERG, en KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Lackner*, 1987, p. 353. La viabilidad del ejemplo está condicionada, en esta investigación, a que el distanciamiento del autor respecto de la tentativa imperfecta no pueda describirse, al mismo tiempo, como un *comienzo de ejecución* de un nuevo hecho delictivo. Véase el texto a continuación.

⁸³⁷ Suscribe esta opinión, entre otros, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/35, al señalar que «*la intención antijurídica en el desistimiento no impide la voluntariedad*». Desde otra perspectiva, pero coincidente en el carácter voluntario del desistimiento, HERZBERG, en KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Lackner*, 1987, p. 353, afirma que «*la renuncia es tan voluntaria como el hecho que el agente está a punto de cometer*».

⁸³⁸ Al respecto, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, pp. 31 ss.

⁸³⁹ Lo mismo sucede para la conducta delictiva: lo más probable es que el autor no interprete su comportamiento delictivo de robo como un «quebrantamiento del deber de cooperar en la construcción de un estado de libertades». Un contenido de sentido como ese, es evidente, solo puede tener lugar desde una perspectiva intersubjetiva y en el marco de la praxis punitiva. Y es que, parafraseando a Wittgenstein, no existe el lenguaje privado. Véase al respecto, con mayores referencias, PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, pp. 24 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* (4), 2019, p. 20.

En segundo lugar, exigir la supresión de toda voluntad delictiva futura es, además de impracticable, innecesario. Una renuncia definitiva a todo delito futuro implicaría requerir al sujeto una especie de *experientia metanoica* a favor del Derecho,⁸⁴⁰ una adhesión interna e irrestricta a la «*moral esotérica*» del orden jurídico. Para la voluntariedad del desistimiento, según creo, basta con que el agente realice una conducta que, intersubjetivamente, pueda ser entendida como una toma de posición revisionista respecto del previo quebrantamiento culpable de la norma de la *tentativa imperfecta*; si se quiere, la «*expresión de un distanciamiento del injusto en su concreta configuración*». ⁸⁴¹ En este sentido, la tentativa imperfecta no solo constituye la oportunidad normativa para desistir, sino que tal quebrantamiento culpable representa también el *fundamento* y la *medida* del deber de soportar la acción punitiva y, por tanto, de sus potenciales equivalentes funcionales. ⁸⁴²

La medida en la que cabe exigir, a este comportamiento del autor, la materialización de la prestación retributiva, viene dada por la tentativa imperfecta que genera el deber de soportar la punición. Por esa razón, el desistimiento solo debe expresar una toma de posición revisionista *respecto del quebrantamiento culpable precedente*, sin necesidad de considerar potenciales infracciones futuras. En palabras de BOTTKE: si «*se normativiza el concepto de voluntariedad, el problema de la “definitividad” [del desistimiento] pierde su carácter especial, resultante del enfoque psicológico. [...] La pregunta acerca de si el desistimiento debe ser “definitivo” es un problema aparente*». ⁸⁴³

Para negar la punibilidad de la tentativa imperfecta por desistimiento, entonces, la pretensión *interna* (no expresada de modo comunicativamente relevante) de ejecutar *futuros* delitos, resulta absolutamente irrelevante. Sin embargo, como veremos a continuación, esta idea solo puede mantenerse mientras se trate de voluntades *elícitas* y referidas a *futuros* delitos. La conclusión se modifica, sustancialmente, cuando el autor

⁸⁴⁰ Procedente del griego (μετάνοια), el término «metanoia» hace referencia a un profundo cambio de opinión, una especie de cambio de perspectiva total o revelación absoluta (motivado por una experiencia a partir de la cual el sujeto re-conceptualiza todo su mundo y su existencia); pero también, de forma menos frecuente, a la idea de «arrepentimiento» o «enmienda». Al respecto, LIDDELL/SCOTT, «μετάνοια»; *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940.

⁸⁴¹ MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, p. 31 y, especialmente, nota 109.

⁸⁴² Si bien es cierto que la infracción a la norma de comportamiento *representa* una lesión al ordenamiento jurídico en general (como praxis colectiva), eso no autoriza a concluir que todos los delitos constituyen una lesión cuantitativa y cualitativamente idéntica. La lesión del Derecho —en cuanto Derecho— solo se produce *a través* de un *hecho concreto*, que infringe una norma de comportamiento determinada.

⁸⁴³ BOTTKE, *JR*, Noviembre, 1980, p. 444.

el comportamiento *mediante* el cual el autor “*desiste*”, constituye un *nuevo injusto culpable*.⁸⁴⁴

+ *El carácter no-delictivo del comportamiento como presupuesto negativo de todo equivalente funcional de la pena retributiva*

Un problema adicional del carácter voluntario del desistimiento, en sentido cualitativo, viene dado por aquellos casos en los que la evitación de la consumación tiene lugar mediante la comisión de un nuevo hecho delictivo, ya sea contra la propia víctima o contra un tercero. En un caso:

El autor Ø encadena por las muñecas a su víctima Π sobre las vías del tren, arroja la llave del candado al río y se queda esperando a su lado. En las inmediaciones hay un hacha, que finalmente Ø utiliza para amputar la mano de Π, liberándolo de las vías segundos antes que llegue la formación ferroviaria.⁸⁴⁵

La pregunta es, en concreto, si a este comportamiento que evita la consumación, mediante la comisión de un nuevo injusto culpable, se le puede atribuir el sentido comunicativo propio de un desistimiento voluntario. En el modelo aquí defendido, la respuesta a esta pregunta es negativa: si el desistimiento es un comportamiento (posterior al hecho de la tentativa imperfecta) a través del cual el autor expresa una toma de posición revisionista respecto de un quebrantamiento culpable precedente, entonces no puede consistir en un nuevo injusto culpable. Afirmar lo contrario implicaría, para el agente, la posibilidad de desistir mediante la comisión de nuevos injustos culpables contra terceros ajenos al conflicto. Con ello, para retomar una expresión ya utilizada, el autor estaría utilizando el ordenamiento jurídico como su juguete, instrumentalizando la comunicación jurídicamente relevante.

Debe advertirse que, con precisión, se habla aquí de un *injusto culpable*, por lo que resulta perfectamente posible desistir mediante la realización de una conducta amparada por una causa de justificación o exculpación. Debe recordarse que, a pesar de la responsabilidad del agente por la provocación de la situación de necesidad, resulta perfectamente plausible que su comportamiento de evitación del resultado quede justificado bajo los principios del estado de necesidad agresivo. En efecto, tratándose de

⁸⁴⁴ Respecto de la necesidad de que la conducta jurídico-penalmente relevante alcance un nivel mínimo de expresión objetivada para comenzar a preguntarse por los motivos del agente, JAKOBS, «El intento de tentativa», *InDret* (4), 2020, pp. 484 ss.

⁸⁴⁵ Tradicionalmente, la doctrina ejemplifica aquí con el caso jurisprudencial del autor Ø que, con el objetivo de hacer cesar las relaciones sexuales que su ex pareja Π mantiene con otro individuo β, asesta varias puñaladas a este último pero abandona la consumación cuando aquella aparece en escena. Por ser la muerte de Π para él preferente, se dirige contra ella y la asesina de 17 puñaladas, sin consumir el asesinato de β previamente iniciado. El ejemplo es dejado de lado aquí por una razón obvia: la tentativa de homicidio contra β debe calificarse como perfecta y no puede ser desistida. No se trata de un problema de voluntariedad del desistimiento, sino de oportunidad normativa para desistir.

un instituto asentado sobre el principio de solidaridad, la responsabilidad no puede excluir *siempre* la justificación.⁸⁴⁶

Las conclusiones adoptadas en el Capítulo precedente proporcionan el sustento armónico a esta nota específica de la voluntariedad (en términos cualitativos): un *injusto culpable* no puede configurar, al mismo tiempo, un equivalente funcional de la pena retributiva.⁸⁴⁷ En este sentido, debe recordarse que, a toda acción punitiva, se le atribuye el mismo sentido comunicativo que el comportamiento *conforme* a Derecho y, por definición, exactamente el contrario al del hecho delictivo. Como consecuencia, en la medida en que el desistimiento represente un equivalente funcional de la acción punitiva, no será posible a un comportamiento constitutivo de delito como desistimiento; para decirlo en términos formales: una misma conducta no puede comunicar *A* y *-A* al mismo tiempo.

Cuando esta exigencia de voluntariedad cualitativa se pone en relación con el requisito de la eficacia del desistimiento, se generan consecuencias importantes. En concreto, la regla del *esfuerzo serio* o *prestación óptima*, parece que debe ser complementada con el carácter cualitativamente voluntario del desistimiento. Como consecuencia, en la medida en que el agente haya configurado la situación fáctica de modo tal que la *única prestación ex ante apta* para evitar la consumación consista en la comisión de un nuevo *injusto culpable*, no podrá acceder a la impunidad. Se trata, en definitiva, de una tentativa imperfecta no susceptible de ser desistida.

Relacionado con lo anterior, existe una particular constelación fáctica que resulta afectada por este cambio de perspectiva. Se alude a aquellos casos en los que el agente tiene a su disposición diversas alternativas de comportamiento para materializar el desistimiento. En este supuesto, dos escenarios son posibles:

* El comportamiento lícito representa, para el desistimiento, una *prestación igualmente óptima* que aquella que representa la acción delictiva. Evidentemente, si quiere beneficiarse de la impunidad por desistimiento, el agente debe optar por el comportamiento conforme a Derecho.

* El comportamiento lícito representa, en comparación con la acción delictiva, una prestación *menos óptima*. En virtud del carácter flexible y adecuado al caso concreto que, según hemos sostenido, debe exhibir el juicio acerca del esfuerzo serio o prestación óptima, aquí es posible imaginar dos sub-escenarios:

⁸⁴⁶ Al respecto, en detalle, WILENMANN, *La justificación...*, 2017, pp. 619 s.

⁸⁴⁷ Véase Capítulo IV, Apartado IV, punto 4 (pp. 173 ss.).

** El comportamiento lícito, desde un punto de vista *ex ante*, no genera una disminución evidente de las posibilidades de neutralización del riesgo. En estos casos, la conducta lícita debe considerarse (normativamente) óptima y conceder la impunidad por desistimiento.

** El comportamiento lícito, desde un punto de vista *ex ante*, conlleva una disminución evidente de las posibilidades de neutralización del riesgo creado. Aquí estaremos, nuevamente, ante una tentativa imperfecta que no puede ser desistida. Por lo tanto, si al agente opta por la realización del injusto, pese a haber logrado la evitación del resultado, la tentativa imperfecta será punible (no hay desistimiento voluntario).

Alguien podría objetar, esgrimiendo una especie de versión edulcorada del «*test del puente de oro invertido*»,⁸⁴⁸ que esta solución resulta político-criminalmente perjudicial desde la perspectiva del bien jurídico protegido, pues parece «*desincentivar*» la evitación del resultado por parte del autor. En efecto, en los casos en que la prestación óptima solo pueda ser alcanzada con la realización de un injusto culpable, aquí no se *tienta* al autor con la impunidad por desistimiento de la tentativa. Esto es cierto, pero entiendo que no representa una deficiencia sistemática: se trata, más bien, de una expresión consecuente con la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción.

En este sentido, la solución anterior resulta absolutamente coherente con el fundamento proporcionado al instituto. El desistimiento, como presupuesto negativo de la norma de sanción, no pretende motivar al agente a realizar comportamientos favorables a la protección de los bienes jurídicos de la víctima.⁸⁴⁹ Esa tarea es propia de la [dimensión prospectiva de la] norma de comportamiento y, como tal, sigue desempeñándose aun cuando el autor inicia la ejecución de la tentativa: quien opta por la evitación segura del resultado (mediante la comisión de un nuevo injusto) puede tener algo por garantizado, a saber, que no podrá ser condenado por *la consumación del delito cuyo resultado evita*. El desistimiento voluntario, en virtud de su fundamento y ubicación normativa, no es más que la concurrencia de la condición negativa a la que está supeditada la facultad de imponer pena por la realización previa de una tentativa imperfecta.

⁸⁴⁸ Según tal argumento, «*la dogmática del desistimiento debe partir de la base de que ninguna solución podría ser acertada si condujera a alentar las estrategias delictivas*»; cfr. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, pp. 182 s. El carácter edulcorado de la objeción se debe a que, si bien la solución adoptada en el texto no conduce a *alentar* las estrategias delictivas, bien podría decirse que *no incentiva* la evitación del resultado.

⁸⁴⁹ Dicha función, así como la resolución de conflictos de deberes, está reservada a y garantizada por la norma de comportamiento principal. Sobre la colisión de deberes (razones de obligación) como un conflicto que encuentra solución a nivel de la norma de comportamiento, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 146-173.

+ *Los supuestos de error que impiden valorar la conducta como desistimiento voluntario*

Al momento de fijar nuestra postura respecto de la oportunidad normativa para desistir, nos inclinamos por una teoría interpersonal o dinámica respecto de la idea de *fracaso* de la tentativa.⁸⁵⁰ En esa medida, los casos de incongruencia objetivo-subjetiva respecto de la posibilidad de consumación debían resolverse afirmando la *posibilidad normativa* de que concurra un desistimiento. Sin embargo, de tal posibilidad normativa para desistir no se sigue que el comportamiento del agente, desarrollada bajo esas circunstancias, siempre deba ser interpretado como desistimiento voluntario y, en esa medida, constituya un equivalente funcional de la pena retributiva. Por el contrario, es del todo posible que, en ciertos casos, el comportamiento del agente no pueda interpretarse como un reconocimiento positivo de la norma quebrantada (y en esa medida, del Derecho).

Eso es precisamente lo que sucede cuando, una vez iniciada la tentativa (imperfecta), el agente abandona su posterior ejecución en la creencia errónea de que ya se ha consumado el hecho (o de que no es posible consumarlo). En esos casos, nos encontramos con una *tentativa imperfecta subjetivamente fracasada* cuyo abandono fáctico no alcanza para comunicar un reconocimiento positivo de la norma previamente quebrantada. No se trata de un desistimiento de la tentativa, pues la creencia epistémicamente racional⁸⁵¹ del agente en relación al fracaso de su previa tentativa impide afirmar la dimensión cualitativa de la voluntariedad y, por ello, no puede atribuirse al comportamiento del agente la capacidad expresiva necesaria para la confirmación dinámica del Derecho.⁸⁵² En el caso inverso, a saber, cuando el agente no se ha representado –ni debido representarse– la real imposibilidad fáctica de consumir el hecho (estamos ante una tentativa objetivamente fracasada pero subjetivamente no fracasada), la doctrina mayoritaria reconoce la voluntariedad del desistimiento, de manera tal que, en este punto, no hay mayores inconvenientes.

⁸⁵⁰ Véase *supra*, Apartado V, punto 1 (pp. 262 ss.).

⁸⁵¹ Sobre el carácter epistémicamente racional de la creencia del agente, con mayores referencias, Capítulo VII, Apartado IV, punto 3.1.a (pp. 428 ss.).

⁸⁵² Conforme con esta solución, JÄGER, *ADPCP* (LVI), 2003, p. 34: «[...] actúa sin libertad aquel que solo desiste porque tenía por excluida, erróneamente, la consumación del tipo»; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 26/11; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 2004, p. 161; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 256 s.; MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 5.

VI. COMPORTAMIENTO POSTERIOR A LA TENTATIVA PERFECTA

Según el modelo aquí defendido, el desistimiento constituye un instituto interno a la tentativa *imperfecta*. Esta restricción se fundamenta en el hecho de que, con esa figura típica, el legislador adelanta de modo brusco la punibilidad: prohíbe y conmina con pena la realización de acciones que no parecen tener, por sí mismas, capacidad para menoscabar la autonomía ajena de otro ciudadano (en cualquiera de sus dimensiones). Esa capacidad, dijimos, solo pueda ser explicada en la medida en que podamos vincular las acciones de tentativa imperfecta con otras acciones (u omisiones) *futuras*, todavía no ejecutadas por el agente (aquello de lo que el agente, precisamente, desiste). Desde el punto de vista de la teoría de las normas, lo anterior puede expresarse del siguiente modo: detrás de la tentativa imperfecta existe una norma de comportamiento cuya legitimidad es retributivamente precaria; y ese déficit se compensa con una punibilidad condicionada a la no-concurrencia de un desistimiento. Ahora bien, si se acepta la conclusión anterior, la distinción normativo-cualitativa entre tentativa perfecta e imperfecta se transforma en la herramienta principal para establecer el *límite máximo* a la oportunidad normativa para desistir. En otras palabras: si el agente pierde o renuncia al control del riesgo (incurre en una tentativa perfecta), la norma de comportamiento quebrantada ya no posee, *en principio*, la legitimidad retributivamente precaria que fundamenta la oportunidad de desistir.

Para determinar cuándo nos encontramos ante una tentativa perfecta, adoptamos un criterio intersubjetivo: el cierre de la oportunidad normativa para el desistimiento exige la realización de una acción –u omisión– que implique la pérdida o renuncia *objetiva* al control del riesgo creado y que el sujeto *se haya representado o debido representar* tal situación. Antes de alcanzar ese punto de no retorno, nos encontramos ante una tentativa imperfecta y la oportunidad normativa para desistir no se ha cerrado.

En la doctrina española, este posicionamiento restrictivo acerca de las tentativas susceptibles de ser desistidas (inicialmente expuesto por JAKOBS, pero cada vez más frecuente entre los autores) ha sido blanco de una objeción concreta, cuyo argumento principal radica en una cuestión gramatical. El texto legal del art. 16.2 CPE concede, efectivamente, la impunidad por desistimiento a quien *impide la producción del resultado*. Según estos autores, con esa redacción, el legislador habría concedido la posibilidad de desistir al autor de una tentativa perfecta que evita la producción del resultado. Nuestra propuesta restrictiva, por tanto, supondría una interpretación contrario al texto legal, en la medida en que negamos aquí la impunidad por desistimiento al autor de una tentativa que, luego de perder el control del riesgo, realiza un curso causal salvador exitoso.

En su momento, adelantamos que este argumento gramatical ha sido desvirtuado en numerosas ocasiones por distintos autores que participan de la posición restrictiva que

aquí se propicia. Y es que, a diferencia de lo que sostienen nuestros detractores, es perfectamente posible entender que el comportamiento mediante el cual se «*impide la producción del resultado*» solo puede calificarse de desistimiento voluntario (en el sentido expresado por el art. 16.2 CPE) en la medida en que dicha conducta tenga lugar cuando el agente conserva el control absoluto del riesgo por él generado.⁸⁵³ En definitiva, no es cierto que el límite máximo de la oportunidad normativa para desistir venga determinado por el texto legal.⁸⁵⁴ Por esa razón, quien pretenda solucionar este problema a partir de las palabras de la ley, necesariamente incurrirá en una «*simplificación inaceptable*» del texto y un «*planteamiento voluntarista*» acerca de su interpretación.⁸⁵⁵

Al margen de la cuestión interpretativa, esta objeción es útil para introducir una cuestión importante que pretendemos afrontar brevemente en este último Apartado. Y es que, incluso quien acepte nuestra premisa restrictiva (el desistimiento es un instituto interno a la tentativa imperfecta), estará legitimado para preguntarnos lo siguiente: ¿qué sucede cuando “se cierra” la oportunidad normativa para desistir?, ¿deben considerarse *irrelevantes* todos los comportamientos posteriores a la pérdida del control absoluto del riesgo creado?

En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser claramente negativa. Afirmar que la tentativa perfecta no admite ser *desistida*, nada dice acerca de la relevancia o irrelevancia de los comportamientos posteriores a dicha tentativa. A los fines relevantes de esta investigación, de hecho, vale aclarar lo siguiente: es enteramente posible asignar, a muchos de esos comportamientos posteriores, el carácter de equivalentes funcionales parciales (e incluso totales) de la pena retributiva. Para hacer una breve consideración de esos comportamientos y de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su realización, puede resultar útil distinguir aquí entre (1) el comportamiento posterior a la pérdida del control del riesgo, pero previo a la producción del resultado lesivo, y (2) las conductas posteriores a la consumación del tipo de la parte especial.

1. Comportamiento posterior a la tentativa perfecta, pero previo a la producción del resultado lesivo

En esta investigación, el desistimiento ha sido conceptualizado como un presupuesto negativo de la norma de sanción que castiga la tentativa *imperfecta*. Esto produce, fundamentalmente, dos consecuencias básicas. La primera, ya ha sido afrontada, se relaciona con el ámbito de aplicación del instituto: la tentativa perfecta no admite ser

⁸⁵³ MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, v. I, 2019, p. 658.

⁸⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, «El desistimiento de la tentativa acabada», *ADPCP* (LIX), 2006, pp. 29 ss.

⁸⁵⁵ GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, pp. 5 y 29 respectivamente.

desistida. La segunda, se relaciona con los requisitos del instituto y, en lo que ahora interesa, permite distinguir entre desistimiento y cumplimiento de un deber de garante por injerencia. En este sentido, resulta perfectamente posible cumplir con el deber de garante por injerencia sin que ello se considere desistimiento (según dijimos, estos dos institutos no configuran un sistema cerrado de imputación). Y es precisamente esto lo que sucede cuando el autor, en fase de tentativa perfecta, evita la producción del resultado lesivo que, caso contrario y si concurren los requisitos de imputación necesarios para ello, podría daría lugar a la imposición de pena por delito consumado. En un caso propuesto por MOLINA FERNÁNDEZ:

Ø arroja a [] por un precipicio con dolo homicida. Por suerte, [] consigue asirse a la vegetación, pero ésta amenaza con desprenderse inmediatamente, lo que provocaría su caída. Ante la petición de auxilio de [], Ø se arrepiente de su acto previo, le da la mano y salva la vida de [].⁸⁵⁶

Como punto de partida, corresponde recordar una cuestión que ya ha sido previamente señalada: la no producción del resultado lesivo, sea o no imputable al comportamiento voluntario del agente, bloqueará en todo caso la posibilidad de imponer la pena del delito consumado. De modo tal que, en el caso propuesto, si Ø se retira del lugar y es la propia víctima [] quien logra salir de la situación de peligro (o un tercero la rescata), tampoco el autor será castigado por el delito consumado. Sin embargo, esto no es lo que aquí interesa. La pregunta relevante, desde otra perspectiva, tiene que ver con la capacidad del salvamento posterior, efectuado por Ø, para relativizar el sentido comunicativo de su tentativa perfecta precedente. Dicho de otro modo: si el propio agente quien, de modo libre y voluntario, evita la producción del resultado lesivo, ¿puede esto impactar en el hecho punible de la tentativa perfecta?

En mi opinión, el modelo teórico aquí desarrollado permite afirmar, sin mayores inconvenientes, que tal comportamiento posterior puede considerarse un equivalente funcional *parcial* de la pena retributiva eventualmente imponible por esa tentativa perfecta. Que le llamemos «*desistimiento impropio*» (como propone MOLINA FERNÁNDEZ) o comportamiento posterior a la tentativa perfecta, es una cuestión terminológica sobre la que es irrelevante discutir. Lo importante es reconocer la capacidad que tienen estos comportamientos, materializados luego de la tentativa perfecta, para relativizar el contenido de significado de ese hecho punible. De hecho, en el esquema teórico que hemos planteado, es enteramente factible afirmar que no solo el comportamiento que efectivamente impide la producción del resultado, sino también la realización de un *esfuerzo serio* en esa dirección, pueda considerarse una conducta

⁸⁵⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, v. I, 2019, p. 657.

funcionalmente equivalente al deber de soportar la punición derivado de la tentativa perfecta.⁸⁵⁷

En un viejo caso de la jurisprudencia española: Ø y [], al día siguiente de contraer matrimonio, se encuentran en el puerto contemplando el mar. Con dolo homicida, Ø empuja a su marido [] al agua. Seguidamente, la procesada se dio cuenta de lo que había hecho y, dado que no había nadie en las inmediaciones de lugar, corrió al ayuntamiento en busca de ayuda. Allí tomó un taxi para volver rápidamente al puerto, donde se enteró que su marido había sido rescatado.⁸⁵⁸

Pero aún más: también es posible que el esfuerzo serio para evitar la producción del resultado (o su efectiva evitación) se acumule con otros comportamientos postdelictivos que también relativicen la dimensión expresiva del hecho punible. Como consecuencia, el agente que voluntariamente impide la producción del resultado (o ha realizado un esfuerzo serio para ello), se presenta ante las autoridades y confiesa el hecho, expresando su predisposición para iniciar un proceso reparador a la víctima, también podría extinguir su deber de tolerancia punitiva.⁸⁵⁹

Establecido lo anterior, puede considerarse un problema adicional sobre el que sí merece la pena discutir: los comportamientos posteriores a la tentativa perfecta *fracasada*. En una variante del primer caso mencionado, también ideada por MOLINA FERNÁNDEZ:

[] se encuentra parado sobre un acantilado. Ø dispara contra [] con dolo homicida, pero yerra su único tiro. Segundos después, [] –que no ha advertido siquiera la existencia del disparo– se gira para tener mejor vista y resbala. A punto de caer por el acantilado, [] consigue asirse a un arbusto y pide socorro a Ø, quien finalmente decide salvarle la vida.

En opinión del autor mencionado, la diferencia entre ambos supuestos es «*más que nimia, inexistente*. [...] *En los dos el primer acto es idéntico: un intento [...] en el que el autor ha perdido definitivamente el control. Y en los dos es también idéntica la acción salvadora: el mismo sujeto que completó una acción mortal, ahora salva la vida a su víctima en exactamente las mismas condiciones*».⁸⁶⁰ Y es que, según el catedrático español, aquí se trata de «*compensar*», con actos valiosos posteriores, el desvalor de acto del delito precedente. Desde esta perspectiva, si bien es cierto que la inmediatez

⁸⁵⁷ Véase *supra*, Apartado V, punto 2.2.A (pp. 272 ss.).

⁸⁵⁸ En virtud de este comportamiento posterior a la tentativa perfecta, de hecho, el tribunal de instancia aplicó la circunstancia atenuante prevista en el entonces vigente art. 9.9 del CPE. El caso ha sido extraído de la obra de DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 58 (STS del 27 de diciembre de 1958, JC 1250).

⁸⁵⁹ Sobre la confesión como equivalente funcional de la pena retributiva, véase Capítulo VII, Apartado IV (pp. 421 ss.).

⁸⁶⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, v. I, 2019, p. 680.

temporal puede favorecer dicha compensación, su ausencia tampoco debería impedirlo y, por eso, reconoce el autor que «*si la situación de salvamento se diera una semana después, seguiría habiendo razones para valorar el hecho a favor del autor*». ⁸⁶¹

En mi opinión, no es posible equiparar ambos supuestos. La cuestión pasa por advertir que, si bien se trata del mismo autor, la misma víctima e idéntico bien jurídico protegido, no es cierto que la acción de salvamento se desarrolle, en ambos casos, «*en exactamente las mismas condiciones*». Aquello que modifica las condiciones en las que se desarrolla la segunda acción de salvamento, viene dado por lo siguiente: la tentativa perfecta precedente, conforme con el criterio intersubjetivo antes expresado, ya ha fracasado; en los términos de GILI PASCUAL, el riesgo generado por el único disparo fallido ya «*ha agotado su potencialidad lesiva*». ⁸⁶² Dicho de modo preciso: el fracaso de la tentativa perfecta impide vincular la acción de salvamento posterior con la dimensión expresiva del quebrantamiento culpable precedente.

Para explicar la afirmación anterior, conviene reparar en lo siguiente: según el modelo de equivalentes funcionales de la pena retributiva aquí propuesto, no se trata de *compensar* un desvalor de acto con un valor de acto posterior, sino de comportamientos que pueden *relativizar* el sentido del previo quebrantamiento culpable de la norma de conducta. Para ello y según lo expresado en el Capítulo IV, es necesario que el comportamiento posterior, entre otras cosas, pueda ser definido como una *reacción* al delito precedente y que, además, pueda establecerse un vínculo normativo-comunicativo entre ambos (que la reacción relativice el quebrantamiento precedente). ⁸⁶³ Respecto de lo segundo, se comprenderá que la neutralización de un riesgo *completamente distinto* al generado por el autor de la tentativa perfecta y ya fracasada (al margen de la inmediatez con que se produzca), no tiene capacidad alguna para relativizar el significado de *ese* quebrantamiento culpable. Y es que, a decir verdad y respecto de lo primero, parece difícil afirmar que esa conducta constituye una *reacción* frente al injusto culpable precedente.

2. Comportamiento posterior a la consumación

Una vez establecido que el modelo aquí propuesto también concede relevancia al comportamiento posterior a la tentativa perfecta, puede darse un paso adicional. En este sentido, todavía puede formularse un nuevo interrogante: ¿qué sucede con los comportamientos realizados por el autor una vez que el delito ya ha sido *consumado*?

⁸⁶¹ MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH-Jorge Barreiro*, v. I, 2019, p. 680.

⁸⁶² GILI PASCUAL, *InDret* (2), 2012, p. 30.

⁸⁶³ En términos de ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 400: «*la conducta posterior al hecho del autor debe estar relacionada con la infracción o con las consecuencias concretas de la misma*». Similar, MEIER, *GA* (8), 2015, p. 449, destaca que el comportamiento posterior al hecho debe estar relacionado con el injusto culpable precedente.

Para el análisis de esta cuestión, según creo, es preciso dar una respuesta preliminar, de carácter negativa, sobre la que no parece haber demasiada controversia: los comportamientos posteriores a la consumación *no constituyen desistimiento*. En esta investigación, como ya hemos puesto de relieve en numerosas oportunidades, la oportunidad normativa para desistir se cierra incluso antes de esa consumación, con la tentativa perfecta. Como consecuencia, aquí no podemos sino acompañar el punto de acuerdo referido: una vez producida la consumación, no hay desistimiento posible.

Un cierto sector de la doctrina, debe reconocerse, utiliza el término «*desistimiento postconsumativo*» para hacer referencia al comportamiento posterior a la consumación formal, e incluso posterior a la consumación material o terminación del delito, es una cuestión terminológica.⁸⁶⁴ En mi opinión, con la palabra desistimiento, se está haciendo referencia aquí a un comportamiento posterior en sentido estricto, que tiene poco en común con la lógica intrínseca de ese instituto. Lo particular del desistimiento radica en la estructura de la tentativa imperfecta a la que pertenece: el legislador considera esas acciones como típicas, pura y exclusivamente, porque las vincula de modo hipotético con la potencial realización de una conducta futura (de la cual el autor, entonces, puede *desistir*). En el comportamiento posterior a la consumación, pero también a la tentativa perfecta, no hay ninguna conducta futura de referencia (pues la norma de comportamiento ya se ha infringido) y, por ello, no hay nada de lo cual el autor pueda, en sentido estricto, *desistir*.

Sin embargo, insistimos nuevamente, la conclusión anterior no implica que esas conductas posteriores deban considerarse siempre y en todo caso irrelevantes para el Derecho penal. Más bien al contrario: el análisis sobre la potencial relevancia de estas conductas ha dado lugar a la prolifera discusión acerca del «*comportamiento posterior propiamente dicho*».⁸⁶⁵ Para su análisis, el punto de partida consiste en determinar cuándo se abre la oportunidad normativa para su realización; en otras palabras: es necesario precisar qué se entiende por *consumación* del delito. Para establecer el límite inferior del comportamiento postdelictivo, tampoco parece haber mayor controversia doctrinal en la adopción de un concepto *formal* de consumación. En este sentido, un delito se considera consumado cuando «*se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal*».⁸⁶⁶ Como es sabido, la adopción de un concepto formal de consumación (además de hacer depender el momento consumativo del correspondiente

⁸⁶⁴ Así, con ulteriores referencias, PASTOR MUÑOZ/COCAVILA, *InDret* (1), 2015, p. 21.

⁸⁶⁵ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 62.

⁸⁶⁶ BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *ADPCP* (48-1), 1995, p. 90. En idéntico sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 2ª ed., 2011, p. 283: «*existe acuerdo en definir el delito consumado como la realización de todos los elementos, tanto los elementos objetivos como los subjetivos, del tipo de delito previsto en la Parte Especial*»; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 62: la consumación formal es «*la realización de los elementos del tipo de delito previsto en la parte especial*»; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, L. 13/79. En la doctrina alemana, en lugar de muchos y con mayores referencias, JESCHECK, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 556.

tipo en cuestión), permite diferenciar, en determinadas figuras legales, entre la *consumación* (*Vollendung*) y la *terminación* (*Beendigung*) del delito.⁸⁶⁷ Lo primero se corresponde con un concepto de naturaleza formal mientras que lo segundo hace referencia a una cuestión material, de modo que tras la consumación existiría una zona ulterior («*Nachzone*») previa a la terminación.

A título ejemplificativo: el delito de estafa se consuma cuando el engaño desplegado por el autor provoca el perjuicio patrimonial de la víctima, pero la terminación del delito solo se produce cuando el autor obtiene el beneficio que pretendía. Las detenciones ilegales se consuman con la privación de libertad que sufre la víctima, pero su terminación no se produce hasta que dicha privación de libertad finaliza.

Sobre el concepto de «terminación del delito» y sus particularidades no entraremos aquí.⁸⁶⁸ A los fines pretendidos, es suficiente el rescatar la distinción entre consumación formal y terminación, pues nos permite poner de relieve dos cuestiones. La primera es que tal distinción parece adquirir relevancia cuando nos encontramos ante el fenómeno de la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (como el caso de los delitos mutilados de dos actos, en los que la realización del primero representa ya un injusto consumado). La segunda es que, a partir de ella, podría ser posible trazar una ulterior distinción del comportamiento postdelictivo: podría distinguirse entre la conducta posterior a la «consumación» (se desarrollan en esa «*Nachzone*») y la conducta que tiene lugar luego de la «terminación» del delito.

Ambas cuestiones mencionadas son relevantes aquí, en la medida en que existen numerosos supuestos en los que, concurriendo *formalmente* un delito, nos encontramos ante un adelantamiento de la punibilidad que el legislador puede compensar con la introducción de comportamientos posteriores con capacidad para afectar la dimensión comunicativa del hecho punible. A título ejemplificativo, puede mencionarse el delito de incendio forestal sin propagación previsto en el art. 354.1 del CPE: por disposición del inciso segundo, el autor queda exento de pena si evita, de modo voluntario, la propagación del incendio.⁸⁶⁹ Desde la perspectiva adoptada en esta investigación, nos encontramos ante el ya mencionado fenómeno de criminalización en un estadio muy previo a la lesión, es decir, un brusco adelantamiento de la barrera de punibilidad que puede transformar la legitimidad de esa norma de comportamiento prohibitiva, en algo retributivamente precario. Dicho de otro modo: al criminalizar estas acciones como tipos delictivos autónomos, el legislador ha transformado en delito consumado una conducta que –desde el punto de vista material– constituye una tentativa o un acto

⁸⁶⁷ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 63 ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, 2ª ed., 2011, pp. 284 ss..

⁸⁶⁸ Sobre los distintos criterios para determinar el concepto de “terminación del delito” y su diferencia con la terminación del hecho punible”, en detalle, BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP* (48-1), 1995, pp. 89 ss.

⁸⁶⁹ Véase, en detalle, LANDERA LURI, *Estudios penales y criminológicos* (28), 2008, pp. 127 ss.

preparatorio. Desde esta perspectiva, el modelo aquí sustentando no solo no se opone, sino que es compatible con la posibilidad de que el legislador introduzca, una vez producida la consumación formal de determinadas figuras, diversos comportamientos postdelictivos (en sentido estricto) como equivalentes funcionales (totales o parciales) de la pena eventualmente imponible.

Lo anterior, por supuesto, también permite que el legislador introduzca, a título de equivalentes funcionales de la pena, comportamientos posteriores a la *terminación* o *consumación material* del delito. De hecho, algunos de esos comportamientos ya han sido mencionados en el Capítulo IV como potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Entre ellos, algunos han sido configurados con un alcance genérico, como la reparación y la confesión, y otros con alcance específico.

Mencionamos entre ellos a la atenuante de retractación en los delitos contra el honor (art. 214 CPE), la eximente por voluntaria autodenuncia del ciudadano en el delito de cohecho (art. 426 CPE), la evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2 CPE), la autodenuncia en el delito de cohecho (art. 426 CPE), la retractación en el delito de falso testimonio (art. 462 CPE) y la revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1 CPE).

En el marco de estos últimos, adquieren una especial importancia aquellos delitos en los que, por sus características específicas, el bien jurídico protegido (o el objeto sobre el que recae la acción delictiva) admite ser retrotraído al estatus previo a la lesión material efectivamente acaecida. A título ejemplificativo puede mencionarse aquí al reintegro de los caudales públicos malversados (art. 433 CPE) y la eximente de regularización en el delito de defraudación tributaria o de fraude de subvenciones (art. 305.4 y art. 307.3). En esta investigación y por las razones oportunamente expresadas en el Capítulo IV, exclusivamente haremos un estudio pormenorizado de este último instituto. A ello destinamos el Capítulo siguiente.

El modelo aquí sustentado, debe reiterarse, no está atado a las disposiciones legislativas, por lo que también permitiría que los jueces consideren otros comportamientos postdelictivos (no previstos por el legislador) como equivalentes funcionales de la pena retributiva. En este sentido, a partir de la categoría de legitimidad retributivamente precaria de una norma de comportamiento y la posibilidad de retrotraer el bien jurídico al estatus previo a la lesión, podría estimarse como tal, p. ej., a la voluntaria devolución de la cosa hurtada a su propietario.

VII. CONCLUSIONES

1. En términos generales, el desistimiento de la tentativa posee un restringido ámbito de aplicación (solo la tentativa puede ser desistida) y una específica consecuencia jurídica (acarrea la impunidad). Dado que se trata de un comportamiento posterior al inicio de ejecución de una tentativa, proporcionar una explicación sistemática y coherente a la impunidad que genera, constituye el desafío fundamental de toda teoría del desistimiento.

2. Para responder a esta pregunta, se distinguen aquí dos grupos de consideraciones diferentes. Por un lado, la impunidad por desistimiento nos exige atender tanto al fundamento de punibilidad como también a las particularidades que presenta el injusto de la tentativa. Por otro, debemos atender también a su naturaleza jurídica o ubicación sistemática.

3. En relación con el fundamento de la punibilidad de la tentativa, deben especificarse dos cuestiones. En primer lugar, el fundamento de punibilidad de la tentativa es *idéntico* al de los delitos consumados. Segundo, esa identidad trae causa en que, desde la dimensión formal del concepto de *injusto culpable* aquí defendido, en ambos casos nos encontramos ante el quebrantamiento culpable de una norma de conducta. Como consecuencia de la *trivial* fundamentación de la punibilidad de la tentativa, este ámbito de consideraciones se muestra particularmente estéril para explicar el carácter *interno a la tentativa* de este instituto.

4. Para explicar ese «*carácter interno*», debemos incorporar una dimensión material en nuestro concepto de injusto culpable y especificar las *particularidades* que presenta la figura de la tentativa: ¿qué tiene de particular esa figura, que es el único injusto susceptible de ser desistido? En el modelo aquí adoptado, la respuesta a esta pregunta requiere dar un paso previo y distinguir, al interior de la figura típica de tentativa, dos clases de injustos: tentativa *perfecta* y tentativa *imperfecta*.

5. La distinción entre tentativa perfecta e imperfecta se asienta sobre la idea de la pérdida o renuncia al control absoluto del riesgo creado de forma responsable. Una *tentativa perfecta* supone la realización de una conducta mediante la cual el agente renuncia o pierde el control del riesgo. Una *tentativa imperfecta*, se materializa ya con la realización de conductas que *todavía* no suponen una renuncia o pérdida de ese control del riesgo.

6. La distinción anterior es útil porque permite excluir la posibilidad de desistir una tentativa perfecta, restringiendo el ámbito de aplicación del desistimiento a las tentativas imperfectas. Sin embargo, es insuficiente para responder la pregunta anterior,

que ahora puede precisarse: ¿qué tiene de particular la tentativa imperfecta, que es el único injusto susceptible de ser desistido?

7. Desde el punto de vista de la norma de comportamiento infringida, la pregunta anterior tiene dos respuestas posibles. La primera es, *ninguna*: la tentativa es una figura normativamente *homogénea*, pues tanto la perfecta como la imperfecta, infringen *una y la misma* norma de comportamiento. La segunda es, *todo*: la tentativa es un instituto normativamente *heterogéneo*, pues las acciones constitutivas de tentativa imperfecta no infringen la norma de comportamiento de la tentativa perfecta.

8. Aquí se opta por este segundo modelo. La pregunta que surge es, entonces, la siguiente: las acciones de tentativa imperfecta, ¿infringen alguna norma? En su caso, ¿cuál y qué características tiene?

8.1. Una primera posibilidad es afirmar que las conductas de tentativa imperfecta no infringen ninguna norma de comportamiento; de modo que se trata de un «*injusto ficticio*», fundamentado en la *consideración-como-si* («*Als-ob-Betrachtung*»). Este modelo debe ser rechazado, pues resulta incompatible con el modelo retributivo-comunicativo adoptado en esta investigación.

8.2. La segunda posibilidad es la propuesta formulada en este trabajo: la tentativa imperfecta constituye un «*injusto precario*».

9. El tipo de tentativa imperfecta es un «*injusto precario*» pues criminaliza conductas que, consideradas en sí mismas, no afectan la autonomía ajena. Su capacidad lesiva solo puede entrar en consideración si esas acciones (ya realizadas) se ponen en relación con el compromiso práctico del agente de realizar *acciones futuras*. La punibilidad de esas conductas, entonces, no posee un fundamento retrospectivo, sino fundamentalmente prospectivo. Nos encontramos aquí ante una norma de comportamiento de *legitimidad retributivamente precaria* y, por ello, la punibilidad queda condicionada a la no-realización de un desistimiento. Esto es lo que explica el carácter *interno a la tentativa-imperfecta* del desistimiento.

10. El análisis de la naturaleza jurídica del instituto debe realizarse a partir de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, de modo que el desistimiento puede considerarse un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta o, por el contrario, un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción.

11. La primera alternativa, nos obliga a aceptar que solo concurre un injusto de tentativa cuando el sujeto no desiste de consumarla. Este modelo debe ser rechazado, pues conceptualiza al desistimiento como un reverso especular del injusto culpable de la

tentativa («*Spiegelbild-axiom*»), y esto genera una multiplicidad de problemas dogmáticos.

11.1. La distinción fáctica entre tentativa *inacabada-acabada* determina las dos formas que puede adoptar el desistimiento (abandonar la ulterior ejecución - impedir la consumación). Ese paralelismo es completamente falso, pues pretende entablar una relación proporcional entre el estadio de ejecución material del injusto y la actividad fácticamente necesaria para desistir.

11.2. El desistimiento del autor, en la medida en que excluye el injusto de tentativa, beneficia a los partícipes, contradiciendo la totalidad de los textos legales. Frente a esto, existe básicamente dos vías: trabajar con dos conceptos de injusto culpable diferentes, o bien eliminar (o en su caso, modificar sustancialmente) el principio de accesoriedad de la participación.

11.3. Se identifican desistimiento y deber de garante por injerencia: ambos configurarían un sistema cerrado de imputación. Por un lado, los institutos no pueden ser identificados, por dos razones: los niveles de exigibilidad en cada caso son distintos y, además, el desistimiento exige voluntariedad, mientras que el cumplimiento de un deber de garante por injerencia puede ser forzado por coacción. Por otro lado, esta equiparación es *inexacta*:

En primer lugar, no todo cumplimiento de un deber de garante por injerencia constituye un desistimiento de la tentativa (las tentativas perfectas no pueden ser desistidas). En segundo, tampoco es cierto que todo desistimiento de una tentativa imperfecta represente el cumplimiento de un deber de garante (desistir de una omisión pura de garante o de un delito en omisión por comisión, no implica cumplimiento de deber negativo alguno, como exige la injerencia).

11.4. Los requisitos del desistimiento se convierten en una inversión especular de los criterios de imputación utilizados en el injusto culpable.

El requisito de la eficacia del desistimiento se interpreta como evitación de la consumación normativamente imputable. Para ello, la doctrina hace una inversión completamente desordenada y caótica de los criterios de imputación objetiva que utilizamos en la teoría del injusto culpable. El requisito de la voluntariedad se construye como el reverso del dolo (o resolución al hecho) o el reverso del estado de necesidad disculpante, dependiendo de la ubicación sistemática que se le asigne al desistimiento.

11.5. Contra esta estrategia (invertir criterios objetivos y subjetivos de imputación) pueden formularse dos argumentos teórico-metodológicos. En primer lugar, en el desistimiento no disponemos de las categorías conceptuales necesarias para ubicar esas herramientas dogmáticas (al introducir muchas herramientas en una sola caja,

generamos confusión). En segundo lugar, no es cierto que la imputación positiva sea el reverso especular de la imputación negativa: atribuir méritos es un proceso distinto al de atribuir responsabilidad negativa.

12. La segunda alternativa resulta aquí favorecida. El desistimiento es un comportamiento posterior al quebrantamiento culpable de la norma de conducta (de legitimidad precaria) del tipo de tentativa imperfecta. Como consecuencia, no está vinculado con el deber originariamente impuesto por esa norma, sino con el *deber de soportar la acción punitiva* que surge como reemplazo del primero (en virtud de su infracción). Se trata de un *presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción* y, en esa medida, impide que la conducta precedente sea castigada, introduciendo una punibilidad condicionada en la tentativa imperfecta. La impunidad que provoca el desistimiento se explica, aquí, porque dicho comportamiento se concibe como un verdadero *equivalente funcional de la pena retributiva*.

13. El esquema aquí adoptado supone romper el *Spiegelbild-axiom* y liberar al desistimiento de su carácter de reflejo-especular del tipo de injusto de la tentativa. Esto genera consecuencias importantes. La primera y la última, de las que a continuación se mencionan, fueron afrontadas en esta investigación.

13.1. El problema de la tentativa se mantiene dentro de los límites del injusto culpable; no tiene incidencia directa sobre los requisitos del desistimiento. Brevemente: la discusión sobre la tentativa imperfecta solo delimita la *oportunidad normativa* para desistir, pero no el contenido del desistimiento (sus requisitos o formas).

13.2. Se libera el desistimiento de su inexacta identificación con el deber de garante por injerencia. El agente puede cumplir su deber de garante por injerencia sin desistir y, a la inversa, puede desistir sin que ello implique cumplimiento de deber (de garante por injerencia) alguno.

13.3. Se disuelve el problema de la accesoriedad de la participación delictiva y se proporciona un régimen coherente del desistimiento para autores y partícipes.

13.4. El contenido del instituto, sus requisitos de *eficacia* y *voluntariedad*, pasan a determinarse a la luz de la función retributivo-comunicativa que justifica las acciones punitivas.

14. Determinar la *oportunidad normativa* para desistir requiere precisar dos extremos distintos: *un límite mínimo*, a saber, la infracción de la norma de comportamiento de la tentativa imperfecta; y *un límite máximo*, esto es, que no se haya producido la infracción de la norma de comportamiento del tipo de la parte especial o el fracaso de la tentativa imperfecta.

Dado que el desistimiento es un instituto interno a la tentativa imperfecta, lo relevante radica en la determinación del *límite máximo*. Para ello, se adopta una perspectiva *interpersonal*, según la cual, la *tentativa perfecta* solo tiene lugar cuando el sujeto *se haya representado o debido representarse* que realiza una acción –u omisión– que conlleva la *pérdida o renuncia objetiva* al control del riesgo. Una tentativa imperfecta solo fracasa cuando el sujeto *se haya representado o debido representarse* la imposibilidad *fáctica objetiva* de consumir el delito.

15. Exigir determinados requisitos al desistimiento de la tentativa es perfectamente entendible: dado que nos encontramos ante un comportamiento posterior al quebrantamiento de la norma, su capacidad expresiva adolece de un «*déficit estructural de credibilidad*». Para que el desistimiento pueda desempeñar la prestación retributiva, es indispensable subsanar ese déficit, garantizando una determinada objetivación y, precisamente, a esto están destinados los requisitos del desistimiento.

16. Los requisitos del desistimiento deben determinarse a la luz de la función retributivo-comunicativa de las acciones punitivas. En relación con la eficacia del desistimiento:

16.1. Se altera el objeto de referencia de este requisito, que ya no puede estar referido a la evitación imputable del resultado (función prospectiva de la norma de comportamiento). La eficacia debe ser vinculada a la prestación retributiva de las acciones punitivas, y se determina en virtud de la capacidad que tenga el comportamiento del agente para objetivar una toma de posición revisionista sobre el previo quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa imperfecta.

16.2. El hecho de impedir o evitar, de modo objetiva y subjetivamente imputable el resultado, no es una condición necesaria pero tampoco una condición suficiente para materializar la prestación retributiva. En el modelo aquí defendido, la exigencia de eficacia debe quedar equiparada a la fórmula legislativa del «*esfuerzo serio y decidido*» dirigido a impedir la consumación.

Conforme con ello, el comportamiento del agente y desde una perspectiva *ex ante* e intersubjetiva, debe presentar una *aptitud razonable* para impedir la consumación del hecho delictivo. La aptitud objetiva debe quedar complementada, asimismo, con una aptitud *subjetivamente óptima*: el sujeto debe elegir, entre las medidas intersubjetivamente aptas, aquella que juzgue como *la más* adecuada.

17. El requisito de la voluntariedad es el eje de rotación de un desistimiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva. Al respecto, aquí se afirma:

17.1. Dado que el desistimiento es un presupuesto negativo de la norma de sanción, el contenido de la voluntariedad se independiza de las categorías dogmáticas del injusto culpable.

17.2. Es necesario normativizar este concepto, vinculándolo con la idea de libertad como *capacidad atribuida* (Capítulo III). El proceso de normativización del concepto de voluntariedad se lleva a cabo mediante la distinción de *dos dimensiones distintas*.

17.3. En su *dimensión cuantitativa*, la voluntariedad puede definirse como el *estado* de independencia que, respecto de la *influencia material de determinados factores coercitivos*, exhibe el comportamiento del agente que desiste. Para afirmar tal estado de independencia, es necesario analizar tanto la *conurrencia formal* como el grado de *influencia material* de ciertos *factores coercitivos*. Para ello, se proponen algunas líneas directrices.

a. La voluntariedad cuantitativa queda excluida cuando los intereses que el agente intenta proteger, mediante su distanciamiento del hecho, constituyen bienes jurídico-penalmente protegidos (especialmente, cuando se trata de los *símbolos indiscutibles* de la libertad).

b. La coerción jurídicamente relevante tiene un límite máximo: no puede tratarse de una coacción *absoluta*, sino siempre *relativa*.

c. Se identifican también dos límites mínimos. Por un lado, la coerción debe reducir el marco de posibilidades de actuación (esto no sucede con la denominada «*coacción puramente lógica*»). Por otro, la coerción no puede ser de carácter *nimia* o *implícita* en el desarrollo del hecho delictivo (amenaza abstracta de pena, resistencia mínima de la víctima, etc.).

17.4. En su *dimensión cualitativa*, la voluntariedad exige que el comportamiento pueda expresar un determinado sentido comunicativo. Para ello, se proponen las siguientes directrices:

a. Solo se requiere expresar una toma de posición revisionista respecto del quebrantamiento culpable precedente (de la norma de la *tentativa imperfecta*). Se trata de un distanciamiento del injusto en su *concreta configuración*, sin necesidad de considerar potenciales infracciones futuras.

b. No se trata de exigir al autor que acredite una renuncia definitiva a la ejecución futura [y potencial] de nuevos hechos delictivos (*die Endgültigkeit des Rücktritt*). Esto equivaldría a exigir una experiencia *metanoica* a favor del Derecho.

c. La comisión de un delito no puede, por definición, expresar una toma de posición revisionista respecto de un quebrantamiento culpable precedente. Una misma conducta no puede comunicar *A* y *-A* al mismo tiempo. Como consecuencia, cuando el comportamiento

mediante el cual se impide la consumación del delito es un nuevo injusto culpable, no hay desistimiento voluntario de la tentativa.

18. Conceptualizar el desistimiento como un instituto interno a la tentativa imperfecta no impide calificar los comportamientos posteriores a la tentativa perfecta como potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Para ello se distingue entre el comportamiento posterior a la tentativa perfecta, pero previo a la producción del resultado lesivo, y la conducta posterior a la consumación del tipo de la parte especial.

18.1 Entre estos últimos, en la medida en que la figura legal lo permite, pueden distinguirse los comportamientos posteriores a la consumación formal y las conductas posteriores a la terminación del delito.

18.2 Dentro de las conductas posteriores a la terminación o consumación material, adquieren particular importancia aquellos delitos en los que el estatus del bien jurídico (o del objeto lesionado), por las particularidades que presenta, puede retrotraerse al momento previo a la lesión.



CAPÍTULO VI
LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

I. INTRODUCCIÓN

En el último Apartado del Capítulo precedente hemos puesto de relieve que determinados comportamientos posteriores a la consumación material (terminación) del delito, en consonancia con el modelo presentado en el Capítulo IV, pueden ser considerados equivalentes funcionales de la pena retributiva. Muchos de esos comportamientos, de hecho, han tenido recepción legislativa en diversos ordenamientos jurídicos; algunos poseen un carácter general (para todo delito) y otros un carácter particular (reservados a determinados delitos). La institucionalización legislativa y el carácter general o particular del ámbito de aplicación de estos institutos, recordemos, fueron dos de los criterios que utilizamos para seleccionar los equivalentes funcionales con los que, luego, pondríamos a prueba el modelo.⁸⁷⁰ Dijimos entonces que, para testear la capacidad de rendimiento del modelo diseñado, podría ser útil contar —entre otras cuestiones— con un equivalente funcional (total) de alcance general y un equivalente funcional (total) con alcance particular.

Superado el primer desafío a partir del desistimiento de la tentativa (imperfecta), en este Capítulo VI nos ocupamos de un instituto que, si bien proviene del Derecho Tributario, posee una relevancia práctica enorme en la praxis punitiva cotidiana: la regularización tributaria o autodenuncia del delito fiscal. El Apartado II comienza con una breve aproximación conceptual, en la que se intenta poner de relieve la estructura básica del instituto y la problemática que genera su incorporación al sistema punitivo. Dicha problemática, puesta en términos breves, radica en lo siguiente: si no se proporciona un ámbito de aplicación racional al instituto, se erosiona la función prospectiva de la norma de comportamiento detrás del tipo de defraudación tributaria.

Para afrontar esta problemática, según creo, es preciso distinguir dos ámbitos de consideraciones teóricas diferentes: por un lado, aquellas vinculadas al delito de defraudación tributaria y, por el otro, las relativas a la propia regularización tributaria. En el Apartado III, se toma posición en relación al primero de esos ámbitos: tras unas breves consideraciones preliminares acerca de esta figura delictiva (1), se afronta la discusión relativa al fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria (2). El objetivo de este punto radica en demostrar, simplemente, que ninguna de las respuestas al uso logra escapar a la siguiente conclusión: se trata de una norma de conducta cuya legitimidad retributiva puede considerarse deficitaria. Este déficit de legitimidad retributiva de la norma quebrantada mediante una defraudación tributaria (sumado al hecho de que nos encontramos ante una acción delictiva cuyo efecto lesivo admite ser retrotraído al estatus previo a la lesión), nos permitirá explicar, desde un punto de vista

⁸⁷⁰ Véase *supra*, Capítulo IV, Apartado IV, punto 6 (pp. 182 ss.).

material, por qué el legislador ha establecido una punibilidad condicionada a la no-regularización.

Una vez establecido el fundamento del carácter interno a la defraudación del instituto, en el Apartado IV, se afronta el segundo ámbito de consideraciones: aquellas cuestiones propias de la regularización tributaria. En primer lugar, a partir de un análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos que la regulan, se identifica la estructura básica del instituto (1); mejor dicho, el conjunto de propiedades que toda teoría sobre la regularización tributaria debe lograr explicar de modo coherente y sistemático. En segundo término, se realiza un análisis crítico del estado de la cuestión relativo a la naturaleza jurídica (2) y del fundamento de la regularización tributaria (3). El objetivo radica, precisamente, en mostrar que las posiciones doctrinales al uso, sobre estas dos últimas cuestiones, no logran explicar de modo coherente las propiedades de la regularización tributaria.

En el Apartado V se intentará delinear una propuesta alternativa para la regularización tributaria. La hipótesis de partida es concebir a esta conducta postconsumativa del agente como un comportamiento funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva. Para ello, comenzaremos por delinear la «ubicación normativa» del instituto a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción (1). Una vez establecido que la regularización constituye un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción de la defraudación tributaria, vincularemos su fundamento con la teoría de la pena retributivo-comunicativa (2). Por último, se analizan las consecuencias fundamentales que esta propuesta produce en la estructura o requisitos de la regularización tributaria (3). Si estamos en lo correcto, el análisis debería concluir que, al concebir la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributiva, se producen dos ventajas importantes. La primera radica en que, con un fundamento sólido, podremos hacer una interpretación coherente y sistemática de sus propiedades específicas. La segunda es que, en virtud de la primera, se hace posible limitar, de modo racional y fundado, el ámbito de aplicación de la regularización tributaria. Con ello, aminoramos el efecto corrosivo sobre la función prospectiva de la norma de comportamiento antes mencionado.

El Apartado VI, a modo de breve excurso, analiza críticamente la súper-atenuante incorporada por el legislador español y que, en ocasiones, ha sido (mal) denominada «regularización tardía». El objetivo es, simplemente, poner de manifiesto que dicha atenuante no puede equipararse, ni en su fundamento ni en su naturaleza jurídica, a la regularización tributaria. El Apartado VII, finalmente, resume las conclusiones.

II. LA ESTRUCTURA BÁSICA Y LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

La regularización tributaria es un instituto que, además de estar ampliamente difundido entre los ordenamientos jurídicos de tradición continental, se aplica de forma realmente frecuente en la praxis jurídica cotidiana.⁸⁷¹ En una primera aproximación, y al margen de los matices que presenta en cada ordenamiento, la regularización tributaria posee dos caracteres específicos: en primer lugar, genera la total impunidad para el agente que la lleva a cabo; en segundo, posee un restringido ámbito de aplicación, en la medida en que solo la defraudación tributaria admite ser regularizada.⁸⁷² Dicho de modo sucinto: la regularización es un instituto interno a la defraudación tributaria que acarrea la impunidad para el autor de ese concreto injusto culpable.

A partir de esa breve aproximación, ya puede advertirse la problemática que genera. En este sentido, la incorporación de este instituto proveniente del Derecho Tributario al ordenamiento jurídico penal supone un desafío teórico importante, en la medida en que nos exige justificar por qué el autor de un delito consumado de defraudación tributaria puede quedar exento de pena. Si no proporcionamos una respuesta consistente a esta cuestión, que permita conceder un ámbito de aplicación racional al instituto, esa incorporación provocará una fuerte erosión de la función prospectiva de la norma de comportamiento del tipo penal de defraudación tributaria. Ahora bien, al igual que sucedía con el desistimiento y la tentativa, parece claro que para explicar de modo plausible la impunidad que genera la regularización tributaria, se vuelve indispensable tener presente, desde un principio, el fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria.

La función prospectiva de esa norma de conducta se erosiona cuando, p. ej., se hace un uso descontrolado del instituto pues, en la práctica, esto generalmente se traduce en una «*monetización*» la responsabilidad penal. Esto fue advertido expresamente por la resolución ministerial italiana en el marco del Decreto Legislativo 74/2000 y se percibe de forma particularmente clara a partir de la reforma legal recientemente introducida en Argentina. En efecto, la Ley 27.430 parece sugerir que el hecho de defraudar el fisco constituye un comportamiento jurídico-penal irrelevante y, desde un punto de vista económico (dadas las particulares condiciones macro-económicas del Estado, que hace

⁸⁷¹ Respecto de lo primero, véase *infra*, Apartado IV, punto 1. Respecto de lo segundo, según la Memoria de la Agencia Tributaria de 2019, en España se ingresaron ese año cerca de 613 millones de euros a través de declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo.

⁸⁷² Lo dicho respecto de la regularización tributaria es directamente trasladable, en el ordenamiento español, a la regularización del fraude a la Seguridad Social pues, desde el punto de vista que aquí interesa, nos encontramos ante el mismo injusto culpable. De hecho, IGLESIAS RÍOS, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: arts. 305 a 310», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de 2012*, 2013, p. 830, ha abogado por unificar el instituto de la regularización para ambos.

años está inmerso en un fuerte proceso inflacionario), más bien rentable. Según el art. 16 del Título IX de esa Ley, en los casos de evasión simple (arts. 1 y 5), evasión agravada (arts. 2 y 6) y aprovechamiento indebido de beneficios fiscales (art. 3), «*la acción penal se extinguirá, si se aceptan y cancelan en forma incondicional y total las obligaciones evadidas, aprovechadas o percibidas indebidamente y sus accesorios, hasta los treinta (30) días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula [...]».*

Con esta reforma, se ha reemplazado la originaria figura de la regularización voluntaria, limitada a la evasión simple, por un beneficio de extinción de la acción penal (excepcional y único) aplicable también a las figuras agravadas y para cuya concesión ya no se requiere la voluntariedad del acto postdelictivo. Basta con que el autor, dentro de un plazo determinado a contar desde la imputación formal del hecho, «*cancele las obligaciones evadidas»* (tampoco se hace mención a interés moratorio ni punitivo alguno). Pero, además, en diciembre del año 2019, se sancionó la Ley 27.541, con la cual se concedió a ciertos contribuyentes (inscritos como micro, pequeñas y medianas empresas) la posibilidad de inscribirse en un «*plan de pagos»* para cancelar las obligaciones tributarias. Con ello, se permite obtener la impunidad sin necesidad de cancelar de «*forma incondicional y total las obligaciones evadidas»*, como dispone el texto. El simple acogimiento a este régimen permite que el autor del fraude acceda a «*la suspensión de las acciones penales tributarias»*, lo que luego da lugar a la extinción de la misma una vez cancelada la totalidad de la deuda mediante el plan de facilidades de pago (art. 10). Asimismo, quienes se acojan a este plan de pagos reciben un beneficio extra: la total condonación de los montos de las multas y demás sanciones administrativas, así como del cien por ciento de los intereses resarcitorios y/o punitivos (art. 11).

A partir de esta reforma, no es difícil advertir que la Argentina ha optado por un sistema de venta indiscriminada de impunidad que desnaturaliza completamente la idea misma de la regularización tributaria y produce un efecto letal sobre la dimensión prospectiva de la norma de comportamiento. No se pretende poner en tela de juicio que, en situaciones de emergencia económica, un Estado podría estar perfectamente legitimado para vender impunidad. Lo que no corresponde, a todas luces, es institucionalizar esa venta de impunidad disfrazándola de «*regularización tributaria»*.

III. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

1. Consideraciones preliminares

La intervención del Derecho penal en materia tributaria se produce a través de la criminalización de ciertas conductas que atentan contra la actividad financiera del Estado. A pesar de que este fenómeno no es algo reciente, lo cierto es que la mayoría de las sociedades europeas y latinoamericanas (hasta no hace mucho tiempo) consideraban a estas conductas (en general y a la evasión tributaria en particular) como algo

prácticamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal.⁸⁷³ Actualmente, la tendencia político criminal parece haberse invertido. Este cambio de paradigma se explica, según creo, a partir del fuerte impulso que recibió el modelo de Estado social-prestacional como mecanismo institucional para materializar la libertad ciudadana. En un modelo de organización como ese, es indispensable que el Estado planifique y ejecute actividades de índole económica y financiera. Y la Hacienda Pública constituye, en un sentido funcional, ese conjunto de actividades financieras estatales destinadas a la obtención de los ingresos y la aplicación de los recursos al gasto público.⁸⁷⁴ En este marco, quienes vemos en la Hacienda Pública una institución fundamental para la construcción de un estado real de libertades ciudadanas, necesariamente debemos reconocer también que, bajo ciertas condiciones, el Estado está legitimado para criminalizar aquellas conductas que atentan contra el ejercicio de esa actividad financiera.⁸⁷⁵ De hecho, esto explica que las figuras típicas de los delitos contra la Hacienda Pública se hayan convertido, prácticamente, en el núcleo de todo el Derecho penal económico (en sentido estricto).⁸⁷⁶

⁸⁷³ En el CP español de 1822, el delito fiscal se castigaba exclusivamente con penas de multa y tenía la estructura de un delito especial propio con mención a los terceros intervinientes (tal legislación seguía el «modelo diferenciado de tipificación»). Véase, ECHAVARRÍA RAMÍREZ, *Análisis de la conducta típica y de la autoría en el delito de defraudación tributaria*, Tesis doctoral inédita, 2012, pp. 92 ss.; AYALA GÓMEZ, «Antecedentes legislativos de los “delitos contra la Hacienda Pública”», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. 2, 2008, pp. 1797 ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 2018, pp. 31 ss. En España, el origen del modelo vigente y el cambio de perspectiva (el “tomarse en serio el delito fiscal” como objeto de reproche) se produce a partir de la legislación criminal española de 1977. Sin embargo, la tipificación del delito de defraudación tributaria y su inclusión en el título de las falsedades generó que, un sector de la doctrina, opusiera múltiples reparos. Incluso la Fiscalía del Tribunal Supremo afirmaba que estas conductas debían permanecer fuera del alcance del poder punitivo estatal; véase BACIGALUPO, «El delito fiscal en España», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (56), 1979, pp. 79 ss. Un desarrollo similar se produjo en Alemania, en tanto el actual modelo del delito fiscal responde a las reformas legislativas producidas también en el año 1977. Para un análisis histórico detallado, véase MÜLLER, *Steuerhinterziehung (§§ 370, 371 AO), Gesetzgebung und Reformdiskussion seit dem 19. Jahrhundert*, 2018, *passim*.

⁸⁷⁴ Sobre la distinción de tres dimensiones de la Hacienda Pública, *infra*, Apartado III, punto 2.1 (pp. 324 ss.)

⁸⁷⁵ HOFMANN, *Strafe und Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung*, p. 26: «el Estado liberal y social de Derecho depende de los impuestos para poder financiar sus tareas». Vinculan los «bienes jurídicos institucionales» con una fundamentación asentada en la solidaridad y el modelo de Estado social y democrático, BUSTOS RAMÍREZ, «Bienes jurídicos colectivos», en EL MISMO, *Obras completas*, t. II, 2004; AYALA GÓMEZ, *El delito de defraudación tributaria*, 1988, pp. 34 ss.; ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC* (4-8), 2002, p. 25; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 31 ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal económico. Parte especial*, 2019, pp. 658 ss.; COCA VILA, «Tema 17», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2020, p. 573. En idéntico sentido, el primer informe emitido por el Observatorio sobre el delito fiscal en el año 2005, afirmó que se trata de «conductas completamente insolidarias atentatorias contra intereses colectivos», siendo merecedoras de una reprobación contundente.

⁸⁷⁶ Por Derecho penal económico debe entenderse aquí el conjunto de normas que criminalizan las conductas que atentan contra la intervención del Estado en la economía.

Asimismo, dentro del espectro de tipos delictivos allí contemplados, la doctrina reconoce a la defraudación tributaria como la figura que ocupa el lugar central. Esta relevancia no solo se explica desde un punto de vista práctico, sino también desde una perspectiva técnico-jurídica: esta figura ha motivado profusos debates doctrinales y jurisprudenciales que, a la postre, se han transformado en reflexiones indispensables para todo el Derecho penal económico.⁸⁷⁷ De esta amplia discusión teórica, que abarca múltiples aspectos del delito fiscal, no nos ocuparemos aquí en detalle. A los fines de esta investigación, solo interesa traer a colación aquella porción del debate que versa sobre el *fundamento de la punibilidad* de la defraudación tributaria.

Cuando se trata fundamentar la punibilidad del fraude tributario, las posiciones doctrinales más relevantes pueden dividirse en dos grandes grupos. Por un lado, la doctrina mayoritaria intenta identificar un *bien jurídico* susceptible de ser lesionado o puesto en peligro mediante la defraudación tributaria.⁸⁷⁸ A decir verdad, esta no parece ser una tarea fácil, pues ha dado lugar a una profusa discusión doctrinal.⁸⁷⁹ Por ahora y para expresarlo de modo resumido, según esta posición mayoritaria, el fundamento de la punibilidad de esa conducta debería asentarse en su capacidad para lesionar o poner en peligro el patrimonio o la función tributaria. Por otro lado, un sector minoritario de la doctrina señala la insuficiencia de la posición anterior y se inclinan a pensar el fundamento de la defraudación tributaria a partir de otro paradigma: el de la *autonomía de la persona* en Derecho. Desde esta perspectiva, las conductas defraudatorias solo pueden ser legítimamente criminalizadas en la medida en que podamos demostrar que estas tienen capacidad para afectar alguna dimensión de la autonomía del ciudadano.⁸⁸⁰

La clasificación, como puede advertirse rápidamente, no es más que una aplicación concreta (al tipo de la defraudación tributaria) de las dos opciones teóricas divergentes en

⁸⁷⁷ En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, p. XIII, consideran a la defraudación tributaria como «*el eje del Derecho penal económico*». Destaca las razones históricas, dogmáticas y de índole práctica que justifican este rol protagónico del delito fiscal, MARTÍNEZ BUJÁN, *PE*, 2019, p. 660. Véase también FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 393 ss.

⁸⁷⁸ Entre los bienes jurídicos destacados por la doctrina es posible encontrar a la fe pública, el deber de lealtad, el patrimonio a secas, la Hacienda Pública en sentido objetivo, la función tributaria (Hacienda Pública en sentido funcional) y las funciones del tributo. Véase, con mayores referencias, BUSTOS RAMÍREZ, «Bien jurídico y tipificación en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública», en BOIX REIG/BUSTOS RAMÍREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública: bien jurídico y tipos legales*, 1987, pp. 15 ss.

⁸⁷⁹ Para un análisis detallado y reciente sobre el estado de la cuestión, FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, pp. 109 ss. En la doctrina alemana, con mayores referencias HOFMANN, *Strafe und...*, pp. 13 ss.

⁸⁸⁰ En términos más concretos y como veremos luego, la defraudación tributaria supone un ataque a la *dimensión institucional* de la esfera de autonomía personal del ciudadano. Véase ROBLES PLANAS, en EL MISMO (ed.), *Límites...*, 2012, pp. 19 ss. Según creo, estas orientaciones teóricas no pueden ni deben considerarse antagónicas: la autonomía como baremo o eje central para analizar la legitimidad de la criminalización no excluye a la noción del bien jurídico ni su importante papel. De hecho, se ha reconocido expresamente que dicho concepto contiene un núcleo teórico indudablemente cierto (su utilidad, en materia clasificatoria, es indiscutible).

la obtención de un concepto material de delito. Como es sabido, la línea doctrinaria tradicional evalúa la legitimidad de las normas de comportamiento a partir de la capacidad lesiva (real o supuesta) que las conductas allí reprimidas exhiben para con determinados intereses jurídicamente protegidos. En este sentido, la criminalización de una conducta solo puede legitimarse si se logra demostrar que, con dicho comportamiento, se lesiona o se pone en una situación de peligro concreto o abstracto algún bien jurídico. Otras corrientes divergentes, por su parte, señalan que el concepto de bien jurídico es incapaz de proporcionar un criterio legitimador para todas las normas jurídico-penales y, en consecuencia, abogan por la necesidad de incorporar categorías conceptuales distintas.⁸⁸¹

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que hacer un análisis (repetitivo) sobre el estado de la cuestión doctrinal sobre el tema, no es el objetivo aquí perseguido. Las consideraciones que siguen, por tanto, solo pretenden dar sustento a una primera pero fundamental premisa de este Capítulo. Por el contrario, con el repaso de estas dos orientaciones teóricas, solo pretendo poner de relieve que la norma de comportamiento quebrantada mediante el delito de defraudación tributaria posee un déficit de legitimidad retributiva. Precisamente por eso, muchos ciertos ordenamientos conciben a la defraudación tributaria como un delito de menor gravedad. En ocasiones, esto se refleja en el hecho de que su regulación queda al margen del Código Penal, relegada a instrumentos legislativos que poseen un tinte más bien administrativo.⁸⁸² Pero también, y esto es lo que aquí interesa, se refleja en la «*lógica flexibilizadora de la represión que caracteriza el sistema penal tributario*»;⁸⁸³ esto es, en la introducción de la regularización tributaria o un régimen de atenuación privilegiada. En resumen: poniendo de relieve el déficit de legitimidad retributiva que caracteriza a la norma de comportamiento quebrantada en el delito de defraudación tributaria, se logra explicar el hecho de que la regularización tributaria sea un *instituto interno* a la defraudación que da lugar a una punibilidad condicionada (a la no-concurrencia de una regularización).

⁸⁸¹ Sobre las críticas a la teoría del bien jurídico, HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico*, 2016, *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret* (2), 2008; MÜSSIG, «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema», en *RDPC*, 2ª Época (9), 2002, pp. 169-208; ROBLES PLANAS, en EL MISMO (ed.), *Límites...*, 2012, p. 23

⁸⁸² Este es el caso de la legislación alemana, que regula la *Steuerhinterziehung* junto con las demás infracciones tributarias en la Ley General Tributaria (*Abgabenordnung*).

⁸⁸³ La expresión pertenece a COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones...*, 2020, p. 598.

2. El déficit de legitimidad retributiva de la norma de comportamiento de la defraudación tributaria

2.1. El fundamento de la defraudación tributaria desde la perspectiva del bien jurídico

Para fundamentar la punibilidad de la defraudación tributaria y delimitar el alcance de esta figura típica, la doctrina normalmente recurre al concepto de bien jurídico protegido.⁸⁸⁴ Dentro de esta orientación teórica, sin embargo, la discusión es amplísima y la doctrina no ha encontrado todavía un consenso que pueda considerarse generalizado. Al respecto y como adelantamos en el punto anterior, es un lugar común distinguir entre [a] las tesis *patrimonialistas*, que conciben a la defraudación tributaria como conducta que lesiona los *intereses patrimoniales* de la Hacienda Pública; y [b] las tesis *funcionales*, que entienden a la defraudación tributaria como una conducta que afecta la *dimensión funcional* de la Hacienda Pública.

a. La orientación patrimonial

Estas tesis, posiblemente mayoritarias en la doctrina y jurisprudencia (tanto española como alemana),⁸⁸⁵ identifican el bien jurídico protegido con un interés patrimonial del Estado. Como consecuencia, el juicio de tipicidad queda subordinado a la producción de un determinado resultado materialmente lesivo: el *perjuicio económico* al Estado. Desde esta perspectiva, pareciera que el delito de defraudación tributaria lesiona la dimensión *objetiva* de la Hacienda Pública, entendida esta como el «conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico» del Estado.

Es necesario aclarar, sin embargo, que dentro de estas posiciones patrimonialistas existen importantes matices y alternativas distintas. En su versión más bien *clásica*, se afirmaba que la defraudación tributaria constituye un delito patrimonial común (en concreto, una verdadera estafa) cuya única particularidad radicaría en el carácter estatal del patrimonio afectado.⁸⁸⁶ Superado este enfoque inicial, los autores comenzaron a ver

⁸⁸⁴ Sintéticamente y con mayores referencias, FEIJÓO SÁNCHEZ, *InDret* (2), 2008; ROBLES PLANAS, en EL MISMO (ed.), *Límites...*, 2012, pp. 19 ss.

⁸⁸⁵ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, MARTÍNEZ BUJÁN, *PE*, 2019, pp. 663 ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 113 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, 2009, pp. 63 ss.

⁸⁸⁶ En este sentido, se trataría de un delito «cuyo acomodo debería haberse buscado entre los delitos contra la propiedad, puesto que el acento se coloca ahora en el lucro cesante implicado por la no percepción de los ingresos fiscales»; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª ed., 1980, pp. 939-940. Podría ubicarse también aquí la posición de BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 556 ss., en tanto considera que la defraudación tributaria es un delito patrimonial que, manteniendo una relación de especialidad con el tipo de la estafa, requiere un efectivo perjuicio patrimonial y cuya especificidad característica radica en el patrimonio que resulta afectado (el erario público).

que, aun cuando estemos ante un delito patrimonial, la idea necesita de mayores precisiones si quiere volverse operativa. Por un lado, cierto sector afirma que con este tipo penal se pretenden criminalizar los comportamientos lesivos de los *derechos de crédito* del Estado.⁸⁸⁷ Por otro, en una versión más refinada, se ha afirmado que el bien jurídico no radica en el Erario Público *per se*, sino más bien en el *interés público* concreto sobre ese patrimonio, a saber: el interés del Estado en la percepción efectiva de los ingresos tributarios.⁸⁸⁸ Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido no viene dado por el derecho de crédito mismo, sino por interés del Estado en la *efectividad* de su derecho de crédito o, si se quiere, en la recaudación.⁸⁸⁹ A partir de este, se afirma que la defraudación tributaria no es una modalidad específica de estafa, pero está emparentada con ella.⁸⁹⁰

Al margen de esos matices, una perspectiva exclusivamente patrimonial no presenta gran capacidad de rendimiento para fundamentar la criminalización y castigo de la defraudación tributaria. Si se concibe como un delito materialmente lesivo, es difícil sostener que una concreta defraudación tributaria (por sí misma) tenga capacidad para lesionar del patrimonio público. A decir verdad, considerada de forma aislada y en relación con el Erario Público, toda defraudación tributaria constituye un delito de bagatela. Tampoco parece útil recurrir aquí a la noción de *peligro concreto* pues, a decir verdad, resulta difícil afirmar que una concreta defraudación pueda poner en riesgo el patrimonio estatal. Por último, tampoco el paradigma de los delitos de *peligro abstracto* puede ayudarnos en este punto: no hay indicios que permitan presumir la peligrosidad de una conducta aislada de defraudación tributaria.

⁸⁸⁷ La crítica formulada a esta postura radica en que no se distingue entre bien jurídico protegido (como abstracción ideal) y objeto sobre el que recae la acción delictiva (un elemento real, en este caso, el derecho crediticio). Véase, para mayores referencias, PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, 1986, pp. 71 ss.

⁸⁸⁸ La tesis mayoritaria de la doctrina alemana señala que el bien jurídico protegido es el interés público en la puntual y completa recaudación («*öffentliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Steueraufkommen des Staates*»). En la jurisprudencia se afirma que lo protegido es la pretensión que posee el acreedor tributario en el completo ingreso del tributo («*den Anspruch des Steuergläubigers auf den vollen Ertrag jeder einzelnen Steuer*»). Véase, con mayores referencias, JOECKS, «§ 32», en FRANZEN/GAST/JOECKS, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht. Kommentar §§ 369-412 AO*, 7ª ed., 2009. En español y con mayores referencias, ECHAVARRÍA RAMÍREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español», *RECPyC* (16-04), 2014.

⁸⁸⁹ En esta línea BOIX REIG/GRIMA LIZANDRA, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, t. III, 2012, p. 17. Crítico con esta perspectiva (a pesar de seguir una orientación patrimonial), MARTÍNEZ BUJÁN, *PE*, 2019, p. 664; también FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 114 ss.

⁸⁹⁰ Por todos, PÉREZ ROYO, *Los delitos...*, pp. 73 ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, pp. 118 ss.; GRACIA MARTÍN, «La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español», *REDF* (58), 1988, pp. 267 ss.

A partir de aquí y en la medida en que se inserte la defraudación tributaria en la lógica de los delitos patrimoniales, parece que la única vía para fundamentar su criminalización viene dada por el paradigma de *repetición y acumulación*. En este sentido, la lesividad de una concreta defraudación tributaria solo puede apreciarse cuando esta se vincula con otras conductas idénticas pero desplegadas por *otros sujetos* activos diferentes.⁸⁹¹ Brevemente: la legitimidad de la defraudación tributaria depende de que esta se conciba como un *delito cumulativo*.⁸⁹² Pero resulta que, en este esquema, el reproche que se formula al agente solo podría fundamentarse en un «*pronóstico de realización de acciones futuras*»⁸⁹³ por parte de otros sujetos, en circunstancias tales que la sanción penal impuesta parece consistir, como señala SILVA SÁNCHEZ, en una consecuencia jurídica «*ex iniuria tertii*». Ciertamente, aquí «*no se puede hablar de merecimiento de pena (de carácter delictivo) del hecho en sí*».⁸⁹⁴ Esto demuestra que, si se acepta la premisa inicial (a saber, que la defraudación tributaria es un delito patrimonialmente lesivo), nos encontramos ante una norma de comportamiento que posee un déficit de legitimidad retributiva.⁸⁹⁵

Sin embargo, resulta que esa premisa no puede ser aceptada en toda su extensión pues, ya desde un punto de vista teórico, es difícil concebir a la defraudación como verdadera lesión del patrimonio. En efecto, la doctrina actualmente reconoce, de forma unánime, que la defraudación tributaria no afecta la fase de recaudación del tributo, sino pura y exclusivamente la fase de liquidación (distorsionando la determinación de la deuda), de manera tal que dichas conductas no podrían afectar ningún derecho patrimonial cierto y existente. En este sentido, al tratarse de un impedimento o entorpecimiento de la determinación de la deuda, en el mejor de los casos, se afectaría una expectativa patrimonial absolutamente indeterminada.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ Aquí ni siquiera se trata, como en el caso de la tentativa imperfecta, de una relación de planeamiento, mejor dicho, de un compromiso práctico atribuido al propio agente de realizar acciones futuras. Véase Capítulo V, Apartado III, puntos 2.2.b y c (pp. 15ss.)

⁸⁹² Reconoce expresamente esta deficiencia y la necesidad de una mayor concreción, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas», en EL MISMO (coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, 2009, pp. 74 ss.

⁸⁹³ La expresión es de ALCÁCER GUIRAO, en *RECPC* (4-8), 2002, p. 14.

⁸⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, 3ª ed. ampliada, 2011, p. 139; EL MISMO, en WOLTER/FREUND, *El sistema integral...*, p. 27. Esta circunstancia, como bien explica el maestro español, evidencia una especie de *administrativización* del Derecho penal y, en consecuencia, debería ser compensada con la flexibilización formal y material de las sanciones impuestas, dando lugar a su conocida propuesta: un Derecho penal de segunda velocidad.

⁸⁹⁵ Señala también el carácter *prima facie* cuestionable de los delitos cumulativos y los delitos de peligro abstracto, FRISCH, «Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL *et al.*, *La teoría del bien jurídico*, 2016, p. 315; JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo...», en EL MISMO, *Estudios...*, p. 309; KINDHÄUSER, «Estructura y legitimidad de los delitos de peligro», *InDret* (1), 2009.

⁸⁹⁶ Para una exposición resumida y actual de los argumentos contrarios a las tesis patrimonialistas, véase, LINARES, *El delito de defraudación tributaria*, 2020, pp. 105 ss.; y GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios*, 1990, pp. 50 ss.

b. La orientación funcional

El punto de partida de estos autores radica en distinguir, al interior del concepto de Hacienda Pública, tres facetas o aspectos distintos. En un sentido *subjetivo*, el término hace referencia al ente administrativo a cargo de la realización de las actividades financieras (la Administración Tributaria). En un sentido *objetivo*, designa el Erario Público, como conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuyo titular es el Estado. Por último, en un sentido *funcional*, la Hacienda Pública se concibe como institución competente para la realización de la actividad financiera del Estado, en sus dos dimensiones centrales: ingreso y gasto.⁸⁹⁷ A partir de la distinción conceptual referida, estos autores afirman que, con la tipificación de la defraudación tributaria, no se intenta proteger directamente el patrimonio estatal sino la *dimensión funcional* de la institución; la Hacienda Pública en tanto *actividad financiera* del Estado. En este sentido, el fraude tributario debe entenderse como una distorsión del proceso (o sistema) de recaudación de los tributos, por lo que su criminalización estaría destinada a proteger el «buen funcionamiento de la actividad recaudatoria».

No es difícil advertir que las tesis funcionales han creado un bien jurídico institucional y colectivo, autónomo e independiente del *objeto de protección* (el patrimonio), que denominan «*actividad hacendística*». El tipo de defraudación tributaria protege patrimonio de una forma más bien indirecta, pues criminaliza conductas que, a decir verdad, no pueden considerarse atentatorias del derecho de crédito tributario (al momento en que esas conductas son realizadas, tal derecho que no ha nacido como tal). Por esa razón, desde la perspectiva de las tesis funcionales, el carácter típico de la defraudación tributaria no requiere perjuicio patrimonial alguno y basta para ello con que se distorsione el procedimiento (tendiente a la determinación de la deuda tributaria). En términos dogmáticos, esto significa: la reducción del Erario Público deja de ser un elemento del tipo y adquiere la naturaleza de una condición objetiva de punibilidad.⁸⁹⁸

Debe reconocerse que, con la adopción de una tesis funcional, la materia de prohibición de esa norma de comportamiento (esto es, la determinación de las acciones típicas de defraudación) adquiere mayor precisión. En efecto, el alcance del tipo queda reducido a aquellas conductas que distorsionan el *procedimiento* (colaborativo) de determinación

⁸⁹⁷ Véase, entre otros, PÉREZ ROYO, *Los delitos...*, 1986, pp. 61-62; FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, pp. 115 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en EL MISMO, *Delitos e infracciones...*, 2009, p. 70; COCA VILA, «Tema 17», en SILVA SÁNCHEZ (dir)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones...*, 2020, pp. 572 ss.

⁸⁹⁸ GÓMEZ PAVÓN, «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 571; en un sentido similar, FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, p. 443: «*el resultado material, la modificación exterior*» se manifiesta «*en la cuantía defraudada, que debe superar los 120.000 euros*» y «*se localiza fuera del tipo penal, en la punibilidad*». Sin embargo, este autor exige la producción de un particular «*resultado lesivo*»: dicho resultado no es de índole propiamente patrimonial, sino institucional, y consiste en «*dejar indeterminada la deuda*». Sobre el particular, véase *infra*, Apartado III, punto 2.1.c (pp. 330 ss.)

de los tributos. Sin embargo, desde el punto de vista que ahora interesa, una orientación funcional tampoco puede dejar de reconocer el déficit de legitimidad retributiva que posee la norma de comportamiento infringida por el delito de defraudación tributaria. Y es que, a decir verdad, esa orientación funcional no es más que la aplicación concreta de la segunda de las alternativas teóricas que, oportunamente, señaló JAKOBS para la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En este sentido, al distinguir e independizar la actividad hacendística (procedimiento de determinación y percepción del tributo) del objeto de protección (el patrimonio), «*no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico [...], sino en un **fraccionamiento** del bien jurídico*». ⁸⁹⁹

Ese fraccionamiento del bien jurídico es, por si mismo, un indicio fuerte de la merma de legitimidad retributiva de la norma de comportamiento. Tal indicio parece confirmarse en la medida en que se advierte lo siguiente: para fundamentar la lesividad de las acciones defraudatorias para con la función hacendística, también es necesario recurrir aquí, a otras defraudaciones. Dicho de otro modo: incluso cuando el bien jurídico se asienta en la dimensión funcional de la Hacienda Pública, una concreta defraudación, aisladamente considerada, no exhibe idoneidad alguna para lesionar o poner en peligro su correcto funcionamiento. Para apreciar esa idoneidad, necesariamente debemos considerar el comportamiento del agente como parte de un fenómeno más complejo y global de *reiteración-acumulación* de delitos. ⁹⁰⁰ Y está claro que, «*si el delito fiscal comparte con la infracción administrativa esa función preventiva, de acuerdo con la teoría de la acumulación*», ⁹⁰¹ entonces la legitimidad de la norma de comportamiento penalmente reforzada, desde un punto de vista retributivo, queda francamente comprometida.

Si la orientación funcional quiere evitar recurrir al modelo del delito cumulativo, no queda más alternativa que formalizar completamente el delito de defraudación tributaria. ⁹⁰² Esta concepción formal de la defraudación tributaria (que estuvo vigente en Alemania, al menos, hasta la reforma legal introducida en 1977) se asienta en la idea de *deslealtad tributaria*. Desde esta perspectiva, la defraudación tributaria consistiría en

⁸⁹⁹ JAKOBS, «Criminalización...», en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 313; BACIGALUPO, *RFDUC* (56), 1979, p. 93.

⁹⁰⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 2008, p. 16, afirma que el delito de fraude contra la Seguridad Social es, efectivamente, un delito cumulativo. Véase, con mayores referencias, MARTÍNEZ BUJÁN, *PE*, 2019, p. 665; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en EL MISMO (dir.), *Delitos e infracciones...*, pp. 74 ss.; BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2000, pp. 347 ss.; LINARES, *El delito de defraudación tributaria*, 2020, pp. 113 ss.

⁹⁰¹ CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre el fundamento del injusto del delito fiscal desde los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad»; *Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial* (138), 2008, p. 33

⁹⁰² Paradigmático, BACIGALUPO, *RFDUC* (56), p. 93.

un puro quebrantamiento del deber de veracidad que recae sobre el obligado tributario.⁹⁰³ El punto de partida es el concepto de *relación tributaria* como presupuesto básico de la defraudación típica. El delito de defraudación tributaria, entonces, no es más que el quebrantamiento culpable de los *deberes tributarios* que son impuestos en virtud de esa relación Estado-ciudadano. Mejor explicado: al entablar una relación tributaria con el Estado, el ciudadano asume deberes de cooperación para con el sistema de gestión de los tributos, entre los cuales pueden distinguirse deberes formales (especialmente de información y veracidad) y materiales (de pago). Es la infracción de estos deberes de cooperación, inspirados en la lealtad tributaria del ciudadano, lo que constituye el núcleo del injusto de defraudación tributaria. Una vez que se formaliza el delito de defraudación, se modifica completamente su lógica: ya no se trata de un delito de lesión o de peligro (abstracto o concreto, para el patrimonio o el sistema de recaudación), sino de una *pura infracción de deber*; esto significa: la tipicidad de la defraudación tributaria ya no requiere la producción efectiva de un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Según creo, el punto de partida de esta posición formalista es, al menos en su núcleo, indiscutible: la tipicidad de la defraudación tributaria siempre presupone la existencia previa de una relación tributaria entre contribuyente y Estado. Sin embargo, esta tesis ha sido criticada principalmente por dos motivos. Por un lado, se argumenta que la tesis formal presentaría una supuesta incompatibilidad con la redacción de los tipos legales: tanto el § 370 de la AO alemana como el art. 305 del CP español, exigirían la producción de un perjuicio económico, un resultado de «reducción de la recaudación tributaria» (u obtención de una ventaja ilegítima), de modo que una mera infracción de los deberes tributarios no resultaría suficiente para explicar todo el contenido de la disposición legal.⁹⁰⁴ Por otro lado, y esto es lo que aquí interesa, la total formalización

⁹⁰³ En su formulación original, el precepto alemán establecía que, para la tipicidad de la *Steuerhinterziehung*, resultaba «suficiente que, como consecuencia de la acción, sea liquidada una menor deuda tributaria...». Como es evidente, no se requería un perjuicio patrimonial efectivo sino una *liquidación errónea* capaz de afectar, en un momento posterior, la recaudación. A pesar de tener una formulación distinta, esta idea se mantiene con la actual redacción del § 370 AO, pues el inciso .4 establece que: «los tributos se ven especialmente reducidos si no son determinados íntegramente o no son determinados a tiempo». Véase EHLERS/LOHMAYER, *Steuerstrafrecht* (ediciones anteriores a la reforma de la AO de 1977); FRANZEN/GAST, *Steuerstrafrecht*, § 392, nm. 8 ss. En España, BACIGALUPO, *RFDUCM* (56), pp. 79 ss.; con mayores referencias, MARTÍNEZ-BUJÁN, «El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria», *Estudios penales y criminológicos* (18), 1994-1995, p. 141, nota 25.

⁹⁰⁴ Véase, con mayores referencias, KÜRZINGER, «Kapitel II», en WANNEMACHER (ed.) *Steuerstrafrecht: Handbuch*, 5ª ed., 2004, p. 34; BÜRGER, *Steuerflucht*, 2006, pp. 137-138; DANNECKER, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1984, p. 173. En mi opinión, la crítica es inexacta pues el propio § 370 establece, específicamente, que se considera como caso paradigmático de reducción de la recaudación a las acciones que generan indeterminación de la deuda. Véase, con mayores referencias, LINARES, *El delito de defraudación tributaria*, 2020, pp. 96 ss.; BOIX REIG/MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, p. 26.

del delito produce en una ampliación irrestricta de los límites de la punibilidad.⁹⁰⁵ Esta última objeción, ahora desde la perspectiva del alcance del tipo, pone en evidencia la cuestión ya señalada al inicio: si el núcleo del injusto gira alrededor de la mera infracción de los deberes tributarios formales, se estaría renunciando a todo criterio material de distinción entre delito e infracción tributaria. En el marco del ordenamiento jurídico penal, esto significa: se trata de una norma de conducta con un déficit de legitimidad retributiva.⁹⁰⁶

En definitiva, también los partidarios de las tesis funcionales (o aquellas inspiradas en la idea de lealtad tributaria) deberían reconocer el carácter deficitario de la legitimidad retributiva de la norma de comportamiento del tipo de defraudación tributaria. Ese déficit se pone de manifiesto tanto si se adelanta la barrera de punición mediante una estrategia de fraccionamiento del bien jurídico; como si se transforma cualquier infracción de un deber tributario en objeto de la norma prohibitiva punitivamente reforzada.⁹⁰⁷

c. Las tesis eclécticas

Una vez analizadas las posiciones tradicionales sobre el fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria, es necesario dar un paso más. Y es que, en la actualidad, la disputa doctrinal a este respecto se ha relativizado bastante, de modo que la mayoría de los autores podrían ser ubicados en una tercera categoría, de tinte más bien ecléctica. Por un lado, quienes se inclinan por una versión patrimonialista, reconocen también la presencia de un componente funcional en el tipo de defraudación tributaria. Por otro, también los autores funcionalistas han matizado sus posiciones, introduciendo elementos de contenido patrimonial.

En ambos casos, las respectivas matizaciones han tenido lugar, hasta donde alcanzo, mediante la utilización de tres distinciones conceptuales básicas: [Δ] la primera, procura diferenciar entre bienes jurídicos protegidos de forma *mediata e inmediata*; [◇] la segunda, distingue entre *objeto material* y *objeto jurídico* del delito de defraudación tributaria; y [∅] la tercera, distingue las acciones delictivas en función de la «*fase de vida del tributo*» que estas afecten (liquidación y recaudación). Veamos estos matices conceptuales, con un poco más de detalle, en los modelos teóricos más relevantes de la doctrina española.

⁹⁰⁵ En idéntico sentido, BOX REIG/BUSTOS RAMÍREZ, *Los delitos...*, 1987, p. 23; GRACIA MARTÍN; *La infracción...*, 1990, pp. 68-69.

⁹⁰⁶ El TC español reconoce explícitamente que la antijuridicidad material del delito fiscal es idéntica a la antijuridicidad material de la infracción administrativa, de modo tal que la criminalización del fraude fiscal se fundamentaría, entonces, en el deber general de contribuir establecido en el art. 31 CE.

⁹⁰⁷ Véase, especialmente, LINARES, *El delito...*, 2020, pp. 99 ss.; BOIX REIG/MIRA BENAVENT, *Los delitos contra...*, 2000, p. 31.

[+] En primer término, existen autores que describen la defraudación tributaria como un delito de núcleo patrimonial con elementos funcionales. Entre ellos, MARTÍNEZ-BUJÁN y AYALA GÓMEZ aceptan expresamente que la defraudación presupone la existencia de una relación tributaria precedente. El juicio de tipicidad, entonces, exige necesariamente el quebrantamiento de los deberes (formales y/o materiales) derivados de esa relación tributaria.⁹⁰⁸ Una vez introducido el elemento funcional, utilizan la primera distinción conceptual mencionada [Δ] para precisar que, en la defraudación, también se lesionan «*otros intereses más genéricos y abstractos*» que el patrimonio, solo que de forma *mediata*.⁹⁰⁹ Como consecuencia, reconocen que la presencia de un *bien jurídico mediato*, que viene dado por «*las funciones que el tributo está llamado a cumplir*».⁹¹⁰ Ese bien jurídico (mediato y abstracto), sin embargo, no puede cumplir las funciones de garantía que tradicionalmente se esperan de este concepto, pues la conducta de un particular no tiene capacidad autónoma para lesionarlo o ponerlo en peligro. Para hacer frente a este problema, según estos autores, es preciso reconocer que el tipo penal exige también la lesión de bien jurídico *inmediato*, a saber: el *interés patrimonial* de la Hacienda Pública (que recae en la «*necesidad de obtener recursos públicos*»).⁹¹¹

La particularidad del modelo radica en que, para MARTÍNEZ BUJÁN, dicho interés patrimonial no puede identificarse con la recaudación tributaria o la efectividad del derecho de crédito tributario (como sostienen otras propuestas de tinte patrimonialista).⁹¹² Tal identificación es muy imprecisa, pues la recaudación y la efectividad del derecho de crédito son bienes jurídicos que se ven afectados, específicamente y como ya dijimos, por otras conductas delictivas que poco tienen en común con la defraudación tributaria. Para comprender su posición, debe recordarse la última de las distinciones conceptuales referidas [Ø], en virtud de la cual se diferencia entre la *etapa de liquidación* y la *etapa de recaudación* del tributo. A partir de esta distinción, MARTÍNEZ-BUJÁN afirma lo siguiente: la norma de comportamiento infringida por la defraudación tributaria prohíbe exclusivamente aquellas conductas que, siendo lesivas del interés patrimonial, tienen lugar solo durante la *fase de liquidación* del tributo. Por esta razón, el bien jurídico inmediato se define como «*el interés patrimonial en la fase de determinación o liquidación*» del tributo.

⁹⁰⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 2019, p. 665; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir.), *Delitos e infracciones...*, 2009, p. 107. En estas tesis, la infracción de los deberes extrapenales, derivados de la relación tributaria, no es más que la vía a través de la cual se produce la lesión al bien jurídico.

⁹⁰⁹ AYALA GÓMEZ, «Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir el pago de la deuda», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO *et al.* (coord.), *LH-Ruiz Antón*, 2003, p. 106.

⁹¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 2019, p. 665. Similar, SILVA SÁNCHEZ, «Allende de las fronteras de la 'defraudación' típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.*, *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 959.

⁹¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 2019, p. 664.

⁹¹² Esta línea, por el contrario, es la defendida por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en EL MISMO (dir.), *Delitos e infracciones...*, 2009, pp. 75 ss.

Según MARTÍNEZ BUJÁN, a partir de esa distinción se puede diferenciar entre el bien jurídico inmediato de la defraudación tributaria y el bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito de insolvencia fraudulenta o alzamiento de bienes frente a la Hacienda Pública. Cuando se trata de estos últimos tipos penales, lo que el legislador tutela de forma inmediata es «*el interés patrimonial en fase de recaudación*» y, por tanto, ahora sí se trata de la *recaudación tributaria* o el *derecho de crédito tributario*.

[+] En segundo término, existen también autores funcionalistas que han matizado sus postulados mediante la introducción de elementos patrimoniales en el tipo de defraudación tributaria. Para ello, recurren especialmente a la segunda de las distinciones conceptuales mencionadas [◇]. En esta línea, destaca PÉREZ ROYO que, si bien el objetivo último consiste en proteger la dimensión funcional de la Hacienda Pública, debe reconocerse una cuestión importante: la redacción de los tipos penales (al menos en la legislación española y alemana) adopta la estructura de un delito de resultado materialmente lesivo. El tipo penal, en efecto, pareciera exigir la producción de un perjuicio económico para el Estado y, por tanto, la conducta solo puede ser típica en la medida en la acción delictiva impacte sobre un objeto material concreto (que provoque una efectiva disminución del importe de la recaudación tributaria).⁹¹³ A partir de aquí, el delito de defraudación tributaria parece erigirse en una figura mixta; una lesión o puesta en peligro generada por la infracción de un deber:

*«el objeto específico de la protección penal... es la recaudación correspondiente a cada una de las figuras que integran el sistema tributario, pero solo en cuanto resulte afectada por la violación de alguno de los deberes de colaboración con la Hacienda establecidos para el correcto desarrollo de la función tributaria».*⁹¹⁴

En una línea similar, GRACIA MARTÍN y ECHEVARRÍA RAMÍREZ reconocen que este delito está vinculado con la dimensión funcional de la Hacienda Pública; sin embargo, para la determinación del bien jurídico debe utilizarse exclusivamente la dimensión objetiva de ese concepto de Hacienda Pública (la dimensión funcional solo es relevante para la *ratio legis* y el desvalor de acción del *sistema de tipos*).⁹¹⁵ El bien jurídico, entonces, no viene dado por el patrimonio en sí, sino por aquel *instituto* que permite generar cierta clase de derechos o bienes (que conforman la Hacienda Pública): el *tributo*. Debe advertirse que GRACIA MARTÍN ha trazado una distinción conceptual

⁹¹³ PÉREZ ROYO, *Los delitos...*, 1986, pp. 76 ss.; ECHAVARRÍA RAMÍREZ, *RECPC* (4), 2014, p. 30. Véase, también, ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, 1987, p. 91.

⁹¹⁴ PÉREZ ROYO, *Los delitos...*, 1986, p. 78 ss. El destacado me pertenece.

⁹¹⁵ GRACIA MARTÍN, «Nuevas perspectivas del derecho penal tributario (las funciones del tributo como bien jurídico)», *Actualidad Penal* (10), 1994, p. 191: «en mi opinión, la rúbrica del título VI del Libro II del Código Penal «Delitos contra la Hacienda Pública» hace referencia a los tres posibles sentidos de este concepto. Con el subjetivo se hace referencia al sujeto pasivo de estos delitos, con **el objetivo al bien jurídico protegido** y con el funcional a la *ratio legis*». El resaltado me pertenece.

adicional a las ya consideradas, a saber, la diferencia entre tributo y patrimonio: el tributo no es un componente del patrimonio, sino un instituto jurídico que genera derechos u obligaciones que integran el patrimonio. Por esa razón, su posición no puede calificarse, estrictamente, de patrimonialista: con la tipificación de la defraudación tributaria, no se protegen los derechos de crédito sino el tributo «*como instrumento capaz de generar derechos de crédito*».⁹¹⁶

Por lo demás, entiendo que esa diferencia entre tributo y efectivo ingreso de la recaudación solo puede ser comprendida si se repara en que, entre ambos momentos, existe una *fase de liquidación* que delimita el marco de aplicación de la defraudación tributaria.⁹¹⁷ A partir de aquí, se orienta el bien jurídico hacia «*las funciones del tributo, como expresión [...] del deber de solidaridad*» en el ámbito tributario, las cuales se ven concretadas y materializadas «*a través del cumplimiento de los deberes de declaración y pago [...] de cada tributo singular en el marco de la relación jurídico-tributaria*».⁹¹⁸

Recurriendo a las observaciones ya formuladas, no es difícil advertir que todos estos modelos eclécticos también deberían admitir el déficit de legitimidad retributiva aquí destacado. Si se exige una efectiva lesión patrimonial, es preciso reconocer que se adelanta la protección del patrimonio a un momento anterior a su propia existencia, en tanto se criminaliza una acción que, en verdad, solo atenta contra la etapa del proceso que está destinada a *concretar* el objeto del derecho de crédito.⁹¹⁹ En esta medida, su legitimidad sigue siendo retributivamente deficitaria, pues se presenta como una figura destinada a la *protección anticipada* del interés patrimonial del Estado. Estamos, según creo, frente a la ya mencionada «*estrategia del fraccionamiento*»: para fundamentar la criminalización de las acciones típicas de defraudación tributaria, no solo hay que fraccionar el bien jurídico (mediato o inmediato), sino también fraccionar la fase o momento en el cual se puede agredir ese bien jurídico inmediato (anticipadamente, en la fase de liquidación; directamente, en la fase de recaudación). La defraudación tributaria, parece claro, es una conducta que tiene lugar en la fase de liquidación, mediante la criminalización de acciones que tienen lugar en (y que entorpecen) la fase de determinación del objeto del crédito tributario y, con ello, se adelanta la punibilidad a un momento en que *el derecho patrimonial no existe más que de forma absolutamente indeterminada*. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, nos encontraríamos ante una especie de «*bien jurídico híper-protegido*».⁹²⁰

⁹¹⁶ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, *RECPC* (4), 2014, p. 32.

⁹¹⁷ GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal* (10), 1994, pp. 188 ss.; EL MISMO, *La infracción de deberes...*, 1990, pp. 13-14; EL MISMO, «La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma», *REDF* (58), 1988.

⁹¹⁸ ECHEVARRÍA RAMÍREZ, *RECPC* (4), 2014, pp. 36-37.

⁹¹⁹ Véase, con mayores referencias, MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 2019, pp. 664 ss.

⁹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 959.

El modelo expuesto por GRACIA MARTÍN, a partir de la idea del tributo como instrumento generador de derechos de crédito, también debería reconocer dicho déficit. La idea de fondo es, en términos generales, muy similar: no se criminalizan conductas que lesionan directamente un bien jurídico, sino aquellas que distorsionan el uso del *instrumento* jurídico capaz de generar un derecho de crédito (patrimonio estatal). Nuevamente, puede reconocerse aquí un adelantamiento de la punibilidad: se trata de conceder protección en un momento anterior a la existencia del derecho de crédito. Además, estos autores admiten expresamente que la realización de tal conducta, aisladamente considerada, tampoco puede poner en peligro las funciones del tributo; para ello es necesario recurrir, nuevamente, al modelo del delito cumulativo.⁹²¹

Finalmente, por su especificidad y reciente sistematización, merece ser destacada la posición de FERRÉ OLIVÉ. El autor español utiliza, en líneas generales, las tres distinciones conceptuales mencionadas para construir una compleja argumentación sobre el fundamento de la defraudación tributaria, el alcance de la figura típica y el papel que juega el patrimonio en todo esto. A partir de la primera distinción [Δ], aquella que diferencia entre bienes jurídicos mediatos e inmediatos, FERRÉ OLIVÉ traza dos niveles de argumentación diferentes:

[+] El nivel del *bien jurídico mediato* proporciona la *ratio legis* de la figura delictiva; de este modo se legitima la *intervención* del Derecho penal y, con ello, se obtiene el fundamento para criminalizar estas conductas.⁹²² Sin embargo, en este nivel argumentativo todavía no es posible determinar concretamente las acciones típicas: las conductas del ciudadano no pueden lesionar ni poner en peligro ese bien jurídico mediato.⁹²³ Para ello, es necesario recurrir al segundo nivel de argumentación.

En este nivel, FERRÉ OLIVÉ recurre a la idea de *pluriofensividad* de los delitos tributarios, por lo que la criminalización de tales conductas se justificaría en virtud de su capacidad

⁹²¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, 3ª ed. ampliada, 2011, señalando, respecto del delito fiscal, en p. 140: «lo peligroso sería aquí el efecto sumativo».

⁹²² En idéntico sentido, ECHAVARRÍA RAMÍREZ, *RECPC* (4), 2014, p. 30, considera que esta dimensión funcional de la hacienda pública es fundamental para determinar el momento en el que debe intervenir el Derecho penal, pues solo a través de esta dimensión resulta posible identificar aquellos momentos en que la Hacienda Pública presenta mayor vulnerabilidad y necesidad de protección penal.

⁹²³ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 127: «Ni el orden económico, ni el patrimonio público ni la función tributaria son bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados o puestos en peligros a través del comportamiento defraudador de un particular». Expresamente en contra de esta opinión, ECHEVARRÍA RAMÍREZ, *RECPC* (4), 2014, p. 30: «no existe duda alguna de que la Hacienda pública como la actividad financiera encaminada a la obtención de ingresos y aplicación de gastos puede ser lesionada o puesta en peligro con la actividad de los particulares».

de afectación [+] al orden público económico, y [+] la Hacienda Pública en sentido funcional (es decir, el sistema de recaudación y gasto o actividad hacendística).⁹²⁴

[+] El nivel del *bien jurídico inmediato* nos provee, por su parte, el objeto susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por las conductas de defraudación tributaria. Es a partir de aquí que debe determinarse, entonces, el *alcance* de la figura típica, esto es, la materia u objeto de prohibición de la norma de conducta.

En este nivel, la particularidad de la tesis expuesta por FERRÉ OLIVÉ radica en que el bien jurídico inmediato *cambia* conforme al período o fase del tributo en el que nos encontremos. En este sentido, afirma que [a] en fase de recaudación, la figura típica más relevante es la insolvencia fraudulenta y el bien jurídico inmediato es el patrimonio del Estado (concretamente, el *derecho de crédito*).⁹²⁵ En cambio, [b] en fase de liquidación, el bien jurídico inmediatamente protegido por la defraudación tributaria posee un carácter supraindividual y responde a una dimensión más bien funcional. Sin embargo, y a diferencia de las tesis funcionales, no se identifica con el *proceso* de determinación de la deuda, sino con *el resultado* de ese proceso. Las figuras típicas de defraudación y delitos contables tributarios protegen, entonces, el concreto resultado del proceso de determinación de la deuda, *la fijación de lo adeudado* o, para decirlo de forma precisa, *el quantum debeatur*.⁹²⁶

A diferencia del resto de los autores eclécticos, FERRÉ OLIVÉ no exige la lesión patrimonial como elemento del tipo. Para este autor, la defraudación tributaria no protege el patrimonio (ni siquiera como bien jurídico mediato), por lo que la producción de un perjuicio económico no es más que una exigencia impuesta por el legislador para habilitar el castigo, es decir, una condición objetiva de punibilidad (que se manifiesta en la cuantía defraudada). Sin embargo, en el marco del injusto culpable, tampoco resultaría suficiente la mera infracción de los deberes tributarios (formales o materiales). La defraudación es, para este autor, una figura bastante particular pues el tipo penal requiere una alteración del resultado valioso que, mediante el cumplimiento de esos deberes, se pretende garantizar: la fijación del *quantum debeatur*. Así las cosas, la defraudación tributaria aparece como un *delito de resultado lesivo no patrimonial* que consiste en *dejar indeterminada* la deuda.⁹²⁷

Conforme con la segunda distinción mencionada *supra* [◇], la afectación patrimonial constituiría el *objeto material* del delito (aquello sobre el que recae la acción

⁹²⁴ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 126, recurre aquí a NOVOA MONREAL y lo define como el «conjunto de reglas jurídicas de interés público, destinadas a proteger y mantener una cierta ordenación y organización de la economía nacional con miras al bienestar de toda la colectividad»; véase también NOVOA MONREAL, «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *ADPCP* (1) 1982, p. 74.

⁹²⁵ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 129-130.

⁹²⁶ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 130-137.

⁹²⁷ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 443 ss.

defraudatoria) pero no su *objeto jurídico*. Este objeto material (o elemento patrimonial) adquiere «*trascendencia jurídico-penal*» recién al momento de la recaudación, una vez que la deuda ya está liquidada.⁹²⁸ En el momento de la liquidación, en cambio, no se trata de garantizar indemnidad al patrimonio, sino al resultado del conjunto de operaciones destinadas a la fijación cuantitativa de la deuda tributaria.

En mi opinión, el modelo de FERRÉ OLIVÉ explica de forma satisfactoria la compleja estructura del tipo de defraudación tributaria. Sin embargo, en la medida en que separa la *ratio legis* (que *legitima* la criminalización) del criterio a partir del cual se *determinan las acciones típicamente lesivas*, ese modelo pone de relieve de forma especialmente clara, el déficit de legitimidad retributiva de la norma de comportamiento quebrantada por el obligado tributario. En efecto, si se reconoce que la *ratio* que legitima la intervención del Derecho penal no nos permite determinar las acciones típicas, se está reconociendo que el bien jurídico supuestamente protegido mediante esa intervención, a decir verdad, no puede ser lesionado por las acciones prohibidas por la norma. Dicho a la inversa: las acciones que son objeto de la norma prohibitiva se determinan en función de su capacidad lesiva para con un objeto distinto de aquel cuya protección originariamente legitima la intervención punitiva y, con ello, el carácter precario del fundamento de la norma de comportamiento queda al descubierto.⁹²⁹

2.2. El fundamento de la defraudación tributaria desde la perspectiva de los principios autonomía-solidaridad

La discusión anterior puede considerarse una expresión concreta del diagnóstico general que, a esta altura, resulta conocido en la doctrina: la teoría del bien jurídico adolece de numerosas dificultades para desempeñar las funciones que de ese concepto se exigen.⁹³⁰ Por un lado, la doble función (legitimante y limitadora) que le asignamos al concepto de bien jurídico, lo transforma en una manta que nos queda corta. Si se adopta como punto de partida un concepto clásico de bien jurídico (personalista o individualista), se vuelve imposible legitimar la criminalización de numerosas normas penales, entre las cuales se

⁹²⁸ FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 120-121.

⁹²⁹ Y es que, bien mirada, la posición de FERRÉ OLIVÉ resulta similar a la sostenida por KUHLEN respecto de los delitos ambientales: a decir verdad, en relación con el objeto de protección que *legitima la intervención punitiva*, se trata de delitos de resultado *no* lesivos. En efecto, el resultado que se exige no es más que el estadio previo que, respecto del objeto de protección, representa un peligro *inferior* a los delitos de peligro abstracto y *condicionado* a la realización de acciones futuras y por agentes distintos. Véase, al respecto, KUHLEN, «Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW* (105), 1993, p. 713.

⁹³⁰ En la doctrina alemana, la crítica al concepto de bien jurídico es recurrente. Véase, con mayores referencias, STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESSER *et al.* (eds.), *FS-Lenckner*, 1998, pp. 377 ss.; AMELUNG, «El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico*, 2016, pp. 221 ss.; DECKERT, *ZIS* (6), 2013, pp. 270 ss.; SOUZA SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*, 2020.

encuentra la defraudación tributaria. Pero cuando pretendemos hacer frente a esta deficiencia, mediante la ampliación del concepto, entonces pierde la capacidad crítica o limitadora que de él se espera.⁹³¹ Por otro lado, si bien es cierto que el concepto tiene cierta capacidad de rendimiento para determinar «*el campo de bienes*» sobre el que puede intervenir el Derecho penal, no tiene esa capacidad cuando se trata de precisar las conductas que, por su incidencia negativa sobre tales bienes, el Estado podría legítimamente criminalizar.⁹³²

Por último, se ha afirmado que la teoría tradicional del bien jurídico nos obliga a trabajar con una lógica exclusivamente consecuencialista y, con ello, reduce el problema de la criminalización a una cuestión más bien empírica. Desde ese punto de vista, la prohibición sirve o no sirve, fácticamente, para proteger bienes jurídicos. En esta lógica argumental, las únicas razones para criminalizar o dejar de criminalizar un determinado comportamiento vienen dadas por los beneficios y costos que acarrea, de manera tal que los derechos de un agente se transforman en contra-intereses que solo pueden entrar en una lógica de ponderación.⁹³³

Por estas y otras razones, la doctrina parece haber encontrado un punto de consenso: el modelo teórico del bien jurídico, al menos como criterio de legitimidad de las normas jurídico-penales, resulta insuficiente y posee escasa capacidad crítica.⁹³⁴ Frente a este panorama, las actitudes de la doctrina han sido diversas: mientras algunos abogan por prescindir completamente de este concepto tradicional, otros han comenzado a buscar diversas alternativas teóricas que sean (más o menos) complementarias con la perspectiva del bien jurídico. Entre esas alternativas, despierta un creciente interés la doctrina que vincula el concepto material de delito con la teoría de las normas y los criterios rectores de autonomía y solidaridad en Derecho.⁹³⁵ Según esta perspectiva, la legitimidad de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada debe asentarse sobre el axioma fundamental que gobierna todo ordenamiento jurídico liberal,

⁹³¹ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios...*, 1997, p. 295: «*el bien jurídico conduce sin duda al desbordamiento*».

⁹³² Véase, con mayores referencias, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites...*, 2012, p. 23; v. HIRSCH/WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico...*, 2016, pp. 279 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *InDret* (2), 2008.

⁹³³ Véase GRECO, «¿Tiene futuro la teoría del bien jurídico?», en EL MISMO, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal*, 2014, p. 81.

⁹³⁴ Respecto de lo primero, WOHLERS, «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico...*, 2016, p. 395, afirma que «*la legitimidad de un tipo penal no puede aclararse a través de la remisión a un bien jurídico de por sí digno de protección*». Respecto de lo segundo, véase el diagnóstico de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, 3ª ed., 2011, p. 132: «*la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve [...] cómo [...] su capacidad crítica en el marco de los procesos de criminalización [...] resulta sumamente débil*».

⁹³⁵ Fundamental, ROBLES PLANAS, en EL MISMO *Límites...*, 2012, pp. 19 ss.; EL MISMO «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, 2020, pp. 451 ss.; GRECO, en EL MISMO, *Tortura, incesto y drogas...*, 2014, pp. 63 ss.

a saber, la autodeterminación del ciudadano y sus manifestaciones concretas: autonomía y solidaridad.⁹³⁶ No es este el lugar para ocuparse en detalle de esta cuestión; en lo que sigue, solo me interesa poner de relieve algunas aristas de la misma, con el único objetivo de demostrar que, aun cuando se siga este modelo alternativo para fundamentar la defraudación tributaria, la legitimidad retributiva de esa norma de conducta también debe considerarse deficitaria.

Para explicar la propuesta, se asume aquí el siguiente punto de partida: por autonomía cabe entender «*la suma de potenciales de acción jurídicamente garantizados a una persona*», de manera tal que una determinada conducta solo puede criminalizarse de forma legítima en la medida que implique una «*reducción del potencial de acción jurídicamente reconocido de otra persona*».⁹³⁷ Esta noción genérica de la autonomía se manifiesta y debe descomponerse en *tres dimensiones* complementarias entre sí:

a) En una primera dimensión, la autonomía toma la forma de una concesión formal, por parte del ordenamiento al ciudadano, de una *esfera de exclusión jurídica*.

b) La autonomía, sin embargo, no puede quedar reducida al reconocimiento formal de los derechos al ciudadano. Dicho reconocimiento solo puede tener sentido en la medida en que estos puedan ser *efectivamente ejercidos*. Para que el criterio sea verdaderamente operativo, es necesario dar cuenta de una dimensión adicional del concepto y que viene dada por la idea de *autonomía como utilidad*. Aquí el ordenamiento resguarda el uso pacífico de las facultades que derivan de los derechos formalmente reconocidos.⁹³⁸

c) Por último, en un Estado social y democrático de Derecho, garantizar la autonomía del ciudadano nos exige la creación de un conjunto de condiciones institucionales que posibiliten su ejercicio. En efecto, sin la presencia de este marco institucional, la consecución de un estado de libertades para el ciudadano quedaría impedida, pues la autonomía no podría erigirse en verdadera realidad de la vida cotidiana.⁹³⁹ Garantizar esas instituciones es un objetivo que solo puede alcanzarse mediante la cooperación intersubjetiva y, por tanto, a través de la imposición de deberes de fomento inspirados en la solidaridad intersubjetiva.⁹⁴⁰

Volviendo a lo que nos concierne, puede uno preguntarse: ¿qué dimensión de la autonomía se ve afectada por una defraudación tributaria? Para responder esa pregunta, puede ser útil establecer cuál es la clase de deber que (conforme al fundamento que los

⁹³⁶ STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 2008, pp. 328 ss.

⁹³⁷ ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites...*, 2012, p. 26.

⁹³⁸ En un ejemplo: el reconocimiento jurídico de un derecho de propiedad (supongamos, sobre un bien inmueble) carece de sentido si, al mismo tiempo, no se garantiza que el agente pueda hacer un uso pacífico y libre de las facultades que tal derecho le otorga.

⁹³⁹ Sobre el particular, fundamental y con mayores referencias, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 33 ss.

⁹⁴⁰ En sentido similar, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC* (4-8), 2002, p. 26.

respalda) resulta quebrantado en cada una de esas dimensiones. En primer lugar, las conductas que afectan la primera dimensión de la autonomía constituyen infracciones de deberes negativos de máxima intensidad. Su tipificación será fácilmente justificable pues, en la medida en que se siga el paradigma de la lesión o menoscabo (sobre bienes o libertades básicas), nos encontramos ante conductas que, mediante el quebrantamiento de deberes negativos y en palabras de KINDHÄUSER, atentan contra la *sustancia* de los bienes jurídicos.⁹⁴¹ En la segunda dimensión, es posible obtener criterios operativos para justificar, también, la prohibición de los comportamientos que vuelven incierta la facultad de uso o, mejor dicho, el *ejercicio* de esa esfera personal de autonomía. En esta dimensión también se trata del quebrantamiento de deberes negativos, pero sucede que estas infracciones no afectan la sustancia del bien jurídico, sino que solo vuelven incierta su utilización pacífica. Por esa razón, la legitimidad retributiva de estas normas será siempre menor, pero todavía «robusta». Por último, la dimensión institucional de la autonomía abre la posibilidad a la criminalización de conductas que, en verdad, no tienen incidencia directa sobre la esfera jurídica del ciudadano particular. En esta última dimensión, se trata de exigir al ciudadano el cumplimiento de deberes positivos, que solo pueden ser fundamentados bajo el paradigma de un comportamiento *solidario* y *colaborativo* para con una determinada institución estatal. En términos breves: se criminaliza el quebranto de deberes exclusivamente fundamentados sobre el principio de solidaridad intersubjetiva y, por tanto, dirigidos a consolidar el marco jurídico-institucional necesario para lograr un estado real de libertades.

Si trasladamos este breve esquema al tipo de defraudación tributaria, entiendo que, en primer término y conforme a los diferentes argumentos que hemos expresado anteriormente, no estamos ante la criminalización de una conducta que lesiona la dimensión de la autonomía como exclusión. Sería particularmente complejo intentar concebir a la defraudación tributaria bajo el paradigma de la agresión y argumentar que con ella se afecta una esfera jurídica protegida con una garantía de exclusión (de los demás ciudadanos). En segundo lugar, no parece que nos encontremos ante una figura que criminalice conductas lesivas de la segunda dimensión de la autonomía. Nuevamente, no parece plausible que la legitimidad de esta figura dependa de la posibilidad de afirmar que, en virtud de la defraudación tributaria de un determinado agente, otro ciudadano ha visto limitadas las posibilidades de hacer uso de su derecho,

⁹⁴¹ KINDHÄUSER, *InDret* (1), 2009, p. 10. En idéntico sentido, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites...*, 2012, p. 31, refiriéndose a aquellas conductas que menoscaban los «*objetos de referencia de tales derechos*». La referencia al bien jurídico (siempre que estos se conciban como medios para garantizar la autonomía del ciudadano y el libre desarrollo de la personalidad del individuo) muestra la compatibilidad entre ambos modelos, lo cual es particularmente destacado por ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites...*, 2012, p. 25: «*los bienes jurídicos ... cobran una dimensión mucho más profunda si se los pone en relación con la autonomía: están al servicio y son medio de desarrollo de la autonomía individual*». De hecho, según este autor los límites a la criminalización en este ámbito vienen dados, de modo exclusivo, por el principio de insignificancia y de adecuación social (p. 31).

p. ej., a la sanidad o la educación pública. Finalmente, la dimensión institucional de la autonomía parece ser la única vía plausible para fundamentar la criminalización y posterior castigo de la defraudación tributaria. Desde esta perspectiva, las conductas de fraude fiscal solo podrán criminalizarse en la medida en que constituye el quebrantamiento de un *deber positivo* que, de forma legítima, vincula al ciudadano con una institución estatal; a saber: la Hacienda Pública.

Ahora, si bien es cierto que tal institución (la Hacienda Pública) constituye –dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho– una condición esencial para garantizar el bien común, tampoco debe olvidarse lo siguiente: garantizar tales condiciones es una tarea que corresponde, en primera y fundamental medida, al Estado. El ciudadano individual, por el contrario, «*no tiene responsabilidad directa por el bien común*». ⁹⁴² En virtud de la primacía que ostenta, solo en casos excepcionales le está permitido al obligado principal (el Estado) requerir la colaboración activa de los ciudadanos para garantizar, de la mejor manera posible, el orden institucional necesario para el bien común. ⁹⁴³ En nuestro caso, esa circunstancia excepcional radica, precisamente, en la imposibilidad de adoptar un sistema de gestión de los tributos que prescindiera de la colaboración ciudadana.

Una vez aclaradas las razones por las que el Estado puede imponer al ciudadano, de forma excepcional pero legítima, deberes de colaboración para con una institución determinada, es preciso explicar qué consecuencias acarrea esa imposición. Según creo, el contribuyente queda vinculado al Estado mediante una *relación tributaria*, en virtud de la cual se le asignan un conjunto de deberes formales (especialmente de información y veracidad) y materiales (de pago) que, en el marco de esta investigación, representan expresiones concretas del proto-deber de cooperación al mantenimiento del Estado de libertades. Brevemente: la tributación es, dentro del marco del Derecho (como expresión institucional de un orden de libertades), una práctica dirigida al *reconocimiento recíproco*.

Tal como ha afirmado SAFFIE, «*yo no soy un individuo aislado que necesita ser convencido de que el hecho de pagar impuestos resulta beneficioso para mis propios intereses. En tanto individuos situados en comunidades políticas, somos ciudadanos; y esto supone, en sí mismo, que existen algunas cargas que debemos compartir. Estas cargas están relacionadas con todo aquello que involucra el hecho de ser ciudadano,*

⁹⁴² PAWLIK, *InDret* (3), 2020, p. 566.

⁹⁴³ ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites...*, 2012, p. 33 denomina a esta circunstancia el «efecto oclusivo» de los procedimientos institucionalizados. Véase también SILVA SÁNCHEZ, «Hacia el Derecho penal del “Estado de la prevención”», en EL MISMO (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 318 ss.

*esto es, sujetos que comparten un particular proyecto político; el proyecto colectivo de la autonomía».*⁹⁴⁴

En virtud de lo anterior, desde el paradigma de la autonomía como criterio rector del concepto material de delito, la criminalización de la defraudación tributaria es algo perfectamente posible (y, de hecho, deseable). El fraude impositivo constituye el quebrantamiento de un deber de cooperación, cuya imposición está justificada por la concurrencia de una situación excepcional y fundamentado en un principio de solidaridad intersubjetiva para con la Hacienda Pública.⁹⁴⁵ Pero en ello radica, precisamente, el déficit de legitimidad retributiva de esa norma de conducta. Esta deficiencia, vale aclarar, no proviene de la escasa importancia de la institución ni del hecho de que esta se proteja de forma anticipada. El déficit radica en que los deberes que impone esa norma de comportamiento son de carácter excepcional y exclusivamente fundados en un principio de *solidaridad intersubjetiva*. En mi opinión, esta característica ha sido reconocida, al menos de modo indirecto, por el Tribunal Constitucional español. Según sostiene este Tribunal, el *tipo penal* y la *infracción tributaria* comparten una misma antijuridicidad material, exclusivamente asentada en el quebrantamiento del deber general de contribuir solidariamente al sostenimiento de las cargas públicas.⁹⁴⁶

Según creo, con lo expuesto resulta suficiente para dar cuenta del punto de partida previamente mencionado: independientemente de cuál sea la orientación teórica que se siga para fundamentar la punibilidad de la defraudación tributaria, la norma de comportamiento quebrantada por el defraudador adolece de un déficit de legitimidad retributiva. Según dijimos, esta premisa teórica es la base para dar cuenta de la lógica flexibilidora que rige en materia penal tributaria y que, a la postre, ha llevado al legislador a la introducción de un instituto excepcional como la regularización tributaria. A partir de aquí, cerramos las consideraciones relativas al delito de defraudación tributaria y, en el Apartado siguiente, comenzamos con el análisis de la estructura, el fundamento y la naturaleza jurídica de la regularización tributaria.

⁹⁴⁴ SAFFIE, *Taxes as Practices of Mutual Recognition*, Tesis doctoral inédita, 2013, p. 167, disponible en <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/9589/Saffie2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. El resaltado me pertenece.

⁹⁴⁵ En este sentido, SIMÓN ACOSTA, *El delito de defraudación tributaria*, 1998, pp. 24 ss., ha puesto de relieve que, mediante la criminalización de la defraudación tributaria, se busca proteger el cumplimiento de un deber de colaboración, fundamentado en la solidaridad social, de manera tal que el ataque se produce contra «*el derecho-deber de solidaridad ciudadana que constituye el fundamento del sistema tributario*». Por tanto, la protección que se dispensa al patrimonio público es, en verdad, una consecuencia indirecta.

⁹⁴⁶ STC 50/1995: «*la solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas [...] conlleva, con la generalidad de la imposición, la proscripción del fraude fiscal, como una de las modalidades más perniciosas y reprochables de la insolidaridad en un sistema democrático*».

IV. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA: ESTRUCTURA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. El contenido estructural de la regularización tributaria (breve esbozo)

Según hemos adelantado en el Apartado II, la regularización tributaria constituye, en términos generales, un comportamiento posterior a la consumación material de un delito de defraudación tributaria que acarrea la total impunidad para el agente responsable del mismo.⁹⁴⁷ Dado que se trata de un instituto indudablemente vinculado al sistema tributario, la concreta regulación que cada Estado hace del mismo presentará particularidades propias. Sin embargo, como veremos a continuación, un breve repaso por algunos de los ordenamientos jurídicos que la contemplan, demuestra la presencia de elementos comunes. Esto permite hablar de una cierta «estructura básica» del instituto y, para exponerla, recurrimos ahora a los textos legales vigentes en España, Alemania y Austria.

El art. 305. del CPE establece que

*«(1) El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal [...] eludiendo el pago de tributos [...], siempre que la cuantía de la cuota defraudada [...] exceda de ciento veinte mil euros **será castigado** con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, **salvo que hubiere regularizado** su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».*

*«(4) Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido **por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que [...] se le haya notificado** el inicio de actuaciones de comprobación o investigación [...] o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieren producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración interponga querrela o denuncia [...], o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».*

En Alemania, inmediatamente después de tipificar la defraudación tributaria (en el §370), la *Abgabenordnung* dispone en su § 371:

*«(1) Quien ante la Agencia Tributaria **rectifique** la información incorrecta, **complemente** la información incompleta o **aporte** la información omitida, en su totalidad y por todos*

⁹⁴⁷ La singularidad del instituto se refleja, como veremos luego, en el profuso debate doctrinal y jurisprudencial existente en torno a su naturaleza jurídica y fundamento. Con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2012, el legislador intentó –como veremos, sin éxito– poner fin a esa discusión, y aprovechó la oportunidad para introducir algunos cambios en el texto legal que aplacaran ciertas discusiones dogmáticas en torno a sus requisitos.

los delitos fiscales de un tipo de impuesto, **no será castigado** con arreglo al § 370 por estos delitos fiscales.

«(2) La exención de pena **no se aplicará** si alguno de los delitos fiscales **ya ha sido descubierto**, en todo o en parte, en el momento de la rectificación, la complementación o la aportación y el autor **conocía** o, según una evaluación razonable de los hechos, **debió haber conocido** esta circunstancia,

(3) Si ya se han producido reducciones en los tributos o se han obtenido ventajas fiscales indebidas, el interviniente en el hecho solo quedará exento de pena **si paga** los impuestos evadidos [...], los intereses previstos en el artículo 235 y los intereses previstos en el artículo 233.a [...].».

En Austria, la *Finanzstrafgesetz* dispone en su § 29:

«(1) Quien haya cometido de modo culpable un delito financiero, **quedará exento de castigo** en la medida en que **revele su infracción** (autodenuncia) [...].».

(2) Cuando la infracción haya dado lugar a una reducción de las contribuciones u otra pérdida de ingresos, la exención de pena solo se aplicará en la medida en que las circunstancias pertinentes para establecer la reducción o la pérdida de ingresos se **revelen** a la autoridad sin demora y, en el plazo de un mes, se **paguen** efectivamente en su totalidad las cantidades resultantes adeudadas»

(3) No se aplicará la exención de pena: a) si al momento de la autodenuncia se han realizado ya **actos de persecución** [...] contra la persona que denuncia el delito, contra otras personas involucradas en el delito o contra el delito; o b) Cuando, en el momento de la autodenuncia, el delito ya ha sido **descubierto total o parcialmente** en lo que respecta a sus elementos objetivos y la persona que hace la declaración **tuviera conocimiento** de ello [...]; o c) si, en el caso de un delito financiero doloso, la autodenuncia no se hace al principio del acto oficial que tiene lugar con ocasión de una inspección, examen, liquidación o auditoría de libros o registros por parte de las autoridades fiscales; o d) si ya se ha hecho autodenuncia alguna vez con respecto a la misma reclamación de impuestos, excepto para los pagos por adelantado.

Como dijimos, en la medida en que se prescinde de los detalles concretos de cada regulación legal, se hace posible hablar de una cierta «*estructura de la regularización tributaria*», compuesta por *dos clases* de elementos: *acciones* y *requisitos modales*. En efecto, la concesión de impunidad requiere:

1. La realización de determinados *comportamientos*, a saber: **[a]** el completo reconocimiento y **[b]** pago de la deuda tributaria;

Con la reforma del año 2012, la legislación española introdujo a este respecto dos modificaciones de relevancia. Dado que el texto legal anterior no lo requería,⁹⁴⁸ un sector minoritario de la doctrina se pronunciaba a favor de considerar regularizada la situación fiscal sin necesidad de exigir que el obligado tributario realizara pago alguno (ni siquiera parcial).⁹⁴⁹ Con la reforma, el legislador español zanjó definitivamente la discusión a favor de doctrina mayoritaria: la regularización tributaria solo procede cuando el propio obligado tributario, de forma espontánea, *reconoce y paga*.⁹⁵⁰ En segundo lugar, el legislador estableció, como objeto de referencia de la regularización, la «*deuda tributaria*» (art. 58 LGT española) –no solo de la «*cuota defraudada*» (art. 56 LGT española)–,⁹⁵¹ de modo que ahora se exige el abono de una suma más amplia que la defraudada (que debe incluir también los intereses de demora y los recargos pertinentes).

2. Bajo determinados requisitos de *forma*, esto es: [c] *antes de conocer* la existencia de un procedimiento (administrativo o judicial) contra él dirigido y [d] *por el obligado tributario*.⁹⁵²

El legislador español mantuvo, sin cambios, la exigencia de voluntariedad. A este respecto, el art. 305.4 CPE establece tres actuaciones del Estado que tienen capacidad para «bloquear» los efectos eximentes de la regularización. Las así denominadas *causas de bloqueo* pueden dividirse, a grandes rasgos, en dos grupos: 1) Aquella que tiene lugar en sede Administrativa, a saber, la notificación del inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas objeto de

⁹⁴⁸ El art. 305.4 establecía que «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria [...] antes de que se le haya notificado [...] la iniciación de actuaciones [...]», pero no definía cuándo se consideraba regularizada la situación fiscal.

⁹⁴⁹ Según este sector, dicha exigencia no resultaba fundamentada ni como mecanismo de compensación del desvalor de acción ni como mecanismo reparador del desvalor de resultado de la defraudación; cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 93 ss., con ulteriores referencias.

⁹⁵⁰ La modificación introducida, al menos en este punto, sitúa el texto español en relación de concordancia con lo exigido por otros ordenamientos (p. ej., con la *strafbefreiende Selbstanzeige* del § 371 AO alemán) y resulta acorde a lo que ya venía sosteniendo la jurisprudencia y doctrina española mayoritaria (véase SSTS 539/03, 636/2003, 192/2006, 611/2009 y 340/2012). Al respecto, la Circular 2/2009 FGE jugó un papel trascendental, pues reforzó sustancialmente el criterio jurisprudencial. En esta posición se sostenía que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo, no basta con que, a través de la declaración complementaria, el sujeto declare correctamente; es imprescindible que pague la deuda tributaria.

⁹⁵¹ El legislador español indicó, en el preámbulo de la LO 7/2012, que con la exigencia del «*pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria*», la regularización neutralizaría completamente el desvalor de resultado y, por ello, pretendía modificar su naturaleza y transformarla en un elemento negativo del tipo. Los problemas dogmáticos de esta postura llevaron a que, finalmente, el legislador optara por una calificación extraña: la regularización haría «*desaparecer el injusto*». Como veremos en el punto siguiente, esa pretensión legislativa es dogmáticamente inviable. Véase, entre otros, GÓMEZ LANZ, «Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del art. 305 del Código Penal mediante LO 7/2012», *RDPC* (1), 2013, pp. 66 ss.

⁹⁵² En orden a su extensión y tecnicismos, no se ha transcritto aquí el texto del § 371.2 (inc. 1. -a.b.c.d.e-, 2, 3 y 4), correspondiente a las denominadas “causas de bloqueo” y que fueron introducidas en 2017.

regularización; 2) Aquellas que tienen lugar en sede judicial, como la interposición de querrela o denuncia y la realización de actuaciones que permitan al obligado adquirir conocimiento formal sobre la existencia de diligencias judiciales.⁹⁵³ Respecto del segundo requisito, a partir de la reforma, el legislador español introdujo la expresión «obligado tributario», con lo que parece dar cuenta del sentir de la opinión mayoritaria: la regularización debe ser personalmente imputable al agente responsable de la previa defraudación.⁹⁵⁴

2. Fundamento y naturaleza jurídica de la regularización tributaria

La introducción de la regularización tributaria en Derecho penal, hemos dicho, supone un desafío teórico de considerable entidad: es preciso explicar por qué un comportamiento posterior a la consumación material de un delito exime de pena por ese delito (y otros delitos conexos) al autor y, según sostiene gran parte de la doctrina, también a los partícipes. Precisamente por ello, desde que se incorporó al ordenamiento jurídico-penal, la doctrina se embarcó en un profuso debate respecto de su fundamento y naturaleza jurídica. Y cuando parecía haber llegado un período de relativa calma, se produjeron cambios legislativos (en España y Alemania) que reavivaron nuevamente la discusión.⁹⁵⁵ A continuación, hacemos un repaso crítico de las diversas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia.

Una aclaración al respecto: en el Derecho español, el objeto de la discusión es un poco más amplio, pues comprende la naturaleza jurídica, fundamento y ubicación dogmática del instituto. En Alemania, el foco del debate gira alrededor del *fundamento* de la regularización. Respecto de su naturaleza jurídica –hasta donde alcanzo– existe un acuerdo doctrinal y jurisprudencial prácticamente unánime: la *Selbstanzeige* es un comportamiento posterior a un hecho formal y materialmente consumado.⁹⁵⁶ En relación con la ubicación dogmática del instituto, la cuestión se reduce a dos alternativas. La autodenuncia puede concebirse como una causa personal de *supresión* de la pena (*persönliche Strafaufhebungsgrund*), como sostiene la doctrina mayoritaria, o puede

⁹⁵³ Según la doctrina dominante, la apreciación de los parámetros fijados por el legislador debe hacerse, mediante un *criterio estrictamente formal*: para considerar ‘voluntaria’ la regularización, no interesa el conocimiento material que el sujeto tenga respecto de la existencia de las actuaciones; y a la inversa: la voluntariedad queda eliminada automáticamente cuando dichas causas de bloqueo le hayan sido formalmente notificadas al sujeto.

⁹⁵⁴ Dado que la posición mayoritaria considera a la defraudación tributaria como un delito especial propio, la utilización del término «obligado tributario» no puede dejar lugar a dudas sobre este punto. En este sentido, si únicamente puede considerarse como autor de una defraudación tributaria al sujeto obligado al pago del tributo, entonces la exigencia de que sea el propio obligado tributario quien regularice, necesariamente, lo identifica con el autor de la defraudación previa.

⁹⁵⁵ Me refiero a la reforma introducida por la LO 7/2012 en España y la sanción de la *Schwarzgeldbekämpfungsgesetz* del año 2011, en Alemania.

⁹⁵⁶ Véase, con mayores referencias, JOECKS/JÄGER/RANDT, *Steuerstrafrecht*, 9ª ed., 2021, § 371. Para el debate sobre el fundamento jurídico del instituto, fundamental, WAGNER, *Legitimationsprobleme des Rechtsinstituts der strafbefreienden Selbstanzeige*, 2017.

concebirse como una causa personal de *exclusión* de la pena (*Strafausschließungsgrund*). En el primer caso, su efecto radica en eliminar la posibilidad previamente surgida de imponer pena; en el segundo, se afirma que esa posibilidad nunca nació.⁹⁵⁷

2.1. La naturaleza jurídica

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del instituto podrían clasificarse en dos grandes grupos. Por un lado, quienes sostienen que la regularización impide la configuración del delito de defraudación tributaria, deberían conceptualizarla como un *presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento*. Por otro, quienes afirman que se trata de un comportamiento post-delictivo, deberían asumir que se trata de un *presupuesto negativo de la norma de sanción*. Desde el punto de vista sistemático y dentro del primer grupo, hay quienes entienden la regularización como (a) un elemento negativo del tipo, mientras que otros afirman que se trata de (b) una causa de exclusión de la antijuridicidad sobrevenida. Dentro del segundo, hay quienes ven en la regularización tributaria (c) una causa de extinción de la responsabilidad penal, mientras que otros afirman que se trata de (d) una causa de supresión o levantamiento de la pena.

a. La regularización como elemento negativo del tipo de defraudación tributaria

Cierta parte de la doctrina española afirma que la regularización constituye un elemento negativo del tipo (legal) de defraudación tributaria.⁹⁵⁸ En términos generales, estos autores afirman que el obligado tributario, al regularizar la deuda, actúa antes de la consumación del fraude. El instituto se identifica, entonces, con el desistimiento voluntario de la tentativa de defraudación: la regularización tributaria evita o impide la consumación de la defraudación.

Para fundamentar esta tesis, generalmente se recurre a argumentos asentados en una interpretación histórica, en concreto, al texto del Anteproyecto de Ley de reforma y la exposición de motivos. En ese texto, debe reconocerse, el legislador dejó expresamente plasmada su voluntad de transformar la regularización en un elemento negativo del tipo legal de defraudación tributaria. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, «[u]na primera modificación [...] es [...] que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria [...]». De hecho, esta circunstancia explica, precisamente, que la **primera redacción** que

⁹⁵⁷ Véase, con mayores referencias, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370^a. S.3 AO*, 2006, pp. 165 ss.; AL HAMWI, *Die strafbefreiende Selbstanzeige...*, pp. 24 ss.

⁹⁵⁸ Destacan, entre otros, MUÑOZ CUESTA, «La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012», *Revista Aranzadi* (11), 2013, pp. 37 ss.; ÁLVAREZ MORENO, «Los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Tribuna Social* (67), 1996, pp. 38 ss. Para mayores referencias, véase BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, 2016, pp. 107 ss.

se le dio al art. 305.1 en ese Anteproyecto, estableciera: «*el que [...] defraude a la Hacienda Pública [...] y no hubiere regularizado, será castigado con una pena de prisión [...]*». Como es evidente, la «no-regularización» estaba situada en el supuesto de hecho del enunciado legal, lo que hace pensar que la intención era concebirla como un elemento negativo del tipo legal. Sin embargo, la interpretación histórica debe ser completa: esta pretensión fue posteriormente abandonada por el propio legislador, entre otras cosas porque los dos argumentos que se esgrimían en su favor no solo eran incorrectos, sino que desaparecieron desde el punto de vista pragmático. Este abandono, como veremos luego, quedó plasmado en el texto legal que fue finalmente aprobado: la «no-regularización» fue trasladada del supuesto de hecho a la consecuencia jurídica del enunciado legal.

El principal argumento radicaba en que, si se transforma a la regularización en un elemento negativo del tipo, la propia Administración podría apreciar la *inexistencia de un delito* y, de ese modo, evitar la formulación de denuncias innecesarias.⁹⁵⁹ Esa argumentación es, desde mi punto de vista, incorrecta ya en sus fundamentos: aun cuando la regularización se configure como un elemento negativo del tipo, se trata de un instituto complejo que está inserto en el sistema jurídico-penal. Appreciar la concurrencia o no concurrencia de un tipo penal no es algo que pueda dejarse en manos del ente administrativo-fiscal.⁹⁶⁰

Un segundo argumento tiene que ver con la existencia del delito precedente en el (auto)blanqueo de capitales. Dado que la reforma del tipo coincidió con la sanción de la Ley de Amnistía Fiscal (cuya constitucionalidad está francamente comprometida), el legislador albergaba el temor siguiente: quienes estuvieran en condiciones de acogerse a esa amnistía, no lo harían si ello suponía un riesgo serio de ser perseguidos por un delito de blanqueo. De hecho, esta fue la verdadera causa por la que el legislador se tomó la licencia «dogmática» de afirmar que la regularización era el «*reverso del delito*» de defraudación tributaria. Ahora bien, este argumento puede ser cierto en relación con la motivación del legislador; pero desde un punto de vista legal y teórico puede ser ampliamente criticado y rebatido. Incluso cuando la regularización configure una causa de supresión de la pena y no afecte el injusto culpable de la defraudación previa, eso no autoriza a concluir (automáticamente) la existencia de delito precedente en los términos requeridos por tipo de blanqueo de capitales. La pregunta de si la defraudación tributaria puede concebirse como actividad delictiva antecedente *a efectos* del blanqueo está, en

⁹⁵⁹ Este argumento fue expresamente mencionado en la Exposición de Motivos de la LO 7/2012.

⁹⁶⁰ Pero además, en cualquier caso, esto ha perdido toda relevancia: incluso cuando los hechos objeto de investigación revistan el carácter de delito y siempre que se haya regularizado la deuda en los términos del 305.4 CPE, el art. 180.2 de la LGT permite a la Administración continuar con el procedimiento administrativo sin necesidad de pasar tanto de culpa a la autoridad judicial. Esta forma de proceder es, como bien destaca la doctrina, independiente y compatible con entender a la regularización como un elemento negativo del tipo, una causa exclusión del injusto, de levantamiento de la pena o de extinción de la responsabilidad penal. Véase FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, pp. 301 ss.; GÓMEZ LANZ, *RDPC* (1), 2013, pp. 75 ss.

cierto punto, mal formulada.⁹⁶¹ Lo que debe analizarse, a fin de proporcionar un ámbito de aplicación racional al delito de *autoblanqueo*,⁹⁶² es la *relación concursal* entre ambos preceptos. Sobre el particular, no cabe detenerse ahora.⁹⁶³

Al margen de la discusión legislativa, la consecuencia dogmática más importante de adoptar esta tesis radica en que nos obliga a modificar la interpretación sobre la consumación del delito de defraudación tributaria.⁹⁶⁴ En este modelo y a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, la consumación del delito no podría tener lugar con la presentación de la declaración engañosa, tampoco con el cumplimiento del plazo del período voluntario para el ingreso, ni siquiera con el pago de la deuda fraudulentamente determinada (menor a la realmente debida). Más bien, la consumación del tipo exigiría la no regularización de la deuda; o más preciso: la pérdida de la oportunidad normativa para regularizar, de modo que dicha consumación tendría lugar con la concurrencia de los actos investigativos que «*bloquean*» la posibilidad de regularizar la deuda.⁹⁶⁵ Relacionado con la cuestión anterior, debe recordarse el

⁹⁶¹ Si se responde afirmativamente y se aplica de forma irrestricta, nos encontramos con consecuencias problemáticas. En primer término, es discutible que, en el caso de la defraudación tributaria, nos encontremos ante ganancias procedentes de una actividad ilícita. La cuota defraudada procede, estrictamente hablando (y salvo que se interprete que la cuota ha pertenecido desde su origen al Estado), de actividades plenamente lícitas (véase DÍAZ y GARCÍA de CONLLEDO, «¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?», en DEMETRIO CRESPO (dir.)/ MAROTO CALATAYUD (coord.), *Crisis Financiera y Derecho penal económico*, 2014, pp. 626). En segundo lugar, la mera posesión de la cuota defraudada configuraría un delito de blanqueo, de modo que habría de concluirse la posibilidad de cometer blanqueo incluso antes de consumado el tipo de defraudación tributaria.

⁹⁶² La doctrina y la jurisprudencia reciente han señalado la necesidad de una interpretación restrictiva. En esta línea, MARTÍNEZ-ARRIETA, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, 2014, p. 81, distingue entre un autoblanqueo «verdadero» y uno «falso»; y el Tribunal Supremo (STS 265/2015, de 29 de abril) ha afirmado que: «*el art. 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor [...] a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de [...] considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impaga en un delito fiscal [...]*».

⁹⁶³ Al respecto, véase DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *RGDP* (26), 2016.

⁹⁶⁴ Debe recordarse aquí que la doctrina española distingue los momentos consumativos del tipo de defraudación tributaria según se trate de elusión de pago, obtención indebida de devoluciones o disfrute indebido de beneficios fiscales. En relación a lo primero y en caso de tributos de autoliquidación por parte del obligado (p. ej., IRPF), la consumación se produce al momento de presentar la declaración mendaz o al finalizar el plazo del período voluntario de ingreso; en caso de tributos con acto administrativo de liquidación, la consumación se produciría cuando el sujeto abona la cantidad que, conforme a la declaración mendaz previamente presentada, aparentemente debía. En relación a lo segundo, parece ser mayoritaria la doctrina que exige una efectiva liquidación de la cantidad solicitada por el obligado. Por último, en caso de disfrute indebido de beneficios fiscales, la doctrina distingue: en caso de tributo autoliquidado, la consumación tendrá lugar al vencimiento del período impositivo; en caso de tributo con acto administrativo de liquidación, la doctrina discute si la consumación se produce ya en el momento en que se dicta la resolución que concede el beneficio o, por el contrario, se retrasa hasta el efectivo disfrute del mismo. Al respecto, véase MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 6ª ed., 2019, pp. 686 ss.

⁹⁶⁵ MARTÍNEZ HORNERO, «Delito fiscal y regularización tributaria», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios y casos prácticos* (170), 1997, pp. 3 ss. En el mismo sentido,

problema, reiteradamente señalado por la doctrina, del cómputo del plazo de prescripción. Concebir la regularización como elemento negativo del tipo de defraudación, deja suspendida la consumación del delito, con lo cual comienzo de dicho plazo de prescripción se retrasa de forma indefinida. En efecto y en la medida en que no se inicie procedimiento administrativo o judicial alguno, el tipo no se consuma, por lo que la situación queda en un estado de incertidumbre total.

Este modelo, además, adolece de otros problemas dogmáticos. El primero de ellos se relaciona con la teoría del error: aceptar que la regularización es un elemento negativo del tipo objetivo nos obligaría a reconocer que, si el autor yerra sobre la concurrencia de los requisitos para la regularización (asume que están presentes cuando no lo están), debe afirmarse la falta de tipicidad.⁹⁶⁶ A decir verdad, esta objeción no es más que la consecuencia dogmática que se produce, a nivel de tipo subjetivo, cuando sobrecargamos el tipo objetivo: todo lo que allí introducimos (ahora, la no-concurrencia de una causa de bloqueo), deberá ser abarcado por el dolo de la defraudación. En segundo lugar, se modifica completamente la estructura dogmática del delito de defraudación tributaria. Si la regularización es un elemento negativo del tipo, entonces la defraudación se convierte en una especie de delito de omisión de garante por injerencia derivada de un acto atípico; con ello, el comportamiento objeto de la norma no es defraudar (ya no se trata de una norma prohibitiva), sino dejar de regularizar lo defraudado (se convierte en una norma de mandato).

Por último, cabe mencionar la incompatibilidad de esta idea con el actual texto del preámbulo y de la norma respectiva. Respecto de lo primero, el legislador afirma que el objeto de referencia de la regularización es una «*defraudación consumada*»; no una tentativa de defraudación. En relación con lo segundo, si bien es cierto que la regularización tributaria se mantuvo dentro del texto del art. 305.1 CPE, también lo es que modificó sustancialmente su ubicación. Como ya adelantamos, en lugar de respetar la redacción del Anteproyecto que situaba el instituto en el supuesto de hecho, el texto finalmente trasladó la regularización a la consecuencia jurídica del enunciado legal. La primera redacción del Anteproyecto expresaba: «*el que [...] defraude [...] y no hubiere regularizado, será castigado con una pena de prisión [...]*»; la redacción definitiva sostiene: «*el que [...] defraudare [...] será castigado [...] salvo que hubiere regularizado [...]*». Ese cambio, indudablemente, parece sugerir que la regularización no afecta la defraudación cometida sino a la posibilidad de imponer pena.⁹⁶⁷

MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi* (11), 2013, p. 44. Sin embargo, este autor reconoce el carácter «*extremadamente extraño*» de esta situación.

⁹⁶⁶ Esta conclusión ha sido rechazada por la doctrina. Sobre el particular, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte Especial*, t. III, p. 1512; HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 31.

⁹⁶⁷ Sobre el particular, puede consultarse el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial. Véase también, FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, p. 302; GÓMEZ LANZ, *RDPC* (1), 2013, p. 70; SÁNCHEZ-

Advirtiendo los problemas señalados, un sector de la doctrina española ha formulado una propuesta teórica interesante: distinguir entre *consumación provisional* y *definitiva* del delito de defraudación tributaria.⁹⁶⁸ Esta línea, sostenida inicialmente por MUÑOZ CUESTA, entiende a la defraudación tributaria como un «*delito en estado latente*», un «*injusto aparente [y] provisionalmente consumado*».⁹⁶⁹ La consumación definitiva del delito, en cambio, solo se produce en el momento en que se cierra la posibilidad de regularizar la deuda de forma voluntaria. En lo sustancial, esta parece ser también la postura defendida por LANDERA LURI, quien concibe a la regularización como una «*acción contratípica... un desistimiento en la fase de injusto post-típico*».⁹⁷⁰ Y en un sentido similar, pero con ciertos matices, COCA VILA parece conceder a la regularización tributaria «*fuerza excluyente del injusto*» provisionalmente consumado. Según este autor, dicho comportamiento configura un «*desistimiento postconsumativo*» que haría «*desaparecer [el] injusto aparente y, con ello, el merecimiento de pena*».⁹⁷¹

Sin embargo, a los efectos prácticos y consecuencias sistemáticas, esta forma de concebir a la regularización no necesariamente significa, según el último autor, trasladar la consumación del delito al momento del descubrimiento de la defraudación. Dicho de otro modo: para la extracción de consecuencias sistemáticas, debe tomarse como momento consumativo a la consumación provisional de la defraudación tributaria.

Como dijimos y al margen de los matices que cada modelo presenta, el punto común de todos estos autores es afirmar que la consumación del tipo de defraudación tributaria debe subdividirse en dos consumaciones, cada una con efectos jurídicos diferentes. Por un lado, una primera *consumación provisional* que [se produce con la presentación de la declaración mendaz o vencimiento del plazo y] da lugar a un *injusto aparente*. Por otro, una segunda *consumación definitiva* que [se produce con la actividad investigativa

OSTIZ, *La exención...*, 2002, pp. 157 ss.; ALONSO GALLO, «El delito fiscal tras la ley orgánica 7/2012», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, pp. 15 ss.

⁹⁶⁸ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret* (1), 2015, aplicaron esta distinción al delito de administración desleal.

⁹⁶⁹ MUÑOZ CUESTA, «La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012», *Revista Aranzadi Doctrinal* (11), 2013, pp. 37 ss.

⁹⁷⁰ Para la autora, se puede hablar aquí de un «*menor injusto global, dada la contraposición de la acción de Regularización a la acción defraudatoria típica inicial*», LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas*, 2018, pp. 107 y 188. Como puede advertirse, no se trata de un elemento negativo del tipo, sino de una especie de desistimiento postconsumativo. Sin embargo, no señala qué dimensión o categoría del injusto afectaría ese desistimiento ni qué relación guarda para con la consumación del tipo de defraudación. En este sentido, también DE LA MATA BARRANCO, «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones viejas y nuevas, todavía controvertidas», *RGDP* (26), 2016, p. 31, la define como «*una especie de causa de atipicidad sobrevenida*».

⁹⁷¹ En este sentido, afirma que *el «objeto de valoración en el delito fiscal no se limita, pues, al primer momento de relación puntual del obligado con su deber tributario, sino que descansa sobre una –más compleja– valoración del posicionamiento global y definitivo de aquel frente a su obligación de contribuir al sostenimiento de la Hacienda Pública»*. Véase COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones...*, 2020, p. 595.

desarrollada por el Estado –las «*causas de bloqueo*»– y] da lugar al *verdadero injusto* de defraudación tributaria, frente al cual cabe ya reaccionar con pena. A partir de esta idea, se afirma que el *injusto aparente* de defraudación tributaria, aquel que solo está provisionalmente consumado, todavía puede ser desistido. Por esa razón, la regularización tributaria consistiría en un «*desistimiento postconsumativo*», un comportamiento que tiene lugar en una fase *post-típica* pero que goza de fuerza excluyente del injusto aparente. Por el contrario, una vez que concurren las causas de bloqueo, se produce la consumación definitiva y el injusto pierde su carácter aparente; por tanto, ya no puede ser desistido mediante regularización.

La propuesta es interesante y, sin embargo, tengo dudas respecto de esta noción de *injusto aparente y provisional* (que es la base de la distinción entre los dos momentos consumativos). En primer término, cabe preguntarse si este injusto provisionalmente consumado puede caracterizarse como «*aparente*». Según afirma COCA VILA, «*la libre regularización [...] supone un acto plenamente idóneo para compensar el cuestionamiento previo de la obligación de contribuir en el mantenimiento de la institución*». ⁹⁷² El injusto precedente, entonces, constituye un verdadero cuestionamiento de la norma, en la medida en que genera merecimiento de pena que necesita ser compensado a través de la regularización. En segundo término, cabe preguntarse por el carácter *provisionalmente consumado* de ese injusto aparente (recuérdese que la consumación definitiva solo se produce con las causas de bloqueo). Aquí, según creo, puede formularse la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando el cuestionamiento de la norma que genera merecimiento de pena –la defraudación provisionalmente consumada– nunca es investigada ni descubierta por el Estado? Habría que concluir aquí que, sin la intervención investigativa del Estado, el injusto nunca saldrá de su estado provisional, permanecerá en *estado latente* por siempre, pues su consumación definitiva nunca tendrá lugar. En tercer lugar, asegurar que la regularización hace desaparecer el injusto (provisionalmente) consumado puede acarrear consecuencias político-criminales indeseadas. Piénsese en el caso del administrador que, luego de haber defraudado, pierde su condición de representante del obligado tributario y es suplantado por un nuevo administrador que regulariza la deuda. El primer administrador se vería beneficiado por esa regularización, pues el injusto provisional por el debería ser castigado, ha desaparecido. Por último, y a pesar de que será objeto de tratamiento posterior, es dable mencionar lo siguiente: en la medida en que subdividimos la consumación, parece obligado distinguir dos clases de desistimiento. Por un lado, el desistimiento de la tentativa de defraudación y, por el

⁹⁷² COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones...*, 2020, p. 595. El destacado es propio.

otro, el desistimiento post-consumativo mediante regularización tributaria. Como veremos luego, esta distinción puede acarrear ciertas contradicciones valorativas.⁹⁷³

En definitiva, no estoy seguro de que esta distinción entre «*injusto aparente y provisionalmente consumado*» e «*injusto real y definitivamente consumado*», nos aporte demasiado, pues todas las consecuencias dogmáticas se vinculan al acto de defraudación provisionalmente consumada. Como consecuencia, la regularización tributaria se conceptualiza como un elemento negativo del tipo de injusto de la defraudación (en sentido global) cuando, en verdad, su consecuencia jurídica no va más allá de bloquear la posibilidad de imponer pena. Según creo, para explicar eso, no hace falta subdividir la consumación, crear dos conceptos de injusto y dos clases de desistimiento; basta con asignarle a la regularización una naturaleza jurídica distinta.

b. La regularización como causa sobrevenida de exclusión de la antijuridicidad

Un sector visiblemente minoritario de la doctrina española (entre los que destacan ALONSO GALLO y QUERALT JIMÉNEZ)⁹⁷⁴ entiende que, si se atiende al «*espíritu del legislador*»,⁹⁷⁵ la regularización tributaria debe considerarse una causa de exclusión de la antijuridicidad. Sin embargo y en mi opinión, ninguno de estos autores logra explicar, de modo satisfactorio, cómo es que un comportamiento posterior a la consumación puede eliminar, con efecto retroactivo, el carácter antijurídico del hecho delictivo. El intento de ALONSO GALLO, quien fundamenta su posición recurriendo a una distinción entre antijuridicidad formal y material (paralela a la anterior distinción entre consumación provisional y definitiva), no resulta del todo convincente.⁹⁷⁶ En términos dogmáticos, esto equivale a afirmar que un tipo consumado puede ser *formalmente antijurídico*, pero que su *antijuridicidad material* se concreta solo cuando se cierra la posibilidad de regularizar. Esto significa: la defraudación tributaria solo se vuelve materialmente lesiva a partir del momento en que el Estado comienza con las actuaciones tendientes al descubrimiento de la misma. Frente a ello, puede replantearse la pregunta ya formulada a la posición anterior: una defraudación que el Estado pasa por alto, ¿nunca será materialmente antijurídica?

⁹⁷³ Véase *infra*, Apartado IV, punto 2.2.b (pp. 361 ss.)

⁹⁷⁴ ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (34), 2013, p. 19; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 3ª ed., 1995, pp. 638 ss.; EL MISMO, «Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal (LO 6/1995, 29 de junio)», *Economist & Jurist* (16), 1995, pp. 61 ss.

⁹⁷⁵ Es cierto que, según la exposición de motivos, el objetivo declarado del legislador español es que la regularización tributaria haga «*desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación*». Sucede que, a pesar de sus intenciones y como se pone de relieve en este trabajo, desde el punto de vista dogmático no es posible explicar cómo es que esa *desaparición* puede tener lugar.

⁹⁷⁶ Según ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (34), 2013, p. 19: «*desde la perspectiva no normativa, sino material, el hecho formalmente antijurídico [...] no es antijurídico materialmente, ya que la lesión provisional del bien jurídico protegido no ha llegado a materializarse*».

El esquema teórico propuesto por este autor, además, plantea una dificultad adicional pues considera la regla del art. 305.4 CP como una verdadera norma permisiva: una vez «*la defraudación [está] consumada, [si] se produce la regularización [...]*» entonces «*el hecho típico resulta justificado, al estar amparado por una norma (la del art. 305.4 CP) que excepcionalmente permite su realización*». ⁹⁷⁷ Para afirmar que la regularización tributaria es una verdadera norma permisiva, entiendo, debería precisarse cuál es la situación de conflicto que viene a solucionar esa norma y qué consecuencias dogmáticas genera esto para el ámbito de la justificación penal. Respecto de lo primero, parece difícil afirmar que el comportamiento defraudatorio precedente, plenamente imputable al obligado tributario, pueda dar lugar a una situación de conflicto cuya solución tenga lugar en el ámbito de la justificación penal. Y esto porque, respecto de lo segundo, la concesión al autor de un verdadero derecho (o permiso fuerte, si se quiere) necesariamente generaría un deber de tolerancia correlativo en los terceros, aun cuando solo sea fundamentado en un mínimo de solidaridad intersubjetiva. Sin embargo, deberes de tolerancia así fundamentados no pueden tener origen en una situación de necesidad provocada, de forma dolosa, por el propio agente necesitado. ⁹⁷⁸ En todo caso, podría tratarse de una situación de necesidad que no genera deberes de tolerancia, pero entonces ya no estaríamos dentro del marco de la justificación, sino de la exculpación. ⁹⁷⁹

Pero incluso cuando no se la entienda como norma permisiva, es problemático afirmar que la defraudación regularizada quede amparada por una causa de justificación. En efecto, si se trata del ejercicio legítimo de un derecho y en la línea de la objeción apuntada por BACIGALUPO, ⁹⁸⁰ creo que estamos ante una institución «*lógicamente imposible*», pues el comportamiento autorizado por una causa de justificación no puede originarse en la realización previa de una acción típica por parte del mismo agente. Dicho en breve: quien lleva a cabo una acción típica y dolosa resulta gravado con deberes y no beneficiado con permisos de actuación.

c. La regularización como causa de extinción de la responsabilidad criminal

Según sostiene GÓMEZ LANZ, la regularización tributaria no puede hacer desaparecer el injusto de la defraudación, pues dicha regularización «*se produce respecto de una conducta que cabe legalmente calificar como un ilícito penal*» y, por tanto, no es posible considerar que este ilícito «*nunca existió*» sin violentar el principio de contradicción. Dicho de otro modo: al igual que sucede con el desistimiento y la

⁹⁷⁷ ALONSO GALLO, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (34), 2013, p. 19.

⁹⁷⁸ Sobre el particular, WILENMANN, *La justificación...*, 2017, pp. 620 ss.

⁹⁷⁹ Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 221 ss.

⁹⁸⁰ BACIGALUPO, «La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007», *Diario La Ley* (8076), 2013, pp. 1 ss.

tentativa (o la agresión y la defensa necesaria), la regularización presupone conceptualmente la defraudación previa; por lo que su concurrencia solo puede impactar sobre «*los efectos que la ley apareja a la comisión del ilícito penal (en particular su operatividad como presupuesto de la responsabilidad penal)*». ⁹⁸¹ Ahora bien, en relación con su naturaleza jurídica, GÓMEZ LANZ considera a la regularización tributaria como una verdadera *causa de extinción de la responsabilidad penal* no prevista legalmente y, en este sentido, «*adicional a las generales el art. 130 CP*». ⁹⁸² La regularización se describe aquí como un comportamiento que tiene lugar después de la consumación del delito y que, según el uso coloquial del término *extinción*, genera la «*desaparición de la responsabilidad penal*» en la que el sujeto ya había incurrido, de modo similar a lo que sucede cuando se produce la muerte del imputado.

Las objeciones esgrimidas a esta postura tienen que ver con el carácter general (su aplicabilidad a todos los delitos) y taxativo de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, así como también su falta de conexión con la voluntad del autor. ⁹⁸³ Según esta última objeción, la única que a mi juicio tiene entidad decisiva, las causales de extinción de la responsabilidad criminal mencionadas en el art. 130 del CPE, nada tienen que ver con el carácter voluntario del comportamiento del autor del delito y, por tanto, la regularización tributaria no puede considerarse un caso no previsto por el art. 130 CPE. La objeción acierta pero, según creo, requiere ser explicitada en términos suficientemente precisos: a diferencia de las causas de extinción de la responsabilidad, como veremos luego, el fundamento de la regularización tributaria está profundamente conectado a la realización de un *comportamiento voluntario* por parte del autor y al que se le asigna un sentido comunicativo determinado. ⁹⁸⁴ Dicho de otro modo: es cierto que las causas de extinción de la responsabilidad penal generan, en cierto modo, una consecuencia jurídica idéntica a la regularización tributaria, pues

⁹⁸¹ GÓMEZ LANZ, *RDPC* (1), 2013, p. 72; EL MISMO, «Delitos contra la Hacienda Pública: Art. 305.4», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012*, 2013, pp. 843 ss.

⁹⁸² GÓMEZ LANZ, *RDPC* (1), 2013, p. 73. El art. 130.1 CP español enumera –*taxativamente*– los institutos que, si bien no afectan el injusto, extinguen la responsabilidad criminal por el mismo. Se trata de supuestos que no eliminan la existencia ni dimensión alguna del delito. El delito subsiste, pero al sujeto no se le hace penalmente responsable por el mismo, ya sea porque faltan los presupuestos para la responsabilidad (en caso de muerte, prescripción del delito y de la pena), ya porque se considera que dicha responsabilidad se ha agotado (cumplimiento de condena o remisión de la pena) o porque el Estado decide, por diferentes motivos, no hacer uso de su facultad punitiva (indulto y perdón del ofendido). Por tanto, despliegan sus efectos sobre la consecuencia jurídica, es decir, sobre la imposición de la pena.

⁹⁸³ Sobre esta posición y sus objeciones, ampliamente y con mayores referencias, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 141 ss. Véase también GARCÍA PEREZ, «Sobre el estado actual de la punibilidad», *Estudios penales y criminológicos* (39), 2019, pp. 730 s.

⁹⁸⁴ En este sentido, quien sostenga que el fundamento de la regularización está vinculado (en mayor o menor medida) al desistimiento voluntario, no podrá sostener de forma coherente que su naturaleza jurídica es la de una causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues estas nada tienen que ver con el carácter voluntario y espontáneo del comportamiento del autor. Señalando también esta falta de conexión interna con el comportamiento del autor, JÄGER, *Rücktritt...*, 1996, pp. 126 y ss.

ambas impiden al Estado ejercer su poder punitivo. Pero la naturaleza jurídica de un instituto no puede definirse exclusivamente en virtud de las consecuencias jurídicas que su concurrencia acarrea, sino también a la luz de las *razones* por las que esa consecuencia se produce.

*d. La regularización como causa personal de «supresión» o «levantamiento» de pena*⁹⁸⁵

El sector ampliamente mayoritario de la doctrina y jurisprudencia, tanto española como alemana, sostiene que la regularización tributaria es una «*causa personal de levantamiento de pena*».⁹⁸⁶ Afirmado esto, resulta imprescindible determinar qué se entiende por «causas de levantamiento de pena» y cuál es su ubicación sistemática. Comenzaremos por esto último pues, en términos generales, de ello dependen las consecuencias que acarrea su concurrencia. Al respecto y si bien existe una profusa discusión, esta puede ser resumida (en sus grandes rasgos) en la existencia de tres grupos:

a) Quienes *niegan autonomía* categorial a la punibilidad, restringen la definición de delito a la de *injusto culpable*. Por tanto, los institutos que la doctrina considera como causas de levantamiento de pena deben ser *distribuidos* en las categorías conceptuales tradicionales (injusto/culpabilidad). Desde esta perspectiva, cuando concurre una causa de supresión de la pena, en verdad, estaría concurriendo un elemento negativo del concepto de delito. Por esa razón, su concurrencia no supondría suprimir una punibilidad ya surgida, sino más bien un impedimento para que la misma nazca:⁹⁸⁷ la

⁹⁸⁵ A pesar de que ciertos autores la denominan excusa absolutoria (una categoría de origen francés), inmediatamente hacen la aclaración de que se trata de un instituto que opera de forma *posterior a la consumación* del delito. La terminología que utilizaremos aquí es la de «causas de levantamiento de pena» pues, al provenir de la dogmática alemana (*Strafaufhebungsgründe*), resulta más familiar a nuestra tradición jurídica. Véase al respecto, con amplias referencias, FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 211 ss.

⁹⁸⁶ En la doctrina alemana, con ulteriores referencias, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 30 ss. En la doctrina española, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, *PE*, 2019, pp. 695 ss.; IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003, pp. 162 ss.; MERINO JARA, «El delito fiscal y la administración tributaria», en PATÓN GARCÍA (coord.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, 2016, pp. 163 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2016, pp. 313 ss.; BACIGALUPO, en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios...*, 1997, pp. 304 ss., utiliza el término «excusa absolutoria»; GUTIÉRREZ GÓMEZ *et al.*, *La aplicación práctica del delito fiscal*, 2021, pp. 73 ss.

⁹⁸⁷ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 10, II., parece concebirlas como un elemento a caballo entre la tipicidad y la antijuridicidad. Dado que este autor afirma que la distinción entre causas de exclusión y causas de supresión de la pena es «*externa y totalmente infructuosa*», cabría otorgarles a ambas el mismo tratamiento. Por eso, las denomina «*condiciones de exclusión del injusto referidas a roles*». Esto implica operar con una *concepción ampliada del hecho delictivo*, de manera tal que debe afirmarse que el desistimiento de la tentativa, la reparación, etc. modifican el *injusto culpable*.

sanción no puede imponerse porque, sencillamente, no existe delito (frente al que se pueda reaccionar con pena).⁹⁸⁸

b) Quienes *otorgan autonomía* propia a la categoría de la punibilidad y la incluyen como parte del concepto de delito, definen al mismo como *injusto culpable y punible*.⁹⁸⁹ A partir de esa premisa, la categoría de la punibilidad se compone, en la generalidad de los casos, con los elementos que no encuentran asidero en las categorías tradicionales del injusto y la culpabilidad. Aquí es necesario distinguir:

b.a) Quienes adoptan un *concepto amplio* de punibilidad, incluyen allí tanto las condiciones objetivas de punibilidad (vertiente positiva), como las causas de exclusión [*Strafausschließungsgründe*] y las causas de levantamiento [*Strafaufhebungsgründe*] de la pena (vertiente negativa). En este esquema, la concurrencia de cualquiera de estas causas eliminaría la posibilidad de seguir considerando el comportamiento como delictivo. Nos encontraríamos ante un *injusto culpable no punible*, de manera tal que el delito nunca ha nacido.

b.b) Quienes adoptan un *concepto restringido* de punibilidad, también la conciben como estructura integrante del concepto de delito. Sin embargo, afirman que las causas de *levantamiento o supresión* de la pena no se ubican en la punibilidad. Estas deben ser situadas en una categoría diferente, fuera del concepto del delito y a la que comúnmente se denomina «*otros presupuestos de la pena ajenos al delito*».⁹⁹⁰ La concurrencia de una de estas causas, entonces, no impide afirmar la existencia de un delito, pero sí anula la posibilidad de responder al mismo con pena.

c) Quienes *otorgan autonomía* propia a la categoría de la punibilidad, pero la *excluyen* del concepto de delito, le atribuyen entonces el carácter de *categoría externa*. Como consecuencia, la concurrencia de una causa de levantamiento de pena no afecta la existencia ni dimensión alguna del delito; solo puede impedir la aplicación de la consecuencia jurídica sancionatoria sobre dicho comportamiento.⁹⁹¹

⁹⁸⁸ Una variante de esta idea es proponer una categoría conceptual distinta a la punibilidad. En este sentido, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., t. I, 2020, § 23, trabajan al amparo de una categoría distinta, denominada «*presupuestos de la punibilidad más allá de la responsabilidad*»; por su parte, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1997, Cap. V, propone introducir una categoría denominada «*atribuibilidad*» o «*responsabilidad por el hecho*» que se situaría a medio camino entre la antijuridicidad y la culpabilidad, (que incluiría los casos de exceso en las causas de justificación y las excusas absolutorias –aquí, las causas de levantamiento de la pena–).

⁹⁸⁹ Véase, con mayores referencias, GARCIA PÉREZ, *Estudios penales y criminológicos* (39), 2019, pp. 719 ss.; EL MISMO, *La punibilidad en Derecho penal*, 1997, pp. 380 ss.

⁹⁹⁰ Este es el caso de FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 177 ss.; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 344; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, 1996, pp. 132 ss.

⁹⁹¹ En esta línea, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, 2007, pp. 467 ss. MORENO-TORRES HERRERA, «La punibilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. 2016, pp. 165 ss. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias del derecho español*, 2014,

Como puede advertirse, si se opta por las opciones ‘a)’ o ‘b.a)’, se estaría afirmando que, en caso de concurrencia de una causa de levantamiento de pena, el Estado *nunca tuvo* la posibilidad de castigar pues, en verdad, no hubo delito alguno (*nulla poena sine crimine*). Por el contrario, si se opta por las opciones ‘b.b)’ o ‘c)’, la existencia del delito (injusto culpable y punible) está fuera de discusión y, por ello, la concurrencia de una causa de levantamiento de pena solo tiene capacidad para afectar la posibilidad de imponer pena, pero no altera la previa existencia del injusto culpable. A partir de lo anterior, puede concluirse: en la medida en que se conciba a la regularización como una causa personal de supresión de la pena, y a éstas causas como elementos situados fuera del concepto dogmático de delito (que es la opinión de la doctrina mayoritaria), la regularización solo podrá impactar sobre la consecuencia jurídica.

En relación con lo primero (la cuestión conceptual), parece existir un acuerdo relativamente pacífico en la doctrina: las causas de levantamiento de pena se definen como un *comportamiento posterior* al hecho delictivo y positivamente valorado por el ordenamiento.⁹⁹² El acuerdo no sorprende pues, así definida, puede abarcar una heterogeneidad de institutos que poca en común tienen los unos con los otros. Como afirma STRATENWERTH, con decir que un determinado instituto constituye una causa de levantamiento de pena, en verdad, «*se ha dicho poco*».⁹⁹³ Esta caracterización nos da una pista o punto de partida respecto del ámbito específico en el que no puede generar consecuencias (la existencia del delito consumado), pero nada más. Para precisar las *razones* por las cuales dicho instituto genera las consecuencias jurídicas, y a partir de allí establecer su alcance, es necesario avanzar hacia el *fundamento* de la regularización tributaria.

pp. 24 ss. BUSTOS RUBIO, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXXV), 2015, pp. 189 ss., parece adoptar una posición mixta: suscribe el concepto amplio de punibilidad (como las posiciones *ii.a.*), pero no concibe a esta categoría como un elemento *estructural* del delito, sino como algo ajeno al hecho delictivo (en la línea de las posiciones *iii.*). La punibilidad es, para este autor, una categoría *exclusivamente conceptual* que aglutina todos los elementos que concurren *después* de la comisión del injusto culpable. Por esa razón, la distinción entre causas de exclusión de la pena (que concurren antes de la ejecución del hecho) y causas de supresión de la pena (que concurren después de su ejecución) es irrelevante para decidir *el contenido* de la categoría. Si bien ambas la integran, ninguna de ellas afecta el concepto estructural de delito, el cual se concibe como injusto culpable.

⁹⁹² Sobre la distinción, en la doctrina alemana, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung...*, 1976, *passim*. Crítico con la distinción, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, § 10, II., calificándola de «*externa y totalmente infructuosa*». En la doctrina española, véase FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, p. 99; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 47 ss.

⁹⁹³ STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., 2011, § 11/71; en el mismo sentido, FREUND-ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, § 9/8.

2.2. El fundamento de la regularización tributaria

En la doctrina española y germánica, es un lugar común distinguir tres grandes posiciones respecto al fundamento de la regularización tributaria: político-fiscal, penal (o político-criminal) y mixto.

a. El fundamento político-fiscal

Un sector doctrinal, actualmente en retroceso, toma la siguiente premisa de partida: la punibilidad de la defraudación tributaria está subordinada a los intereses fiscales del Estado.⁹⁹⁴ Según esta idea, la persecución penal de la defraudación tributaria solo puede justificarse como refuerzo coactivo de la función recaudatoria del Estado, de manera tal que el ordenamiento punitivo no es más que un mecanismo para garantizar la recaudación; en breve: la pena es un instrumento para garantizar los ingresos tributarios.⁹⁹⁵ En este esquema, el fundamento de la regularización tributaria solo puede asentarse sobre esos mismos intereses recaudatorios que inspiran el Derecho Tributario. Por eso, la regularización no es más que un supuesto de oportunidad reglada en el que, bajo ciertas circunstancias, el legislador se decide por dar preeminencia a los fines recaudatorios por sobre los intereses penales. La regularización tributaria se fundamenta aquí a partir de sus efectos positivos para la recaudación, de manera tal que, una vez cometida la defraudación por el ciudadano, el Estado decide negociar su pretensión punitiva y estimula (*Anreizfunktion*) al ciudadano para que compere su impunidad mediante el pago de la deuda tributaria.⁹⁹⁶

Los argumentos centrales de esta posición, hasta donde alcanzo, son tres.⁹⁹⁷ El primero es un argumento de linaje: la regularización nació en el seno de la legislación tributaria; por tanto, su fundamento originario es evidentemente fiscal (orientado a la consecución de fines recaudatorios) y la posterior incorporación al sistema punitivo no debería

⁹⁹⁴ En la doctrina española, en lugar de muchos y con mayores referencias, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 166 ss. (especialmente nota 429); IGLESIAS RÍOS, *La regularización...*, 2003, pp. 191 ss. En la doctrina alemana, WAGNER, *Die Legitimationsprobleme...*, 2017, p. 11, señala que el fundamento político-criminal ha ido ganando importancia en los últimos tiempos y, en consecuencia, ha «diezmado» la finalidad fiscal de la auto-denuncia. Véase también, con amplias referencias, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 48 ss.; JÄGER, «§ 371», en KLEIN, *Abgabenordnung*, 15ª ed., 2020.

⁹⁹⁵ DE LA MATA BARRANCO, *RGDP* (26), 2016, p. 28; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, 2007, p. 425. También SÁNCHEZ-OSTÍZ, *La exención...*, 2002, p. 30, declara, desde un primer momento, cuál es la tesis central sobre la que se apoya: «los delitos contra la Hacienda Pública se han asentado como medios preventivos de que dispone el sistema tributario». En la doctrina alemana, con mayores referencias, AL HAMWI, *Die strafbefreiende Selbstanzeige nach § 371 AO*, 2019, pp. 59 ss.; WAGNER, *Die Legitimationsprobleme...*, 2017, pp. 7 ss.

⁹⁹⁶ En palabras de SÁNCHEZ-OSTÍZ, *La exención...*, 2002, p. 174: «[por] razones de oportunidad en el marco de la política fiscal, se valora como más conveniente garantizar la recaudación, sin retrasarla por el inicio de un proceso penal». Sobre esta función de estímulo asignada a la regularización, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 53 ss.

⁹⁹⁷ Para un tratamiento *in extenso* del tema, véase BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 169 ss.

modificarlo. En segundo lugar, se argumenta que, si se prescinde del fundamento fiscal (al menos en el sistema español), sería difícil explicar por qué la regularización exime de responsabilidad criminal también por las falsedades instrumentales en las que se haya incurrido para la comisión de la defraudación. Por último, aporta SÁNCHEZ-OSTÍZ un argumento sistémico: la regularización tributaria no es más que una consecuencia natural de la mutación sufrida por los sistemas tributarios. Paulatinamente, todas las Administraciones han ido concediendo una relevancia cada vez mayor al comportamiento del administrado, pues el legislador ha comprendido que la función recaudatoria estatal no puede desarrollarse sin la colaboración de los ciudadanos (son los propios obligados quienes determinan y autoliquidan sus tributos). En este marco, rige actualmente un principio de *bilateralidad equilibrada*: la transferencia de deberes hacia el sujeto obligado ha sido compensada por la concesión de un conjunto de derechos y garantías, entre los cuales se cuenta la exención de responsabilidad criminal por regularización.⁹⁹⁸

Respecto de esto último, coincido plenamente con el diagnóstico del Prof. SÁNCHEZ-OSTÍZ: la regularización constituye una expresión de la *bilateralidad* del sistema tributario, pues el sistema jurídico-tributario solo puede gozar de un mínimo de eficacia si los sujetos obligados contribuyen voluntariamente con el Estado. De hecho, este es precisamente el punto de partida de cierto sector de la doctrina alemana que, normalmente, fundamenta el instituto en una especie de «*Ermittlungsnotstand*» del Estado («estado de necesidad en la estimación de la deuda»). Conforme con esa idea, la regularización no es más que una expresión del deber de veracidad que se impone sobre los ciudadanos, debido a que el Estado no puede gestionar un sistema de recaudación sin su colaboración. Pero resulta que, como hemos demostrado en el Capítulo IV, esto no es una característica privativa del sistema tributario sino común a todo el ordenamiento jurídico: la existencia real de cualquier sistema normativo depende del cumplimiento voluntario de los sujetos destinatarios de la norma.⁹⁹⁹ Brevemente: el Derecho solo puede ser *real* si la inmensa mayoría de los ciudadanos se comporta conforme a las normas de prohibición o de mandato que lo conforman. Por tanto, es absolutamente cierto que la regularización tributaria constituye una facultad correlativa al deber de auto-liquidación. Pero, según creo, de allí no se sigue que la exclusión de pena por regularización tributaria deba tener un fundamento recaudatorio-fiscal (de hecho, la tesis del *Ermittlungsnotstand* no se incluye, generalmente, como tesis fiscalista del fundamento de la regularización, sino dentro de las tesis político-criminales). Una vez que se inserta en el marco del Derecho penal, el problema modifica su dimensión: ahora se trata determinar qué relación existe entre el deber originario de contribuir al sostenimiento del Estado (como expresión concreta del deber general de cooperación al mantenimiento del estado de libertad real),

⁹⁹⁸ SÁNCHEZ-OSTÍZ, *La exención...*, 2002, pp. 49 ss., 170 ss.

⁹⁹⁹ En este sentido, las críticas que la doctrina alemana dirige a la tesis del *Ermittlungsnotstand* tienen que ver con su incapacidad para explicar el carácter interno a la defraudación que posee la autodenuncia. En breve: ese supuesto «*estado de necesidad*» no existe solo para el sistema tributario, sino en prácticamente todo. Véase al respecto, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 59.

cuyo cumplimiento ahora es imposible en razón de haber sido cometido un injusto culpable, y el comportamiento posterior (conforme a Derecho) en que consiste la regularización.¹⁰⁰⁰

Los dos argumentos restantes tienen algo común: se inspiran en una visión utilitarista-instrumental del Derecho Penal (al servicio de la recaudación fiscal). Y es precisamente esto lo que da sustento a la conclusión apuntada: en un marco dominado por la lógica de criterios utilitaristas, la venta de impunidad como mecanismo para aumentar la recaudación puede ser una opción válida. Es más, la regularización también resulta rentable si se tiene en cuenta que permite ahorrar el dispendio de recursos que implica la realización de un proceso penal y la ejecución de una pena. Pero sucede que, como veremos a continuación, este fundamento no puede explicar el elemento central del instituto.

Un sector cada vez más importante de la doctrina y la jurisprudencia, a mi juicio con razón, rechaza que el fundamento de la regularización tributaria pueda reducirse exclusivamente a razones político-fiscales; y ello por varias razones.¹⁰⁰¹ [I] En primer lugar, el origen tributario del instituto no implica la inmutabilidad de su fundamento; más bien lo contrario: si el instituto de la regularización tributaria ha sido incorporado al sistema jurídico penal, entonces debe tener un fundamento consecuente con los principios que inspiran este sistema, así como también una estructura que respete los límites del mismo.¹⁰⁰² De lo contrario, se estaría consintiendo una manipulación e instrumentalización ilegítima del Derecho Penal para la consecución de fines que le son completamente ajenos. En resumen: una fundamentación exclusivamente fiscal no respeta los principios del sistema jurídico-punitivo, transformándolo en un instrumento destinado a incrementar la eficiencia de la recaudación tributaria.

[II] En segundo término, tampoco es cierto que la fundamentación penal del instituto no pueda explicar la impunidad de las irregularidades contables y falsedades documentales (el alcance objetivo de la regularización). De hecho, si tales delitos se consideran instrumentales respecto de la defraudación (se encuentran en una relación de concurso medial con el delito principal), la impunidad de los mismos puede ser explicada

¹⁰⁰⁰ Sobre esto, *infra*, Apartado V (pp. 368 ss.).

¹⁰⁰¹ En la actualidad, la mayoría de los autores que recurren al fundamento fiscalista, no lo sostienen de modo exclusivo, sino como parte de una teoría mixta. En detalle, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 166 ss. En la doctrina alemana, WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, pp. 7 ss.; HOFFSCHMIDT, *Über die Rechtfertigung der strafbefreienden Selbstanzeige im Steuerstrafrecht*, 1988, pp. 89 ss.; LÖFFLER, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige. Über die strafrechtliche Erklärung des § 371 AO*, 1992, pp. 56 ss.

¹⁰⁰² La jurisprudencia del Tribunal Supremo se orienta decididamente en este sentido. Al respecto, se ha afirmado recientemente que «al trasladar instituciones tributarias a la órbita del Código Penal se hace necesaria la coexistencia de dichas instituciones con las reglas y principios que presiden el sistema penal». Véase FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2018, p. 37; BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 184 ss.

perfectamente desde un punto de vista penal. La regularización afecta la punibilidad de esos delitos porque, en verdad, se trata de acciones que *integran* la propia defraudación.¹⁰⁰³

[III] Por último, la fundamentación exclusivamente fiscalista de la regularización tributaria enfrenta un problema de mucha mayor envergadura y que, desde el punto de vista teórico, parece irresoluble. Tal problema radica en su incapacidad para explicar el elemento central del instituto, a saber, que dicho comportamiento tenga lugar *antes* de que el agente tome conocimiento de la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en su contra.¹⁰⁰⁴ Si lo único que nos interesa es el incremento de la recaudación, vale preguntarse: ¿para qué exigir este requisito? Ciertamente, mientras menos trabas le pongamos al agente para que nos entregue el dinero, mayor recaudación obtendremos.¹⁰⁰⁵

Por estas razones, la doctrina mayoritaria coincide y lleva razón en esto: el fundamento no puede ser *exclusivamente* recaudatorio. Sin embargo, a partir de este punto, las posiciones de los autores se dividen en dos grupos: o bien se opta por un fundamento exclusivamente penal, o bien se combinan los fundamentos bajo una especie de teoría mixta.

b. El fundamento jurídico-penal

Todos los autores que proporcionan un fundamento jurídico-penal a la regularización tributaria se apoyan, en mayor o menor medida, en el desistimiento de la tentativa y la reparación. Sin embargo, la argumentación de cada línea doctrinal concreta depende, en gran medida, de cuál sea la naturaleza jurídica que se asigne a la regularización tributaria.

(I) Quienes entienden a la regularización como un elemento negativo del tipo de defraudación tributaria, afirman que aquí nos encontramos ante un verdadero caso de

¹⁰⁰³ En sentido similar argumenta BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 391. Véase al respecto, *infra*, Apartado V, punto 3.6.

¹⁰⁰⁴ WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, 2017, pp. 10-11; en detalle, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 56 ss.

¹⁰⁰⁵ Como dejamos sentado desde un inicio, para evitar destruir completamente la función prospectiva de la norma de comportamiento y caer en un sistema de venta libre de impunidad, la regularización tributaria debe exigir que el comportamiento del agente sea voluntario. Esto no quiere decir, por supuesto, que un Estado no pueda estar legitimado para vender impunidad; bajo ciertas condiciones excepcionales, eso puede ser perfectamente legítimo. Y tampoco implica afirmar que la criminalización de la defraudación tributaria sea el único camino posible: un Estado podría organizarse perfectamente bajo otro sistema. Lo único que se pone de relieve es que, una vez hemos optado por su criminalización, es un absurdo que, a renglón seguido, institucionalicemos su «*descriminalización*» vendiendo la impunidad a quien pueda pagarla.

desistimiento voluntario: *regularizar es desistir*.¹⁰⁰⁶ Entre estos autores, ya hemos dicho, es posible trazar una ulterior distinción con base en la idea de consumación del delito de defraudación tributaria: [a] para algunos, tal delito se consuma solo con la concurrencia de una «*causa de bloqueo*»; mientras que, [b] para otros, dicha consumación debe subdividirse: la defraudación inicial conlleva una *consumación provisional*, todavía *desistible* mediante regularización; pero el delito queda *definitivamente consumado* a partir de la concurrencia de una «causa de bloqueo».

La primera línea es, ya dijimos, altamente problemática y debe descartarse. Por su parte, la distinción entre dos momentos consumativos, si bien soluciona algunos de los problemas, genera otros que no son menores.¹⁰⁰⁷ Uno de esos problemas, ya lo adelantamos, radica en lo siguiente: escindir la consumación del delito de defraudación en dos partes (trabajar con dos conceptos de injusto, uno provisional y otro definitivo) nos obliga a aceptar que existen, también, dos clases de desistimiento. Por un lado, encontraríamos un desistimiento de la tentativa de defraudación; por otro, una especie de desistimiento del delito provisionalmente consumado, mediante regularización tributaria (que es un caso de *desistimiento postconsumativo*), pero que hace desaparecer el injusto aparente de defraudación.

Esta dualidad de desistimientos genera, en el ordenamiento español, una primera dificultad que, en mi opinión, no es insalvable. La dificultad radica en la doble regulación que genera: quien desiste voluntariamente de la tentativa de defraudación tributaria (*antes* de la consumación provisional), quedaría sujeto a los efectos reglados por el art. 16.2 CPE. Por tanto, la impunidad solo afectaría a la tentativa, sin extenderse a los demás delitos ya consumados que, en el caso de la defraudación tributaria, incluiría las falsedades contables.¹⁰⁰⁸ En cambio, quien desiste de una defraudación provisionalmente consumada, quedaría sujeto a la regla del art. 305.4 CPE y beneficiado con la impunidad para todos los delitos conexos. La dificultad salta a la vista: desistir de una defraudación provisionalmente consumada no debería acarrear consecuencias dogmáticas más benignas que un desistimiento de la tentativa de defraudación.

La dificultad, como dije, no es insalvable: podría afirmarse que la impunidad por desistimiento de la tentativa de defraudación también hace desaparecer el injusto, ahora de tentativa, pero del cual «formarían parte» los delitos instrumentales previamente consumados. Sin embargo, me parece sistemáticamente más prometedor distinguir aquí

¹⁰⁰⁶ Para un resumen de estas posiciones en la doctrina alemana, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 64 ss.

¹⁰⁰⁷ Véase *supra*, Apartado IV, punto 2.1.a (pp. 346 ss.).

¹⁰⁰⁸ El art. 16.2 del CPE establece: «*Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, [...], sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*».

entre el injusto culpable de defraudación tributaria (ya consumado y que subiste como tal) y el hecho punible, cuya dimensión comunicativa modifica la regularización tributaria. Véase, *infra*, Apartado V, punto 3.6.

Al margen de lo anterior, entender la regularización como un caso de desistimiento resulta problemático en aquellos ordenamientos jurídicos que permiten regularizar mediante la implementación de un plan de pagos. En esos casos, pareciera que la defraudación tributaria se convierte en una figura delictiva que puede «*desistirse en cuotas*» o bien «*desistirse bajo condición resolutoria*». En este sentido, cabe aquí una pregunta: si el sujeto deja de pagar las cuotas de ese plan de pagos, ¿se consuma el delito? Si la respuesta es afirmativa, entonces ya no hay dudas: el delito de defraudación tributaria ha mutado completamente su estructura dogmática. Ahora se trata ahora de un delito de omisión del garante por injerencia.

(II) Para quienes ven la regularización tributaria como una causa de supresión o levantamiento de pena, regularizar es siempre un comportamiento posterior al hecho consumado. Sin embargo, el fundamento de este instituto estaría vinculado, al igual que el desistimiento, a la política criminal o la teoría de la pena.¹⁰⁰⁹ Dicho de otro modo: aquello que justifica conceder la impunidad al autor que desiste, guarda una conexión estrecha con aquello que justifica la concesión de impunidad al autor que regulariza. Al margen de los detalles, en todas estas tesis y hasta donde alcanzo, se asume la premisa de que el fundamento de la regularización tributaria está vinculado con una teoría mixta y preventiva, que concibe a la pena como herramienta de protección de bienes jurídicos.¹⁰¹⁰

En la doctrina alemana es posible encontrar, a partir de esta premisa, al menos dos líneas argumentales: algunos autores afirman que el legislador tiende al defraudador un «*puente de oro*» para volver a la senda de la «*honradez tributaria*» (*Rückkehr zur Steuerehrlichkeit*); otros, desde un punto de vista funcional, afirman que se trata de

¹⁰⁰⁹ La doctrina alemana asocia la autodenuncia del delito fiscal al «*principio de la reparación*»; WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, 2017, p. 17: «gana terreno la visión que sitúa el principio de legitimación jurídico penal de la regla de la autodenuncia sobre el siempre inmanente principio de la reparación».

¹⁰¹⁰ En el caso del desistimiento, este punto de vista (que ROXIN y BLOY denominan «*teoría modificada de los fines de la pena*») vincula su fundamento con la falta de necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena. A través de dicha conducta, se ha eliminado tanto la peligrosidad de la tentativa (que constituye el fundamento primario de su punibilidad) como la impresión jurídicamente conmocionante de la misma (que fundamentaría la punibilidad de las tentativas objetivamente no peligrosas). Así las cosas, «*en el desistimiento voluntario ya no estaría respaldado un castigo por ningún fin posible de la pena: ni la exigencia de prevención general o especial, así como tampoco la necesidad de una compensación de la culpabilidad requieren una sanción penal*»; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 30, A. I. 2., p. 591. Véase también BLOY, *Die dogmatische Bedeutung...*, 1976, p. 160. Aplicado a la regularización, se afirma que, quien rectifica y paga de forma voluntaria, [a] reafirma nuevamente la confianza social en la vigencia del ordenamiento, [b] refuerza el papel intimidatorio de la amenaza penal, [c] al tiempo que evidencia una auto-resocialización.

«restablecer la paz tributaria» (*Wiederherstellung des Steuerfriedens*).¹⁰¹¹ Según esta última idea, mantener la paz tributaria resulta algo absolutamente necesario porque «*el autor –a diferencia del resto del Derecho penal– continúa siendo un contribuyente y, por tanto, mantiene una relación de confianza para con el Estado que no debe ser destruida a través del procedimiento penal*». ¹⁰¹² Desde el punto de vista adoptado en esta investigación, el argumento es cierto pero irrelevante, pues ningún delito implica que el autor pierda su estatus de ciudadano y, por tanto, el deber de cooperación al mantenimiento del estado de libertades sigue vigente.

Sin embargo, a los autores no se les escapa que, tratándose de institutos distintos, el fundamento del desistimiento no puede legitimar, al menos no en toda su extensión, la impunidad concedida por regularización tributaria. Si así fuera, la regularización debería tener el mismo ámbito de aplicación e idéntico alcance que el desistimiento. Respecto de lo primero, el desistimiento es un instituto interno a la tentativa, es decir, ajeno al tipo consumado y de aplicación general (a múltiples figuras delictivas), mientras que la regularización es un comportamiento posterior a la consumación material y de aplicación específica. Respecto de lo segundo, al menos en el caso del ordenamiento español, los alcances de ambos institutos han sido diferenciados por el propio legislador: la regularización tributaria extiende la impunidad a las irregularidades contables y cualquier otra falsedad cometida a título instrumental; la cláusula legal del desistimiento niega la impunidad por los delitos ya consumados.

El fundamento del desistimiento (vinculado a la teoría de la pena) solo aporta una *disminución* de la necesidad preventiva de la sanción, pero todavía es necesario algo más que permita justificar la plena impunidad.¹⁰¹³ Y ese plus viene dado, según la doctrina dominante en este sector, por el principio de la «*reparación del daño*». ¹⁰¹⁴ Para justificar esto, los autores generalmente adoptan una perspectiva predominantemente privatista de la reparación, con lo cual se fundamenta el instituto a partir del interés político criminal en incentivar la satisfacción del daño efectivamente sufrido por la víctima (la Hacienda Pública). Para decirlo brevemente: la regularización repararía el daño sufrido por la Administración a raíz de la defraudación tributaria cometida por el

¹⁰¹¹ Véase, con mayores referencias, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 60 ss.; WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, 2017, pp. 11 ss.

¹⁰¹² HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche ...*, 2006, p. 63.

¹⁰¹³ Según BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 397, la total exención de pena requiere hurgar en el principio de *última ratio*.

¹⁰¹⁴ La doctrina española parece acercarse aquí a lo sostenido por la doctrina dominante en Alemania, ámbito en el que, generalmente, se apoya la regularización tributaria en la reparación del daño. Véase al respecto, con mayores referencias, AL HAMWI, *Die strafbefreiende...*, 2019, pp. 69 ss.; WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, 2017, pp. 20 ss.; HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 67 ss.; CEFFINATO, *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, 2017, § 4, pp. 153 ss. Un modelo particularmente ingenioso expone SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis...*, 2018, p. 125: la impunidad total de la regularización tributaria constituye el resultado de la sumatoria de dos equivalentes funcionales (parciales) de la pena, esto es, la combinación de una *confesión* con una posterior *reparación* del daño.

autor. Si se trae a consideración aquí la estructura de la regularización tributaria y la discusión relativa al bien jurídico protegido por la defraudación tributaria, las posiciones pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:

[Ø] *Los patrimonialistas* sostendrán que (a) la acción de reconocimiento de la deuda puede asimilarse a un desistimiento (en su caso, postconsumativo), mientras que (b) el pago de la deuda está destinado a la reparación de la víctima. En este sentido, y dado que se concibe como delito patrimonial, «*la lesión al bien jurídico es completamente reparable*». ¹⁰¹⁵ Por esa razón, «*aun cuando se haya producido una pérdida financiera o una amenaza para el Estado, esto no es definitivo [pues] el déficit resultante de la evasión puede compensarse fácilmente con carácter retroactivo*». ¹⁰¹⁶

[Ø] *Los funcionalistas*, por su parte, sostienen que el bien jurídico verdaderamente protegido no es el patrimonio, sino la función tributaria. Por eso, entienden que la reparación del daño se produce ya con el reconocimiento mismo de la deuda (con la declaración rectificativa). Por tanto, el pago requerido por la regularización tributaria nada tiene que ver con la reparación del bien jurídico lesionado. En efecto, si los casos de defraudación tributaria no son casos de agresión contra el patrimonio sino casos de atentado contra el buen desempeño de la función tributaria, entonces las acciones de reparación del bien jurídico no deberían necesariamente exigir el pago de la deuda tributaria. Para reparar esa función tributaria afectada, basta con que el sujeto reconozca el engaño a la Administración, poniendo a su disposición la información veraz a partir de la cual se hace, luego, la liquidación. ¹⁰¹⁷

Analizar la regularización tributaria como el resultado de una combinación entre desistimiento y reparación es una estrategia atractiva, pero, en mi opinión, no está exenta de problemas. Los más importantes provienen, como ya hemos dicho, de conceptualizar a la regularización tributaria como un caso de desistimiento (incluso si se trata de un desistimiento postconsumativo). Al margen de esto, explicar un mismo comportamiento postdelictivo como la expresión combinada de estos dos institutos, produce una tensión importante. En este sentido, debe recordarse que el centro de

¹⁰¹⁵ HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 67.

¹⁰¹⁶ HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 67. En idéntico sentido, BRANDARIZ GARCÍA, «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Estudios Penales y Criminológicos* (24), 2003, p. 73: la regularización repara «*la lesión del bien jurídico ocasionada con anterioridad*», pues el sujeto «*ha reparado el menoscabo causado al bien jurídico*» (p. 68). También GARCÍA ARÁN, «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en MUÑOZ CONDE *et. al.* (dirs.), *LH-Gerardo Landrove Díaz*, 2011, pp. 476 s., considera, directamente, que las figuras de regularización del delito fiscal y contra la seguridad social son «*acogedoras de la reparación del menoscabo económico producido por tales delitos*».

¹⁰¹⁷ En este sentido, se ha afirmado que «*[e]l hecho de que el actual art. 307.3 CP. condicione la exención de responsabilidad penal al pago de la deuda no resulta explicable en la idea de reparación, toda vez que ésta ya se produce con el completo reconocimiento*»; cfr. BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 195.

gravedad del desistimiento está en la voluntariedad del comportamiento (valor de acción), mientras que la reparación no exige esa característica, pues esta se acepta hasta el inicio del juicio oral (su acento está puesto en el valor de resultado).¹⁰¹⁸ Concretamente: al incorporar la reparación para explicar la impunidad por un comportamiento que definimos como desistimiento, estamos perdiendo de vista aquello que constituye la esencia del acto: la voluntariedad.

Esta objeción es procedente incluso si se acepta que el bien jurídico afectado es la función recaudatoria, de modo que el fundamento de la reparación se asienta en la utilidad de esa información y no en la utilidad del pago. En este sentido, todavía tendremos que responder una pregunta importante: ¿por qué limitarnos al aporte *voluntario* de esa información? A pesar de que se hayan iniciado las actuaciones y el aporte de la información sea involuntario, si es veraz y completo, el reconocimiento seguiría siendo útil a ese propósito reparador.

Además, aquí no es posible encontrar un lugar cómodo para la exigencia legislativa del pago: tal requisito, en primer lugar, no se puede explicar acudiendo a la figura del desistimiento, de modo que la única vía restante es recurrir a la reparación del daño. Sin embargo, esa vía solo es fructífera para fundamentar el pago en la medida en que acepte una tesis patrimonialista sobre el delito de defraudación tributaria. Pero, ya hemos dicho, reducir el bien jurídico del delito tributario al patrimonio e identificar directamente el pago con la reparación a la víctima, es inviable.¹⁰¹⁹ Precisamente, esta imposibilidad ha motivado que un gran sector de la doctrina se termine decantando por un fundamento mixto del instituto.

c. *El fundamento mixto*

La doctrina española se inclina por mantener una visión marcadamente institucionalista de la defraudación tributaria y, al mismo tiempo, proporcionar un fundamento mixto del

¹⁰¹⁸ Por supuesto, para quien entienda a la regularización o autodenuncia como un instituto que no exige la voluntariedad del comportamiento, la objeción no es viable. En esta línea, WAGNER, *Legitimationsprobleme...*, 2017, p. 17.

¹⁰¹⁹ Recordamos aquí brevemente las críticas formuladas: a) difícilmente una defraudación tributaria pueda considerarse una lesión relevante del patrimonio del Estado; b) si la defraudación se produce al momento de la liquidación, entonces no se trata de una verdadera lesión al patrimonio, sino de una lesión a una expectativa patrimonial absolutamente indeterminada. Pero además, es incluso el propio Tribunal Supremo quien se inclina últimamente por la posición institucional: la STS 374/2017, ponente Varela Castro, niega la aplicación del art. 74.2 CP al delito fiscal, pues «*no participa de esa naturaleza [patrimonial] por más que se trate de una infracción de deber con afectación al patrimonio de la Hacienda Pública*». Sobre el particular, CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, 2002, pp. 347 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», *La Ley* (8), 2000, p. 1474; QUERALT JIMÉNEZ, «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y Derecho penal*, (I), 1999, p. 183; SÁNCHEZ OSTIZ, *La exención...*, 2002, pp. 101 ss., 108.

instituto.¹⁰²⁰ En este esquema, el fundamento de la regularización tributaria quedaría estructurado como sigue:

+) *El fundamento jurídico-penal* es el centro de la regularización tributaria. Este, a su vez, puede reconducirse a dos institutos: el desistimiento voluntario de la tentativa y la especial reparación a la víctima, en este caso, «*personificada*» en la Hacienda Pública.¹⁰²¹

+) *El fundamento político fiscal*, sin embargo, también resulta necesario para dar forma definitiva al instituto. Sin ese fundamento fiscal, no sería posible explicar la exigencia legal del pago efectivo de la deuda tributaria.

La posición mixta adolece, en mi opinión, de dos problemas centrales. El primero ya ha sido mencionado y radica en la tensión que genera el hecho de utilizar, de forma conjunta, el instituto del desistimiento (asentado en una teoría mixta y preventiva de la pena) y el de la reparación (asentado en una concepción privatista) para fundamentar la regularización. En el segundo problema está, según creo, la debilidad principal de esta posición: su carácter mixto le obliga a retomar el fundamento fiscal. Criticar la posición fiscalista por generar una instrumentalización intolerable del Derecho penal, para luego terminar adoptando esta teoría mixta resulta contradictorio. Con ello, la instrumentalización del Derecho penal entra nuevamente en escena pues, aquí, se vuelve todavía más difícil encontrar un lugar cómodo para el requisito del pago sin caer en esa instrumentalización. Esta incomodidad explica la dualidad en la que incurre BUSTOS RUBIO: de *lege lata*, le concede un fundamento mixto al instituto; pero de *lege ferenda* propone eliminar el requisito del pago para poder volver al terreno seguro del fundamento penal puro. La propuesta no convence pues los ordenamientos jurídicos han zanjado definitivamente la disputa doctrinal: para la impunidad por regularización, se debe exigir el pago de la deuda tributaria. Nuestra labor consiste en explicar, de forma coherente con los demás requisitos, esta exigencia legal que, por otra parte, no ha hecho más que dar recepción legislativa a la opinión de la doctrina y jurisprudencia

¹⁰²⁰ De *lege lata*, sostiene esta posición BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 249: «a la regularización subyace una fundamentación dual o mixta: (1) de tipo penal, y (2) de tipo político-fiscal». Sin embargo, de *lege ferenda*, el autor propone eliminar el requisito del pago de la deuda a fin de lograr un fundamento penal puro que evite la perversión del instituto.

¹⁰²¹ Para determinar cuándo concurre un acto reparador, debe recordarse que el bien jurídico no es el patrimonio y que la conducta típica no se reduce a *no ingresar* los montos, por lo cual la reparación no exige el efectivo pago. Dado que el bien jurídico es la función recaudatoria y la conducta típica consiste en el ocultamiento de información relevante para la determinación de los tributos, para la reparación bastaría con el reconocimiento mediante una declaración rectificadora. Respecto de la conducta típica, SILVA SÁNCHEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 886, aludiendo al delito previsto en el art. 307 CP, entiende que el tipo penal exige que «*el desconocimiento, y la consiguiente elusión, deben responder a una conducta fraudulenta*», es decir, al «*ocultamiento de los presupuestos del surgimiento de la deuda*», agregando que «*el mero hecho del impago de todo o parte de la cuota no supone realización del tipo*».

mayoritaria (antes y después de la reforma). En el apartado que sigue, se establecen los lineamientos centrales de la propuesta alternativa que aquí se formula.

V. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA RETRIBUTIVA

1. Ubicación normativa

A la luz del debate doctrinal resumido en el Apartado III, punto 2.1, se toma aquí el siguiente punto de partida: la regularización tributaria no constituye un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento y, por tanto, no puede hacer desaparecer el injusto consumado de la defraudación tributaria.¹⁰²² Por el contrario, la regularización constituye un comportamiento posterior al delito (formal y materialmente) consumado que, desde un punto de vista normativo, corresponde ubicar en la norma de sanción, a título de presupuesto negativo para la aplicación de pena.¹⁰²³ Esta ubicación normativa nos lleva a la siguiente conclusión obligada: dado que la coacción punitiva no puede estar dirigida a obtener el cumplimiento del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento (aquí, la prestación tributaria), la regularización no puede considerarse un cumplimiento extemporáneo o tardío de ese deber originario.¹⁰²⁴ La regularización tributaria, en definitiva, no puede concebirse como una tributación tardía.¹⁰²⁵

¹⁰²² Incluso los autores que le asignan el carácter de *acción contra-típica* o de un *elemento negativo del tipo*, equiparando el instituto a una especie de desistimiento post-consumativo, están haciendo un uso del término tipicidad en el sentido de un *tipo global de injusto*. El alcance que se le da a esta expresión no está claro, pero es evidente que no se reduce a la tipicidad en sentido estricto. Como consecuencia de esta premisa de partida, se descartan aquí, de plano, las tesis que fundamentan el instituto desde un punto de vista constitucional (*Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*). Según esta posición, la regularización se fundamenta como mecanismo que permite al autor cumplir con el deber de declaración impositiva (*steuerlichen Erklärungsspflichten*) sin tener que acusarse a sí mismo de un delito de defraudación (sin tener que violar el *nemo tenetur*). Sobre esta tesis y sus dificultades, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, pp. 73 ss.

¹⁰²³ Tal como pusimos de manifiesto en el Capítulo III, Apartado III, la ley penal confiere un derecho a punir y, por tanto, no constituye en sentido estricto ninguna norma. De dicho enunciado legal se extrae, en palabras de BINDING, «*un derecho a la pena*», es decir, un derecho del Estado al ejercicio de una acción punitiva. Esto implica lo siguiente: pese a la existencia de un injusto culpable, por distintos motivos, el titular del *ius puniendi* puede ver *inhibida* (o renunciar a) la posibilidad de ejercer su derecho a la punición. Esto no es más que una derivación de la importante conclusión inicialmente señalada por BINDING: la norma de comportamiento prohíbe (o manda) mucho más de lo que la ley penal castiga; sobre el particular, ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, p. 9; EL MISMO, en SILVA SÁNCHEZ *et al* (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 829 ss.

¹⁰²⁴ Debe recordarse que la coacción retributiva no está destinada a obtener el cumplimiento del deber originalmente impuesto por la norma de comportamiento, sencillamente, porque el quebrantamiento culpable de ese deber es el presupuesto necesario para que opere la norma de sanción que habilita la coacción. En detalle y con mayores referencias, Capítulo III, Apartado III.

¹⁰²⁵ Similar, CHOCLÁN MONTALVO, *Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial* (138), 2008, con referencia a SAINZ DE BUJANDA, *ADPCP*, pp. 103 ss.

La doctrina española mayoritaria, así como la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español, aciertan entonces al considerar que su consecuencia jurídica queda limitada a impedir la punición de un delito de defraudación tributaria.¹⁰²⁶ Sin embargo, como ya pusimos de relieve, esta ubicación normativa nada nos dice, todavía, acerca de las *razones* por las cuales se produce esa impunidad. Para ello, es necesario proporcionar una respuesta sustantiva que sea capaz de explicar el motivo por el cual un comportamiento postdelictivo, como la regularización tributaria, puede dar lugar a la supresión del ejercicio de la facultad punitiva del Estado.

Según creo, esa respuesta pasa por atribuir a la regularización tributaria el carácter de equivalente funcional de la pena retributiva. Sin embargo, si pretendemos que esta caracterización tenga alguna posibilidad de éxito, es imprescindible proporcionar primero un fundamento estrictamente penal a este instituto. En otras palabras, debemos vincular la regularización tributaria con la justificación de la pena retributiva; más preciso: con la prestación retributiva que materializa la praxis punitiva y respecto de la cual el comportamiento regularizador resulta funcionalmente equivalente. A partir de allí, estaremos en condiciones de reconstruir los elementos propios del instituto a la luz de la hipótesis de partida. Si estamos en la senda correcta, obtendremos una nueva imagen de la regularización tributaria (en particular, de sus requisitos) que, además de explicar de forma satisfactoria la impunidad que acarrea, permitirá asignarle un campo de aplicación racional al instituto. Esto es crucial, como dijimos, para evitar el efecto corrosivo sobre la función prospectiva de la norma de comportamiento que el uso indiscriminado de este instituto genera.¹⁰²⁷

2. El fundamento jurídico-penal: la justificación de la pena retributiva

En el Apartado III de este Capítulo y con relación al fundamento del instituto, hemos visto que las posiciones doctrinarias actuales no son del todo satisfactorias. Por un lado, las tesis monistas se revelan insuficientes, pues ninguna logra proporcionar una explicación armónica de todos los elementos de la regularización tributaria. En

¹⁰²⁶ La STC 73/2017, ponente Ollero Tassara, si bien referida en un principio a la inconstitucionalidad de la amnistía fiscal, refiere que: «*tampoco cabe admitir [...] que nos encontremos ante una situación similar a la de exoneración de responsabilidad penal frente a regularizaciones tributarias voluntarias [...]. En este tipo de regularizaciones lo que se excluye son las consecuencias punitivas derivadas del incumplimiento de las obligaciones tributarias [...]*». Para un desarrollo extenso de por qué esta sentencia impediría considerar a la regularización tributaria como una causa de atipicidad o de justificación, véase ESPIGADO GUEDES, «Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017», *Diario La Ley*, (9030), 2017. En la legislación alemana, la regularización de las defraudaciones tributarias agravadas solo puede dar lugar a una atenuación de pena. En la legislación española, el legislador admitió la posibilidad de regularizar todas las defraudaciones agravadas (art. 305 bis).

¹⁰²⁷ Aquí no realizamos un estudio detallado sobre las consecuencias de la regularización tributaria sobre partícipes. Sin embargo, haré una mención breve sobre cuál es la orientación doctrinal que considero coherente con las tesis que aquí se sostienen.

concreto, las teorías exclusivamente fiscalistas no pueden explicar el elemento central del instituto, a saber: el carácter voluntario del comportamiento regularizador. La fundamentación jurídico-penal, por su parte, tampoco ha logrado resultados definitivos pues, tal y como ha sido estructurada, no puede explicar acabadamente la exigencia del pago (salvo que se recurra a una visión patrimonialista de la defraudación tributaria que, además de ser incompatible con la concepción institucionalista que aquí se sostiene, está francamente en retirada). Por otro lado, las teorías mixtas sobre el fundamento de la regularización tributaria adolecen de algunas contradicciones que generan tensiones irresolubles hacia el interior del instituto.

En este punto, la investigación pretende transitar una vía que, respecto de este instituto, no ha sido explorada. El primer paso consiste en adoptar una fundamentación exclusivamente penal, es decir, inscribirse en la doctrina que entiende a la regularización tributaria como un «*instituto genuinamente jurídico-penal*». ¹⁰²⁸ Sin embargo, en lugar de tomar como punto de referencia una teoría preventiva de la justificación de la pena, reconduciremos el análisis a las premisas retributivo-comunicativas de la teoría de la pena expuesta en la primera parte de esta investigación.

Allí, asumimos como punto de partida una concepción del Derecho [penal] como [parte de una] praxis colectivamente construida. ¹⁰²⁹ En dicha praxis, el aporte de cada ciudadano resulta fundamental: el ordenamiento –en tanto expresión institucionalizada de un orden de libertad– solo puede volverse real a través del cumplimiento libre y voluntario de los deberes por parte de los ciudadanos. ¹⁰³⁰ Para fundamentar la afirmación precedente, es necesario recordar que, en el marco de la praxis punitiva y una vez emitida la norma de conducta, los posibilidades del ciudadano quedan escindidas en dos alternativas básicas de acción: cumplimiento vs incumplimiento de la norma. ¹⁰³¹ Precisamente, el *acatamiento* de la norma constituye una expresión comunicativa a la que se asigna, en este modelo, una relevancia importante: el ciudadano expresa una toma de posición favorable al mantenimiento del Derecho y, en esa medida, reconoce la fuerza vinculante de la norma de comportamiento. Dicho de un mejor modo: el *acatamiento* de la norma constituye el motor mediante el cual se pone en concordancia el concepto y la existencia del Derecho. Por el contrario, el *quebrantamiento* de esa norma es la expresión de una toma de posición contraria al deber de cooperación: lesión del Derecho en cuanto orden

¹⁰²⁸ HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 92.

¹⁰²⁹ El Derecho, en tanto praxis, es una construcción colectiva en la que las normas reflejan la cristalización momentánea y contingente de un orden de libertades efectivamente practicado. Véase, en detalle, Capítulo III, Apartado III (pp. 94 ss.)

¹⁰³⁰ La creación de un clima de reconocimiento mutuo e inclusivo (como el que exige el Derecho) no puede quedar librado a lo institucional; por el contrario, la colaboración ciudadana es fundamental para su construcción. Véase, con mayores referencias, Capítulo IV, Apartado IV, punto 2 (pp. 169 ss.).

¹⁰³¹ Las normas, entonces y por definición, exhiben un carácter esencialmente contingente pues su cumplimiento por parte del destinatario es solo una de las posibilidades existentes. Toda norma es, por su naturaleza misma de norma, susceptible de ser infringida. Véase Capítulo IV, Apartado IV, punto 1 (pp. 167 ss.)

de libertad efectivamente practicado. La realización de un injusto culpable constituye el presupuesto operativo del enunciado legal, a través del cual se modifica el contenido del deber exigido al ciudadano: se trata, ahora, de un deber de soportar la acción punitiva. Tal sustitución solo puede tener sentido en la medida en que se repare en lo siguiente: solo se modifica el contenido material del deber, pero no la prestación funcional que su cumplimiento materializa. En este sentido, el autor de un injusto culpable no pierde su carácter de ciudadano y, por tanto, su deber de cooperación sigue vigente, el cual se materializa ahora mediante la coacción punitiva.¹⁰³²

Según el modelo retributivo-comunicativo adoptado, tres ideas parecen ser centrales: el *ius puniendi* del Estado no es más que la expresión correlativa del deber de soportar la punición que recae sobre el agente, de manera tal que, si no se puede imponer ese deber, tampoco existe facultad para ejercer el *ius puniendi* (I). La imposición de este deber solo puede justificarse en virtud de que, mediante su cumplimiento, se materializa una determinada prestación: la confirmación dinámica del Derecho (II). Esa prestación no se logra exclusivamente (¡ni siquiera principalmente!) a través del cumplimiento del deber de tolerancia punitiva; en ello juega un papel principal el comportamiento conforme a Derecho (III).¹⁰³³ Por lo tanto, una vez surgido el deber de soportar la acción punitiva, es posible que existan conductas alternativas del agente a las, intersubjetivamente, les puede ser atribuido idéntico sentido comunicativo.¹⁰³⁴

Ahora bien, si trasladamos este esquema argumental al instituto que nos ocupa, advertimos que la particularidad de la defraudación tributaria radica en lo siguiente: en virtud del déficit de legitimidad retributiva que posee esa norma de comportamiento, el legislador ha introducido un elemento condicional en el enunciado legal respectivo (el agente *será castigado... salvo que hubiere regularizado*), dando lugar a un hecho cuyo carácter punible queda condicionado a la no-regularización. Lo que aquí se propone es más bien simple: la regularización tributaria representa, desde un punto de vista sistemático, un presupuesto negativo de la aplicación de pena; y desde un punto de vista sustancial, su fundamento debe anclarse en la teoría de los equivalentes funcionales de la pena retributiva desarrollada previamente. Bajo este paradigma, la regularización constituye la institucionalización legislativa de una alternativa de comportamiento que, si bien tiene un contenido material distinto al deber de soportar la acción punitiva, puede considerarse funcionalmente equivalente a este.¹⁰³⁵

¹⁰³² La posibilidad de retirar la ciudadanía como forma de castigo por la comisión de delitos es, por ahora, algo extremadamente excepcional en la legislación y su legitimidad es ampliamente discutida.

¹⁰³³ La realidad misma del Derecho, dijimos, depende de que el quebranto de las normas se mantenga en niveles de excepcionalidad.

¹⁰³⁴ En detalle, Capítulo IV, Apartado IV, punto 3 ss. (pp. 171 ss.).

¹⁰³⁵ En sentido similar, PAWLIK, «Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke», en SCHUMANN, *Das Strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, p. 103, se ha referido a la relación entre deber de cooperación, deber de soportar la acción punitiva y tributación fiscal, en los siguientes términos: «el

Esta equivalencia funcional depende, conforme lo sostenido en el Capítulo IV, de que la regularización tributaria pueda ser intersubjetivamente interpretada como una (nueva) toma de posición *revisionista* respecto del previo quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento. Dicho de otro modo: se trata de un reconocimiento positivo de la norma previamente quebrantada que altera la dimensión comunicativa del hecho punible. Así las cosas, cuando *el obligado* tributario o autor del delito se presenta de forma *voluntaria* ante la Administración, *reconoce* la defraudación cometida y *paga* la deuda tributaria, lleva a cabo un comportamiento funcionalmente equivalente al cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva. A partir aquí, se podría fundamentar la impunidad que genera: cuando el defraudador regulariza, modifica la expresión de sentido del hecho punible; el deber de soportar la punición deja de ser exigible y, en esa medida, el Estado pierde su derecho a ejercer el *ius puniendi* (que es su expresión correlativa).

3. Requisitos de una regularización funcionalmente equivalente

Concebir la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributiva produce, al igual que en el caso del desistimiento, cambios importantes en la estructura del instituto. En concreto, las acciones (reconocimiento de la deuda y la exigencia del pago) y exigencias modales identificadas previamente (voluntariedad y carácter personalmente imputable), adoptarán aquí una imagen distinta, pues se llenan de contenido a partir de la función retributiva que caracteriza a las acciones punitivas. Según creo, esos cambios pueden ayudar a que la regularización tributaria encuentre un lugar más cómodo dentro del sistema punitivo y la aplicación práctica del instituto resulte más satisfactoria.

3.1. El carácter voluntario del comportamiento regularizador

Si bien es cierto que la legislación española no alude al concepto de voluntariedad o espontaneidad, tal requisito se exige –bajo distintas interpretaciones, algunas más objetivas, otras menos– por prácticamente la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia.¹⁰³⁶ Si se considera a la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributivo-comunicativa, al igual que sucedía con el desistimiento de la tentativa, el carácter voluntario del instituto resulta indispensable. Según dijimos, la voluntariedad que caracteriza a estos institutos no es más que un armónico de la nota dominante, esto es, la concepción del Derecho como praxis efectivamente practicada (así concebido, el Derecho solo puede ser el producto de la *voluntad libre y racional* de

deber de cooperar [en la construcción de un Estado de libertades] y *el deber de tolerar el castigo que de allí deriva, son una especie de deber de tributación ampliado*».

¹⁰³⁶ Véase, en lugar de muchos y con amplias referencias, IGLESIAS RÍOS, *La regularización...*, 2003, pp. 301 ss., donde se destaca que, cualquiera la interpretación, «*nadie duda de que una actuación involuntaria no es compatible con el espíritu que anima la figura [...]*».

los sujetos que intervienen en su construcción y desarrollo). Por esa razón, el eje de rotación de la regularización tributaria se asienta en el común denominador modal de las dos acciones que la componen: su carácter voluntario.¹⁰³⁷ La pregunta clave, ahora, es la siguiente: ¿qué debe entenderse por regularización voluntaria?

Una respuesta consistente a esa cuestión no ha sido desarrollada en el ámbito de la regularización tributaria. En esta línea y hasta donde alcanzo, la doctrina no menciona más que dos cuestiones básicas al respecto: conforme con la primera, se reconoce que la voluntariedad es un concepto que, indefectiblemente, debe ser normativizado; concretamente: no se puede equiparar voluntariedad con ausencia de motivos abyectos (o la necesaria concurrencia de motivos loables).¹⁰³⁸ Conforme con la segunda, la doctrina normalmente equipara la voluntariedad con la ausencia de coacción, por lo que se ha limitado a concebir este requisito legislativo como una exigencia negativa.¹⁰³⁹ Este punto de partida es, en mi opinión, esencialmente correcto. Si la regularización constituye un equivalente funcional de la pena retributiva, tampoco los motivos abyectos o egoístas por los cuales el ciudadano se comporta conforme a Derecho son relevantes para atribuirle, desde el punto de vista intersubjetivo, capacidad contributiva. Respecto del segundo paso, también coincido en que la voluntariedad exige la ausencia de coacción jurídicamente relevante.

Sin embargo, mantengo con la doctrina dominante dos disidencias importantes. La primera tiene que ver con la propia exigencia negativa (ausencia de coacción) de la regularización tributaria. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, a los fines de maximizar la normativización del concepto de voluntariedad, el legislador habría institucionalizado determinadas «*causas de bloqueo*» que deben interpretarse bajo un paradigma más bien formalista, dando lugar a aquello que la doctrina alemana llama «involuntariedad formalizada» (*formalisierte Unfreiwilligkeit*).¹⁰⁴⁰ Con ello, la voluntariedad queda convertida en una especie de plazo objetivo-temporal para la realización del comportamiento regularizador. En este sentido, en ausencia de dichas causas de bloqueo, el reconocimiento y pago de la deuda tributaria siempre constituye una regularización voluntaria eximente de pena. Por el contrario, la concurrencia de una

¹⁰³⁷ En idéntico sentido, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones...*, 2020, pp. 596-597, equipara el requisito a la voluntariedad que exige el desistimiento de la tentativa. Respecto del desistimiento, AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 219: «*el sentido del carácter voluntario [del desistimiento] puede encontrarse en el hecho de garantizar los presupuestos para una confirmación de la vigencia [del Derecho]*».

¹⁰³⁸ BRANDARIZ GARCÍA, *Estudios Penales y Criminológicos* (24), 2003, pp. 87 ss., IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal...*, 2003, p. 308.

¹⁰³⁹ En esto ha insistido, recientemente, LANDERA LURI, *Excusas absolutorias...*, 2018, pp. 122 s.: «*la voluntariedad [...] se identifica [...] con la ausencia de coacción*».

¹⁰⁴⁰ HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche...*, 2006, p. 43; HOYER, *SK*, § 261/33. Como veremos luego, la legislación alemana opta por un sistema que privilegia un análisis sustancial (y no formal) de la voluntariedad.

de esas causas de bloqueo transformaría automáticamente el comportamiento del agente en una «*regularización tardía*» (art. 305.6 CPE) que no exime de pena al agente, sino que da lugar a una atenuación privilegiada.¹⁰⁴¹

La segunda tiene que ver con la identificación que se hace entre voluntariedad y ausencia de coacción: la pregunta radica en si ese requisito negativo (ausencia de coacción) basta para normativizar de modo suficiente el requisito de la voluntariedad o si, por el contrario, hace falta algo más. Brevemente: la ausencia de coacción es una condición necesaria de la voluntariedad, pero ¿es también condición suficiente? En el Capítulo V de esta investigación, relativo al desistimiento de la tentativa imperfecta, contestamos por la negativa: la ausencia de coacción jurídicamente relevante configura la «*dimensión cuantitativa*» de la voluntariedad, pero esta debe ser complementada con una «*dimensión cualitativa*».¹⁰⁴² Aquí continuamos por la misma línea interpretativa.

a. La dimensión cuantitativa

En su dimensión cuantitativa, la voluntariedad exige acreditar la ausencia de coerción jurídicamente relevante. Esto significa: un acto solo puede considerarse libre y voluntario si constituye la expresión de una «*posibilidad socialmente garantizada de actuar sin el influjo indeseado de otros sujetos o de otros factores de influencia*».¹⁰⁴³ Su carácter voluntario requiere, entonces, poder precisar [a] las acciones y también [b] los factores coercitivos cuya influencia debe ser eliminada para que esas acciones puedan ser consideradas libres y voluntarias.¹⁰⁴⁴

A diferencia de lo que sucedía con el desistimiento de la tentativa, en el caso de la regularización tributaria nos encontramos con una situación particular: por tratarse de un instituto interno a un delito concreto (la defraudación), el legislador sí que ha especificado ambas cuestiones. Las acciones son el *reconocimiento* y el *pago* de la deuda, mientras que los *factores coercitivos* vienen representados por aquello que la doctrina española denomina «causas de bloqueo» y la alemana «causas de exclusión de la voluntariedad» (*Ausschlussgründe des Freiwilligkeit*). De las acciones nos ocuparemos luego. Aquí lo importante es dejar claro lo siguiente: eso que la doctrina dominante llama «*causas de bloqueo*» (cuya concurrencia necesariamente eliminaría la posibilidad de regularizar) representan, en el paradigma aquí defendido, los *factores*

¹⁰⁴¹ El texto legal concede a los tribunales la *posibilidad* de atenuar, en uno o dos grados, la escala penal de la defraudación cuando el agente, «*antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado*», haya satisfecho la deuda tributaria y reconocido judicialmente los hechos. Sobre el particular, véase Apartado VI (pp. 387 ss.).

¹⁰⁴² En detalle, Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.B.c (pp. 286 ss.).

¹⁰⁴³ AMELUNG, *ZStW* (120), 2008, p. 222.

¹⁰⁴⁴ GUTMANN, *Die Freiwilligkeit...*, 1963, p. 140; también, pero en el ámbito del consentimiento justificante, AMELUNG, *NStZ* (6), 2006, p. 318.

coercitivos que el legislador ha especificado y cuya concurrencia *podría* eliminar el carácter libre de esa acción. A *contrario sensu*: el comportamiento del agente solo debe considerarse voluntario cuando ha sido ejecutado *sin la influencia material* de esos factores coercitivos.

Una vez entendidas las causas de bloqueo como factores coercitivos que pueden irritar la voluntariedad del acto, es preciso revisar la posición estrictamente formalista sostenida por la doctrina y jurisprudencia dominante. En mi opinión, la *concurrencia formal* de un factor coercitivo no anula (automáticamente) la posibilidad de regularización tributaria ni obliga a tratar el caso como una «regularización tardía». Concebirlas como un *límite temporal* en términos estrictamente formales, no es del todo acertado, pues eso no resulta coherente con el carácter verdaderamente voluntario que exige la regularización. Por el contrario, una vez entendida como equivalente funcional de la pena retributiva e introducida la noción de factores coercitivos, se hace posible afirmar lo siguiente: la mera concurrencia formal no basta para eliminar la (dimensión cuantitativa de la) voluntariedad, pues la disminución de libertad del agente no se produce, *ipso facto*, con su simple advenimiento.

En el caso del ordenamiento jurídico español, debe advertirse que el cambio de paradigma aquí propuesto, no implica reemplazar la notificación formal (exigida en el texto legal) por un efectivo conocimiento respecto de su concurrencia, sino introducir este conocimiento en el juicio de voluntariedad y encontrar un sistema equilibrado para ambas cuestiones. Normativizar esta dimensión cuantitativa requiere, según creo, dividir el juicio de voluntariedad en dos pasos distintos: el primero consiste en analizar la *concurrencia objetiva* de un factor coercitivo; el segundo, en establecer si tal concurrencia se ha materializado en una *influencia material concreta* sobre la conducta del defraudador.

Conforme dicha subdivisión, el carácter voluntario del comportamiento del agente no solo puede afirmarse en virtud de la *ausencia objetiva* de tales factores coercitivos, sino también por la *ausencia de influencia material* de los mismos sobre el comportamiento regularizador. Como consecuencia, la propuesta aquí formulada posee una ventaja fundamental sobre la interpretación formalista: en caso de concurrencia formal del factor coercitivo, el agente puede acreditar que dicha concurrencia no se ha visto *materialmente reflejada* en su comportamiento (que no se ha materializado como un factor de influencia jurídicamente relevante).

Por tratarse de factores especialmente previstos y de carácter eminentemente formal, esto será difícil de acreditar, en especial en aquellos casos donde el factor coercitivo se produce en sede administrativa mediante la notificación de que se están cursando actuaciones. Sin embargo, no se trata de supuestos meramente teóricos, pues existen casos en donde el sujeto comparece ante la Administración y declara su voluntad

específica de regularizar, pero sin poder aportar todavía los datos necesarios acerca de la defraudación cometida, comprometiéndose a entregarlos cuando le sea factible.¹⁰⁴⁵ Si luego de expresar claramente su voluntad de regularizar pero antes de que formalmente se produzca dicha regularización, se presenta un factor coercitivo, sería posible acreditar que dicho factor no ha ejercido una influencia material sobre la voluntariedad. Si así lo hiciera, entonces el comportamiento también debería considerarse una regularización voluntaria.

Más problemático resulta el caso inverso, a saber: aquellos supuestos en que la *ausencia formal* del factor coercitivo concurre con la *presencia material* de conocimiento de su existencia por parte del autor de la defraudación tributaria. Me refiero a los casos en los que el autor ha tomado conocimiento de que existen factores coercitivos por una vía distinta a las notificaciones legalmente previstas en el art. 305.4 CPE.¹⁰⁴⁶ La pregunta, en definitiva, es qué solución cabe cuando el sujeto tiene *conocimiento material* sobre la concurrencia de los factores distorsivos pero realiza actos de regularización *antes* de que se curse la notificación formal. Aquí caben, en principio, dos respuestas posibles:

(I) Si se considera que la estructura de análisis de la voluntariedad cuantitativa (compuesta, dijimos, por dos pasos) es de carácter *rígida*, entonces tales actos deberán considerarse, en todo caso, voluntarios y constitutivos de regularización. En efecto: si la única forma de llegar al paso dos es haber obtenido una conclusión positiva en el paso uno, entonces solo existe posibilidad de analizar la influencia material del factor coercitivo cuando este concurre formalmente.¹⁰⁴⁷

(II) Si se considera, por el contrario, que la estructura de análisis es *flexible*, entonces pueden existir casos en los que, pese a la no concurrencia formal de un factor coercitivo, los actos de regularización deben estimarse ineficaces, por haberse visto materialmente irritado su carácter voluntario.

En mi opinión, creo que sería posible inclinarse por una estructura flexible siempre que la carga de la prueba se haga recaer sobre quien alega la falta de voluntariedad del comportamiento regularizador del agente. En suma, inclinarse por una estructura flexible permitiría acreditar la efectiva influencia material de un factor coercitivo a

¹⁰⁴⁵ Una situación parecida tuvo lugar ante el Tribunal Económico Administrativo Central el día 28 de abril de 1993 (véase LANDERA LURI, *Excusas absolutorias...*, 2018, p. 101), o en aquellos casos en que la Administración da formalmente por notificado al agente.

¹⁰⁴⁶ Salvo para el caso de interposición de querrela o denuncia, en la que el texto legal parece no requerir notificación.

¹⁰⁴⁷ En este sentido, la STS 746/2018, ponente Del Moral García, señala en su argumento tercero que el «requerimiento o notificación formal resulta imprescindible para que opere la causa de bloqueo. El sujeto ciertamente podría haber llegado a conocer el inicio de las actuaciones inspectoras por una vía distinta, y regularizar con urgencia antes de recibir la notificación oficial. Pese a no existir espontaneidad, en ese supuesto deberá respetarse el resultado desinclinador porque lo señala así la ley en pro de la seguridad jurídica».

pesar de su no concurrencia formal. Con ello se obtiene una nueva ventaja por sobre la interpretación formalista: aquí se concede a la Administración la posibilidad de demostrar que, pese a no haber sido formalmente notificado de la existencia de las actuaciones, el autor (en función de las circunstancias fácticas del caso)¹⁰⁴⁸ *debió tener conocimiento* de que la defraudación había sido total o parcialmente descubierta. En términos simples: así como la concurrencia formal de un factor distorsivo no impide que el agente demuestre el carácter verdaderamente voluntario de su regularización, la *no concurrencia formal* tampoco impide al Estado demostrar su efectiva influencia material (la involuntariedad del acto).

De hecho, esto es precisamente lo que pretende la normativa alemana, en tanto el § 371.(2).2 AO establece que el autor no podrá quedar exento de pena cuando la autoridad haya descubierto total o parcialmente el hecho delictivo y el sujeto tuviera conocimiento de ello o cuando, en función de una razonable apreciación de las circunstancias, pueda concluirse que *debió tener* conocimiento de ello. Como es evidente, la norma pretende asegurar el carácter verdaderamente voluntario del instituto: a pesar de no haber sido notificado formalmente, el comportamiento del agente puede haber visto materialmente afectado cuando las circunstancias permitan afirmar que *debió tener* conocimiento de su total o parcial descubrimiento.¹⁰⁴⁹

Las ventajas señaladas, desde el punto de vista práctico, impedirían que se produzcan ciertas consecuencias político criminales insatisfactorias como las que se pusieron de manifiesto en el caso Neymar.¹⁰⁵⁰ Al mismo tiempo, se cerraría también la posibilidad de regularización a los defraudadores que, teniendo conocimiento material sobre la

¹⁰⁴⁸ Sobre el concepto de racionalidad comunicativa o epistémicamente justificada, BACIGALUPO, *Hacia el nuevo Derecho penal*, 2006, pp. 31 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 762 ss.

¹⁰⁴⁹ También sugiere una interpretación de las causas de bloqueo más acorde a la legislación alemana, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra...*, 1995, p. 183.

¹⁰⁵⁰ En el verano del año 2013, con ocasión del fichaje del futbolista Neymar, el FC Barcelona realizó una serie de negocios jurídicos que aparentaban ser operaciones mercantiles con ciertas sociedades administradas por el padre del jugador. En verdad, tales sociedades operaban como intermediarias y las supuestas operaciones mercantiles no eran más que los pagos que el FC Barcelona realizaba al jugador en concepto de retribuciones laborales. De esa forma, se fragmentaban los pagos para mantener oculta la verdadera suma total de la retribución laboral, eludiendo así el impuesto sobre la renta de no residentes. Investigada la maniobra y luego de haberse presentado denuncia *contra el presidente y los directivos* del FC Barcelona por los delitos de apropiación indebida y administración desleal, en febrero de 2014 el Ministerio Fiscal instó la investigación, produciéndose la imputación de la *persona jurídica* FC Barcelona el día 20 de febrero de 2014. Cuatro días después de la imputación, el FC Barcelona efectuó el ingreso extemporáneo de las retenciones por una suma de más de 13,5 millones de euros. El FC Barcelona –en tanto persona jurídica- fue condenado de forma atenuada por reparación del daño. Por el contrario, los directivos inicialmente denunciados fueron *exonerados* de responsabilidad penal porque se consideró que, a su respecto, se trataba de una regularización tributaria realizada de forma «voluntaria». El argumento: las personas físicas no habían sido hasta ese momento imputados y «no se apreciaba ninguna causa de bloqueo».

existencia de las actuaciones, realizan maniobras dilatorias dirigidas a evitar que la notificación de las mismas se haga efectiva.¹⁰⁵¹

b. La dimensión cualitativa

La dimensión cuantitativa de la voluntariedad, entendida como ausencia de coacción jurídicamente relevante, constituye una condición necesaria, pero, según dijimos, no suficiente para el juicio completo de voluntariedad. Para ello es necesario incorporar una dimensión cualitativa en la que se valoran, bajo determinadas condiciones, los motivos que subyacen al comportamiento regularizador. Sin embargo, en virtud del alejamiento que hemos propiciado respecto de las teorías psicológicas y de la necesidad de normativizar este concepto, no debe equipararse aquí voluntariedad con la concurrencia de motivos loables.¹⁰⁵² Caracterizar el instituto como un equivalente funcional de la pena retributiva, no modifica esa importante conclusión: reiteramos que aquí no se trata de exigir un comportamiento expresivo de una experiencia metanoica del agente en favor del Derecho.¹⁰⁵³ Si el ciudadano cumple con su deber de cooperación originario (se comporta conforme a lo exigido por el Derecho) o su reemplazo punitivo (el deber de soportar la punición u otro funcionalmente equivalente), es irrelevante el motivo egoísta o poco loable que lo impulsa a ello: a tal comportamiento se le atribuye, desde el punto de vista intersubjetivo, capacidad contributiva.

Para acreditar la dimensión cualitativa de la voluntariedad se exige bastante menos que eso, siendo suficiente con que el comportamiento del agente sea la expresión de una toma de posición favorable a [un reconocimiento positivo de] la norma de comportamiento precedentemente quebrantada; brevemente: expresar una toma de posición revisionista del injusto culpable de defraudación tributaria. Para ello y en la medida en que la regularización tributaria constituye un equivalente funcional de la pena retributiva, tal comportamiento no podrá ser, al mismo tiempo, expresivo de un contenido comunicativo directamente incompatible con la construcción de la praxis jurídica. Dicho de otro modo: en su dimensión cualitativa, el requisito de la voluntariedad permite excluir aquellos comportamientos que, a pesar de haber sido

¹⁰⁵¹ En el ámbito de la regularización tributaria, los casos de discordancia objetivo-subjetiva, en que el obligado tributario erróneamente cree que su infracción ha sido descubierta, configuran casos de laboratorio y por eso no son analizados en el texto. En cualquier caso, entiendo que deberían ser aplicables aquí las consideraciones vertidas en el Capítulo VII, Apartado IV, punto 3.1.a (pp. 428 ss.).

¹⁰⁵² Este alejamiento de las teorías psicológicas y la consecuente normativización del concepto de voluntariedad, a pesar de lo erróneamente sugerido por ciertos autores, no es un problema para la fundamentación penal de la regularización. Tal normativización, de hecho, solo podría encontrar tensión con la fundamentación jurídico penal del instituto en la medida en que esta última se asentara en una tesis preventivo especial positiva de la pena. En el mismo sentido, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003, pp. 178 ss.

¹⁰⁵³ Véase al respecto, Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.B.e (pp. 291 ss.).

libremente elegidos por el ciudadano (volitivos), constituyan una manifiesta expresión de un contenido comunicativo contradictorio respecto de la construcción del Derecho en tanto ordenamiento efectivamente practicado.

Según creo, esto es precisamente lo que sucede cuando la regularización tributaria efectuada por el administrador de la sociedad constituye, al mismo tiempo, la comisión de otro delito. Basta pensar, p. ej., en el administrador de una sociedad que recepta los bienes de origen delictivo y los hace pasar por el producto de su actividad lícita, destinándolos finalmente al pago de la deuda tributaria originada por una anterior defraudación, dando lugar, de ese modo, a un delito de blanqueo de capitales.

3.2. *El carácter «personalmente imputable» de la regularización tributaria*

Al analizar la estructura de la regularización tributaria, identificamos dos requisitos modales que debían acompañar a las acciones correspondientes de reconocimiento y pago. El más importante de esos requisitos ha sido analizado en el punto anterior y se corresponde con la voluntariedad del comportamiento. En este punto, debemos ocuparnos del carácter personalmente imputable de la conducta postdelictiva de regularización tributaria. Este requisito, como ya hemos visto, parece surgir claramente de la legislación alemana y austríaca; pero también ha tenido expresa recepción legal, a partir de la reforma del año 2012, en el ordenamiento español. En efecto, el legislador español ha impuesto la exigencia de que sea el propio «obligado tributario» quien realice esas acciones de reconocimiento y pago.

La reforma del año 2012 parece haber apoyado esta interpretación, en la medida en que el legislador incluyó, en el art. 305.4, la expresión «obligado tributario»; y en la superatenuante del art. 305.6, la expresión «autor del delito». Sin embargo, estas referencias no son indispensables, pues el carácter personal de la regularización tributaria era sostenido ya por la doctrina mayoritaria antes de la reforma. De *lege lata*, tal conclusión se sustentaba en que el texto legal anterior eximía de pena quien regularice «su» situación tributaria. De *lege ferenda*, se afirmaba que, por tratarse de una causa *personal* de exclusión de la pena, el comportamiento debía ser desarrollado por el autor del hecho delictivo.¹⁰⁵⁴

Según creo, el esquema conceptual aquí propuesto permite dar una interpretación satisfactoria a este requisito modal: la regularización tributaria es un comportamiento que debe llevar adelante, en todo caso, el autor de la defraudación tributaria precedente.¹⁰⁵⁵ Esta interpretación se apoya en lo siguiente: nos encontramos ante un

¹⁰⁵⁴ Véase, con mayores referencias doctrinales y jurisprudenciales previas a la reforma, IGLESIAS RÍOS, *La regularización...*, 2003, pp. 162 ss. y 342 ss.; BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 429 ss.

¹⁰⁵⁵ En idéntico sentido, FERRÉ OLIVÉ, *Tratado...*, 2019, p. 308: «la única persona legitimada para [presentar la declaración complementaria] es el autor del hecho delictivo, aquel sobre el que ha pesado el deber tributario y ha llevado a cabo las maniobras que derivaron en la defraudación a la Hacienda Pública»; BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 458.

comportamiento funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva, el cual es estrictamente personal, por lo que la regularización también debe ser un comportamiento personalmente imputable al interviniente en el hecho delictivo precedente.

Una vez delineados los requisitos modales de la regularización tributaria, podemos ocuparnos de las concretas conductas que se exigen al autor de la defraudación precedente para concederle impunidad. La pregunta podría precisarse del modo siguiente: ¿qué características tienen, o deben tener, esas acciones para desempeñar la prestación retributiva? Comenzaremos por el reconocimiento de la deuda.

3.3. *El reconocimiento de la deuda*

El esquema aquí propuesto obliga a modificar la interpretación que sostiene la doctrina mayoritaria respecto del acto de reconocimiento que hace el obligado tributario. Este acto, ya hemos adelantado, no puede concebirse como el cumplimiento extemporáneo del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento. Desde otra perspectiva, sostendremos aquí que dicha conducta postdelictiva permite *evidenciar* la comisión del delito mediante el reconocimiento de su consecuencia central: la deuda tributaria. Se trata de la realización de un acto, voluntario y personalmente imputable, mediante el cual el autor *reconoce* la comisión de un injusto culpable de defraudación tributaria y determina los contornos fácticos del mismo. Lo que debe hacer el autor, por tanto, es seguir el procedimiento formal y presentarse ante la Administración para hacerle saber cuándo y cómo ha sido por él defraudada.

El fundamento por el cual cabe exigir el reconocimiento veraz y completo de la deuda tributaria no se asienta, entonces, en la *utilidad* que pueda presentar en términos fiscales, sino en la comunicación socialmente relevante, por parte del agente, de que ha cometido un injusto culpable. En este sentido, lleva razón SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que el reconocimiento de la deuda queda mejor expresado como un caso particular de *confesión*, pues este «*contiene un importante elemento simbólico de negación del delito y, en esa medida, muestra una dimensión comunicativa (de reafirmación del Derecho)*». ¹⁰⁵⁶ Con ello, el reconocimiento de la deuda parece encontrar un mejor acomodo en el instituto pues, como tendremos oportunidad de analizar en el Capítulo siguiente, la esencia de la confesión radica también en su carácter voluntario y espontáneo. ¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 123.

¹⁰⁵⁷ Según GARRO CARRERA, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes de reparación...*, 2008, p. 101: «*La operatividad de la atenuante de confesión se halla supeditada a un especial valor de la conducta del infractor. [...] Lo decisivo es que la confesión se produzca en tiempo oportuno y que revista una cierta espontaneidad*». En detalle, Capítulo VII, Apartado IV, punto 3.1 (pp. 426 ss.).

De hecho, este cambio de perspectiva lograría explicar, de modo coherente, la modificación legislativa del ordenamiento español: el objeto del reconocimiento no es la cuota tributaria (ese era el objeto del deber de cooperación originario), sino la deuda tributaria (cuota tributaria, intereses de demora y demás recargos). Y es que esa concreta deuda tributaria, en tanto incluye intereses y recargos, solo puede existir como consecuencia de la previa realización de un comportamiento infractor que, en este caso, constituye una defraudación típica. Por tanto, quien reconoce la existencia de esta deuda tributaria, mediante regularización, está revelando el origen de esa deuda: la previa comisión del delito de defraudación tributaria.

Por otra parte, se proporciona un punto de referencia distinto para interpretar las exigencias de veracidad, precisión y completitud del reconocimiento. No se trata de requisitos que se refieran al original deber de cooperación (la tributación), sino respecto de la *deuda* originada por la previa defraudación tributaria que lo ha quebrantado. De modo preciso: lo que el agente debe reconocer en forma *veraz y completa* es cómo se originó la deuda tributaria, dado que esta es el producto de un fraude a la Administración. El reconocimiento, entonces, debe poner en evidencia (a través de una declaración veraz) cómo es que se manipularon previamente los datos relevantes para la tributación.¹⁰⁵⁸

3.4. *El pago de la deuda*

En el Apartado III de este Capítulo, concluimos que los esquemas tradicionales de fundamentación de la regularización tributaria resultan deficitarios en un punto clave: ninguno de ellos logra explicar, de forma coherente, la exigencia del pago de la deuda tributaria. Aquellos que se pronuncian en favor de un fundamento jurídico penal y participan de la visión patrimonialista de la defraudación, equiparan el pago con la reparación del daño a la víctima (personificada en la Hacienda Pública). Sin embargo, hemos visto que tanto la visión patrimonialista del delito de defraudación tributaria como también la identificación entre pago y reparación (así como la posibilidad de considerar a la Hacienda Pública como una *víctima*), resultan problemáticas. Por su parte, quienes adoptan una visión institucionalista del delito de defraudación tributaria, generalmente abogan por una fundamentación mixta de la regularización (penal-tributaria). Conforme con esa línea, el pago solo puede justificarse en el interés fiscal recaudatorio y, con ello, volvemos a caer en la instrumentalización del Derecho penal (pues se lo concibe como un mecanismo destinado a incrementar la recaudación).

¹⁰⁵⁸ En sentido similar, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 268-269: «lo determinante para valorar si el reconocimiento es o no veraz consistirá en acreditar la presencia de manipulaciones u omisiones no-secundarias o esenciales de las que se pueda hacer responsable al empresario»; y que el reconocimiento posee veracidad si «permite a la Administración conocer exactamente la situación irregular existente» (p. 271).

Estas dificultades para justificar el requisito del pago de la regularización tributaria, ya dijimos, parecen impulsar a que algunos autores aboguen por eliminarlo. Sin embargo, la propuesta no convence: al introducir la exigencia del pago en la regularización tributaria, el legislador no ha hecho más que dar cabida institucional a una cuestión que ya venía siendo exigida por la doctrina y jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria. La regularización tributaria, entonces, no puede quedar reducida al mero reconocimiento de la previa comisión del delito de defraudación. Ambos elementos deben encontrar un lugar coherente y armónico en la interpretación del instituto.

Según creo, si la regularización tributaria se entiende como un comportamiento funcionalmente equivalente al deber de soportar la punición (originado por la comisión de un delito de defraudación), el requisito del pago debe adquirir un matiz diferente. El punto de partida es recordar que la regularización tributaria no es un presupuesto negativo (o condición resolutoria) del previo quebrantamiento culpable de la norma de conducta, sino un presupuesto negativo de la aplicación de la norma de sanción. El pago es un requisito de la regularización y, como tal, pertenece a la norma de sanción, por lo que su fundamento debe buscarse a la luz de una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva. Como consecuencia, el requisito del pago no puede ser fundamentado, en ningún caso, como el cumplimiento extemporáneo de un deber de tributar, sino como exigencia destinada a garantizar la capacidad expresiva del comportamiento funcionalmente equivalente. Para precisar esta idea, creo que puede ser útil responder dos interrogantes fundamentales: [a] ¿por qué es necesario exigir ciertos requisitos al comportamiento para atribuirle, intersubjetivamente, la capacidad de desempeñar la prestación retributiva?; y [b] ¿por qué el pago de la deuda es una de esas exigencias en el caso de la regularización tributaria?

Respecto de lo primero [a] ya nos hemos expresado con anterioridad: la respuesta radica en el carácter contradictorio que presenta, en virtud de la previa infracción al deber de cooperación, todo comportamiento posterior al hecho delictivo.¹⁰⁵⁹ En este sentido, dado que el sujeto ya ha expresado una toma de posición contraria al deber de cooperar en la construcción de la praxis colectiva (mediante el quebrantamiento de la norma de comportamiento), el comportamiento posterior que implica un reconocimiento positivo de la norma aparece como contradictorio desde un punto de vista comunicativo. Esto da lugar a que dicho comportamiento adolezca de un «*déficit estructural de credibilidad*»¹⁰⁶⁰ que necesita ser subsanado mediante una determinada objetivación. Brevemente: para asignarle capacidad expresiva plena a dicha conducta del agente, el legislador exige ciertos formalismos y requisitos.

¹⁰⁵⁹ Véase, en detalle, Capítulo V, Apartado V, punto 2.1 (pp. 269 ss.).

¹⁰⁶⁰ WEGE, *Rücktritt...*, 2011, pp. 85 ss. Sobre la necesidad de objetivar la toma de posición, fundamental, MURMANN, *Versuchsunrecht...*, 1999, pp. 32 y 34-35.

Respecto de lo segundo [b], la pregunta puede reformularse en términos más precisos: ¿por qué el pago voluntario de la deuda tributaria es uno de esos requisitos que el legislador exige para considerar a la regularización como un comportamiento capaz de materializar la prestación retributiva? Según adelantamos arriba, en tanto equivalente funcional de la pena retributiva, la exigencia del pago está destinada a garantizar la credibilidad del mentís formulado por el agente. En este sentido, a través del pago, el autor garantiza que su toma de posición quede lo suficientemente objetivada, pues se desprende de los bienes que simbolizan el exceso de libertad que él mismo se ha arrogado de forma antijurídica, mediante la defraudación previa. La credibilidad aumenta porque el autor, al eliminar de su esfera de libertad aquello que posee apariencia de legalidad (pero es antijurídico), *hace coincidir la situación fáctica con lo jurídicamente establecido respecto de su patrimonio*.

A partir de aquí, el requisito del pago adquiere pleno sentido comunicativo, pues su exigencia está destinada a que el agente, de forma voluntaria, haga coincidir la existencia concreta de su patrimonio (en tanto símbolo indiscutible de la libertad jurídicamente garantizada) con lo jurídicamente establecido por el Derecho. Con el acomodo de su propia esfera de libertad a lo reconocido por el Derecho (de manera voluntaria y siguiendo el procedimiento establecido para ello) el autor comunica la indisolubilidad formal del vínculo entre el disfrute de la libertad y la cooperación en el mantenimiento de la misma. La exigencia del pago es racional porque el patrimonio del agente, puesto en los términos de PAWLIK, es una libertad de actuación cosificada; si se prefiere, con la muy citada afirmación de DÜRIG: el patrimonio no es más que libertad coagulada (*Das Vermögen als geronnene Freiheit*).¹⁰⁶¹ Esa objetivación permite afirmar que la regularización tributaria y el cumplimiento del deber de soportar la acción punitiva consiguen, en los términos ya expresados, poner en concordancia el concepto con la existencia del Derecho.

Valga el siguiente parangón: el ciudadano que, parado en la plaza pública, grita: *¡la norma del homicidio no vale para mí!*, puede estar tomando posición contraria al vigente orden de libertades, pero no quebranta la norma de comportamiento respectiva. La toma de posición contraria al deber de cooperación solo interesa en la medida en que esta tenga lugar mediante el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento. Del mismo modo, una vez que el sujeto ya ha quebrantado de modo irrevocable la norma, un mero reconocimiento de la infracción no resulta suficiente para que tal comportamiento posterior pueda ser intersubjetivamente interpretado como un equivalente funcional del deber de soportar la punición. El mero reconocimiento no tiene, entonces, la intensidad suficiente para lograr inhibir por completo la facultad punitiva del Estado. Para ello es necesario cierto grado de objetivación de la nueva toma de posición revisionista.

¹⁰⁶¹ PAWLIK, *Das unerlaubte...*, 1999, p. 263.

3.5. La necesaria intervención de la Administración

Ahora bien, queda todavía por responder aquí una cuestión adicional, relativa a un requisito modal que, si bien no ha sido expresamente contemplado en el texto legal, está presente en la teoría y la práctica cotidiana de la regularización tributaria: la necesaria intervención de la Administración.¹⁰⁶² Formulado de otro modo: hacer coincidir la existencia concreta del patrimonio con lo jurídicamente establecido por el Derecho, ¿se podría lograr mediante un medio distinto a la entrega de dinero a la Administración? Esta pregunta es válida porque nos permite precisar lo anteriormente dicho: si lo verdaderamente relevante fuera el hecho de que el agente acomode *fácticamente* su patrimonio a lo jurídicamente exigido, no sería necesario exigir que el agente entregue el dinero al Estado. Un defraudador anarco-capitalista podría argumentar, como parte de su desprecio a la cosa pública, que dicho acomodo también se logra si, en lugar de entregar el dinero a la Administración, lo quema.¹⁰⁶³

Como dije, esto apunta a la cuestión del modo en que el agente materializa ese acomodo fáctico, en concreto, si es o no relevante para atribuir, a su comportamiento, el estatus de equivalente funcional de la pena retributiva. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión no puede ser más que afirmativa. Los equivalentes funcionales de la pena retributiva no encuentran fundamento en la pura facticidad (en este caso la disminución del patrimonio del autor), sino en su capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible y, por tanto, en el sentido expresivo que atribuimos a este comportamiento postdelictivo. Retomando una expresión vertida en la primera parte de esta investigación: no se trata de un sustrato sino del *sentido asignado* a un sustrato. Y para que dicha asignación de sentido pueda tener lugar, existen un conjunto de condiciones que no pueden obviarse. Un ejemplo cinematográfico puede ser esclarecedor: si, frente a la inacción del Estado, un tercero particular priva de su libertad al autor de un delito (incluso cuando dicha privación sea por el tiempo exacto de condena que le correspondería), sería incorrecto atribuir a dicho comportamiento un sentido punitivo y asignarle, entonces, el carácter de equivalente funcional de la pena retributiva. Tal comportamiento es, simplemente, un delito de privación ilegítima de libertad.¹⁰⁶⁴ El procedimiento estatal y formal dispuesto por el legislador, tanto para las acciones punitivas como para sus equivalentes funcionales institucionalizados, resulta constitutivo del sentido comunicativo que dichas acciones poseen. Fuera de ese marco institucional y formal, que es presupuesto de la comunicación penal, el sentido punitivo no existe como tal.

¹⁰⁶² Sobre el particular, en lugar de muchos y con mayores referencias, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 279 ss.

¹⁰⁶³ Agradezco al Dr. COCA VILA la observación.

¹⁰⁶⁴ *El secreto de sus ojos* , 2009, Dir. Campanella.

3.6. Resumen y ventajas

Concebir a la regularización tributaria como un equivalente funcional de la pena retributiva significa, en términos breves, algo como lo siguiente. Con el reconocimiento y pago de la deuda tributaria –siempre que se realice mediante los canales institucionalizados previstos para ello– el autor expresa que el ordenamiento jurídico continúa siendo (¡también para él!) un espacio de racionalidad práctica institucionalizada en el que alcanzar la libertad real. Tanto es así, que el agente ha delineado los contornos fácticos del hecho delictivo cometido y ha acomodado voluntariamente su esfera de libertad (mediante la modificación de su patrimonio, uno de los símbolos indiscutibles de la misma) a lo que resulta jurídicamente exigible. Con ello, el autor demuestra que todavía se puede contar con su contribución a la Idea del Derecho; en palabras de HEGEL, a la «*libertad, conformada en realidad de un mundo*».¹⁰⁶⁵

Esta concepción, según creo, permite obtener ciertas ventajas importantes respecto del alcance subjetivo del instituto. En primer lugar, el modelo aquí sustentado debería alinearse con una concreta interpretación que, para conceder impunidad a los partícipes, hace cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia. Según esa interpretación, todo interviniente en la defraudación tributaria puede, efectivamente, beneficiarse de la posterior regularización del autor, pero para ello debe haber contribuido de algún modo a su realización.¹⁰⁶⁶ En este sentido, si bien es cierto que desde la perspectiva de la norma de sanción puede afirmarse la existencia de un hecho común, que les pertenece a todos los intervinientes, eso no implica que el comportamiento postdelictivo, realizado por uno de ellos, necesariamente deba beneficiar a todos. Para decirlo en términos precisos: modificar la dimensión de sentido comunicativo del hecho punible a través de un comportamiento posterior, es algo que puede tener lugar mediante una nueva toma de posición personal frente al Derecho y con la que se relativiza el sentido comunicativo del previo quebrantamiento culpable de la norma.

¹⁰⁶⁵ «*Freiheit, zur Wirklichkeit einer Welt gestaltet*»; HEGEL, «Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III», en EL MISMO, *Werke* (n. 62), p. 303. La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 35, nota 158.

¹⁰⁶⁶ Con amplias referencias a la doctrina española y alemana, IGLESIAS RÍOS, *La regularización...*, pp. 168 ss. En contra, BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, pp. 458 ss., entiende que «*el partícipe no está llamado a regularizar*», ni pueden contribuir a esa regularización, pues «*los actos que de lege lata configuran el instituto de la regularización (reconocimiento y pago) solo pueden cumplirse por quien ostentaba el deber de cotización, esto es, por el obligado o autor*». Como consecuencia, se inclina por una exención de pena automática para los partícipes en caso de regularización por el autor, pero fundamentada en razones político-criminales. Sin embargo, creo que no es del todo acertado afirmar que los partícipes no puedan contribuir a la regularización tributaria del autor. Si pueden contribuir a la realización de un delito especial, no veo por qué no pueden contribuir al comportamiento postdelictivo del mismo.

En segundo lugar, este carácter personal permite dar solución a los casos en los que el autor del delito y el regularizador de la deuda son distintos, pero ambos actúan en representación del «obligado tributario». Me refiero, en concreto, a los casos en que el administrador defraudador es reemplazado por un administrador regularizador. En estos casos, quien conciba a la regularización tributaria como una causa que suprime el injusto (aunque se trate de un injusto provisionalmente consumado), necesariamente deberá conceder impunidad al *administrador defraudador* en virtud de la regularización que, por nombre y cuenta de la empresa, llevó adelante un *nuevo administrador*. El modelo aquí sustentado, por el contrario, permite impedir esta indeseable consecuencia.¹⁰⁶⁷

Por último, en relación con el alcance objetivo de la regularización, algo hemos adelantado previamente. Según dijimos, no es cierto que una fundamentación estrictamente penal del instituto tenga problemas para explicar la impunidad de las irregularidades contables y falsedades documentales instrumentales. La explicación radica, según la doctrina al uso, en que esos delitos se encuentran en una relación de concurso medial con el delito principal. Según se dice, la regularización afecta la punibilidad de esos delitos porque, en verdad, se trata de acciones que *integran* la propia defraudación. En este sentido, BUSTOS RUBIO afirma:

*«Cuando el sujeto regulariza su situación compensa el conjunto delictivo ejecutado, esto es, la defraudación comprensiva de determinadas falsedades o irregularidades de carácter contable que forman parte de la misma, puesto que se llevaron a cabo, no con autonomía punitiva, sino como parte necesaria e integrante de la propia defraudación».*¹⁰⁶⁸

Según creo, el modelo aquí propiciado permite una fundamentación más acabada de la argumentación resumida en el párrafo citado. En este sentido, cuando se afirma que la regularización afecta el «conjunto delictivo ejecutado», no se explica por qué la defraudación «comprende» esas falsedades o irregularidades. Esa explicación aparece con mayor claridad cuando se concibe a la regularización tributaria como un comportamiento postdelictivo con capacidad para modificar la dimensión comunicativa del *hecho punible*. En efecto, dado que este concepto (dinámico) se construye desde la perspectiva de la norma de sanción, es enteramente factible que en él puedan incluirse varios injustos culpables. Para decirlo de modo preciso: un mismo hecho punible puede estar «compuesto» por varios quebrantamientos culpables, ya sea de la misma norma o

¹⁰⁶⁷ Agradezco al Dr. RICARDO ROBLES haber puesto de relieve esta cuestión. La resolución de esta problemática excede esta investigación, en la medida en que requiere determinar primero quién es el obligado tributario, qué relación existe entre dicho obligado y los administradores, y cuál es el fundamento por el cual se puede castigar a los administradores por los hechos del obligado tributario.

¹⁰⁶⁸ BUSTOS RUBIO, *La regularización...*, 2016, p. 391. El destacado me pertenece.

de normas de conducta muy diversas.¹⁰⁶⁹ Aplicado al caso, parece lógico afirmar que el concepto de hecho punible abarca tanto a la defraudación como también a las irregularidades contables y falsedades instrumentales (estrictamente necesarias para cometer la primera). Y es precisamente ese hecho punible lo que constituye el objeto de referencia de la regularización, en la medida en que es la dimensión comunicativa del primero lo que se ve modificado por la realización de la segunda.

VI. BREVE EXCURSO SOBRE LA (MAL LLAMADA) «REGULARIZACIÓN TARDÍA»

Entre las conductas delictivas que afectan la Hacienda Pública, existe un grupo de tipos penales para los que el legislador introdujo, en el año 2012, un régimen atenuatorio bastante particular.¹⁰⁷⁰ El más importante de todos esos tipos penales, naturalmente, es la defraudación tributaria, cuya escala penal puede quedar considerablemente reducida (en uno o dos grados) si el agente responsable, en un plazo determinado, materializa una conducta postdelictiva. Conforme el texto legal incorporado en el art. 305.6 CPE:

«Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos».

En ocasiones, se ha denominado a este comportamiento postdelictivo como «regularización tardía». La denominación pone de manifiesto que se pretende identificar esta conducta postdelictiva con el fundamento y la estructura de la regularización tributaria. Según esta perspectiva, la distinción entre ambos institutos radicaría, exclusivamente, en una cuestión temporal: la atenuante extraordinaria del art. 305.6 CPE, no es más que un comportamiento idéntico a la regularización tributaria que tiene lugar una vez que esta ya no es posible. Se trataría, en esencia, de un pago extemporáneo de la deuda tributaria (al igual que lo es la regularización, pero posterior a esta y dentro de un plazo determinado) que va acompañado de un reconocimiento judicial de los hechos. Para estos autores, entonces, la regularización tributaria y la atenuante de regularización tardía, comparten un mismo fundamento: se trata de una acumulación de dos circunstancias atenuantes ya contempladas por el legislador. Por un lado, la existencia de una reparación total del daño causado, mediante el pago de la deuda tributaria; y, por otro, la concurrencia de una confesión de los hechos delictivos (ahora en sede judicial).

¹⁰⁶⁹ BINDING, *Die Normen...*, 2ª ed., 1890, pp. 209 ss., denomina a estos casos como «crímenes compuestos» (*zusammengesetzte Verbrechen*), por oposición a aquellos crímenes simples, que suponen una única infracción a la norma de comportamiento.

¹⁰⁷⁰ En el ordenamiento jurídico español, los tribunales pueden aplicar la atenuante a los delitos contemplados en los artículos 305, 305 bis, 307, 307 ter y 308.

Sobre la posibilidad de afirmar que nos encontramos ante una confesión, volveremos luego. Aquí me interesa destacar que, desde esta perspectiva, el centro de gravitación de la regularización tributaria y de esta calificada atenuante, se asienta en la reparación del daño.¹⁰⁷¹ En este sentido, ambas figuras pertenecen a la misma lógica punitiva edulcorada o flexible: la única diferencia entre estos dos comportamientos postdelictivos radica en el momento en que se produce la satisfacción extemporánea de la deuda, y eso justifica la reducción del beneficio punitivo. En definitiva: la pretensión punitiva está subordinada al interés fiscal, por lo que mientras antes pague el obligado, menor será la entidad del riesgo de ser castigado al que se expone. A partir de esta premisa, no habría problema en afirmar que si el pago de la deuda tributaria tiene lugar fuera del plazo de dos meses contemplado por la atenuante extraordinaria, o tiene lugar de modo incompleto (o ambas cosas a la vez), resulta perfectamente posible aplicar la atenuante ordinaria de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CPE.¹⁰⁷²

En este modelo, el completo escenario del delito fiscal queda organizado, en un ejemplo, de la siguiente manera. Supongamos que un obligado tributario, mediante personas interpuestas y apertura de cuentas en paraísos fiscales, defrauda a la Administración en 800.000 euros (podrían ser 10 millones también, y la escala penal no superaría los 6 años). Está claro que, si el agente regulariza antes de ser *formalmente* descubierto, no será castigado. Ahora bien, si la maniobra defraudatoria es descubierta por la Administración y el agente es imputado judicialmente, goza todavía de un plazo de dos meses para pagar su deuda tributaria y reconocer la defraudación cometida. Con ello, la escala penal original (de 2 a 6 años) quedaría reducida a lo siguiente: de 6 a 12 meses (en caso de que la reducción sea en dos grados) y de 1 a 2 años (si la reducción es un grado).¹⁰⁷³ Por el contrario, si paga la deuda tributaria (o lo hace de forma parcial) una vez transcurridos esos dos meses (pero antes del juicio oral), la pena aplicable se mantendrá en la mitad inferior de la escala (de 2 a 4 años) por aplicación del art. 21.5. Por último, cabe mencionar que dicha regularización tardía o reparación del daño, no son las únicas opciones a la mano del imputado. Debe recordarse que la reforma del 2015 introdujo, en el art. 308 bis, un régimen excepcional de suspensión de la ejecución de la pena. Conforme lo allí estipulado, siempre que se cumplan los requisitos del art. 80, el condenado puede acceder a la suspensión de la ejecución de la pena si «*asume el compromiso de satisfacer la deuda tributaria [...] de acuerdo a su capacidad económica*». De esta manera, el sujeto puede preferir ser efectivamente condenado y asumir ese compromiso de satisfacer la deuda dentro de los límites de su capacidad económica.

¹⁰⁷¹ Así, CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica...*, 2016, pp. 337 ss.

¹⁰⁷² CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica...*, 2016, p. 338.

¹⁰⁷³ En el conocido caso del «entrenador del Real Madrid», sucedió precisamente eso: por el delito de defraudación agravada (por ser el monto de más de 600.000 euros y por haber utilizado paraísos fiscales para cometerlo), el condenado recibió una pena de 7 meses de prisión y multa de 380.000 euros.

La disposición contenida en este texto, sin embargo, ha sido extensamente criticada por un sector de la doctrina especializada (muchas de esas críticas, incluso, se formularon antes de que la atenuante fuera efectivamente incorporada al Código penal). Estos autores manifiestan que la introducción de la atenuante extraordinaria produce un efecto indeseado: destruye completamente la función prospectiva de la norma de comportamiento que se deriva del tipo penal de la defraudación tributaria. En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER señala lo siguiente: el legislador ha introducido aquí un régimen extraordinario y excepcional de atenuación de pena que, en razón de la escala punitiva prevista para la defraudación tributaria, nos acerca peligrosamente a la venta de impunidad.¹⁰⁷⁴ Dicho de otro modo: se pone en manos del defraudador una herramienta que le permite incorporar, en el cálculo de costes de la maniobra defraudatoria, el descuento de pena por pago en caso de ser descubierto.

Al margen de la crítica anterior (que aquí se comparte en términos generales), me interesa destacar otra cuestión. En el modelo aquí defendido, la atenuante extraordinaria del art. 305.6 CPE no puede ser equiparada, en su fundamento ni naturaleza jurídica, con la regularización tributaria. Si la regularización tributaria se considera un auténtico equivalente funcional de la pena retributiva, su fundamento exige (y por tanto el eje de rotación del instituto pasa por) el carácter voluntario del comportamiento del agente. Pero resulta que, en el caso de la «regularización tardía», es precisamente esa voluntariedad la que se echa en falta. Por otra parte, cabe advertir que el legislador tampoco se concede a este atenuante el mismo alcance objetivo ni subjetivo que a la regularización tributaria, lo que hace pensar que su fundamento y naturaleza jurídica no puede ser equiparado. En este sentido, la «regularización tardía» no exime de responsabilidad penal por las falsedades instrumentales ni tampoco abre la puerta a la atenuación de pena para los partícipes. De hecho, el propio texto legal ha incorporado un atenuante para los partícipes que nada tiene que ver con el previsto para el autor y parece acoplarse al instituto de la delación. En definitiva, aquello que parece vincular ambos institutos radica, exclusivamente, en el pago de deuda tributaria. Pero resulta que dicho pago, en el caso de la regularización tributaria, es solo una exigencia destinada a garantizar la capacidad expresiva de un comportamiento funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva. Ahora bien, cabe preguntarse aquí si de esta circunstancia, es decir, del hecho que otro comportamiento postdelictivo pueda ser materialmente idéntico a la regularización tributaria, es razón suficiente para equiparar su naturaleza jurídica o fundamento. En mi opinión, creo que la respuesta debería ser negativa.

¹⁰⁷⁴ IGLESIAS RÍOS, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico...*, 2013, pp. 824 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La reforma del Derecho penal tributario. Nuevas oportunidades para el fraude fiscal», en *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho* (181), 2012, pp. 12 ss.; EL MISMO, «La superatenuación por “regularización tardía” y la compra de impunidad. Motivos para una derogación», en DEMETRIO CRESPO et al. (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, 2019, pp. 43 ss.

Una pregunta ulterior es si es posible fundamentar el efecto atenuante de este comportamiento postdelictivo recurriendo a la atenuante de confesión prevista en el art. 21.4 del CPE. Al respecto, creo que esto tampoco tiene perspectiva de éxito: en la mal llamada «regularización tardía», tampoco se presentan los requisitos necesarios para reconocer una atenuación de pena por confesión del agente. Quien se beneficia de esta atenuante privilegiada, a decir verdad, no ha confesado de forma voluntaria su delito precedente. El defraudador ya imputado solo ha contribuido, desde un punto de vista procesal y en sede judicial, a la construcción de la plataforma fáctica del proceso penal. Advertir esto requiere, por supuesto, distinguir entre la dimensión sustancial y la dimensión procesal de la confesión. Esto será objeto del Capítulo siguiente.

VII. CONCLUSIONES

1. La regularización tributaria posee un restringido ámbito de aplicación (se trata de un instituto interno a la defraudación tributaria) y una específica consecuencia jurídica (acarrea la impunidad). En la medida en que se trata de un comportamiento posterior a un hecho consumado, es necesario proporcionar una explicación sistemática coherente a la impunidad que genera y concederle un ámbito de aplicación racional al instituto. Caso contrario, se erosiona la función prospectiva de la norma de comportamiento del tipo penal de defraudación tributaria.

2. Para realizar esta tarea, se distinguen aquí dos grupos de consideraciones diferentes. Por un lado, en la medida en que necesitamos saber por qué dejamos de castigar una defraudación regularizada, es necesario tener en cuenta por qué, en primer lugar, castigamos esas conductas. En este sentido, es imperioso atender al fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria. Por otro, para explicar de forma sistemáticamente coherente la impunidad que genera, debemos atender también a la naturaleza jurídica o ubicación sistemática del instituto.

3. En relación con el fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria, las posiciones doctrinales pueden dividirse en dos grandes grupos. Asumiendo la perspectiva del bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria justifica la punibilidad de la defraudación en su idoneidad para lesionar o poner en peligro «*el patrimonio*» o la «*función tributaria*». Un sector minoritario, por su parte, señala la insuficiencia de la noción de bien jurídico y fundamenta la punibilidad de la defraudación tributaria con base en el paradigma de la *autonomía de la persona* en Derecho.

3.1. Hacia el interior del paradigma del bien jurídico, es un lugar común distinguir entre [a] las *tesis patrimonialistas* y [b] las *tesis funcionales*. Las primeras, no pueden probar que una concreta defraudación tenga (por sí misma) capacidad para lesionar o poner en peligro el patrimonio estatal, por lo que la única vía para legitimar su

criminalización es concebirla como un *delito cumulativo*. Las segundas, optan por una estrategia de fraccionamiento del bien jurídico: el bien jurídico protegido por la defraudación es institucional y colectivo, autónomo e independiente del *objeto de protección* (que es el patrimonio): la «*actividad hacendística*». Sin embargo, una concreta defraudación tampoco puede poner en peligro el *correcto funcionamiento* de la actividad hacendística: para ello, debe recurrirse nuevamente al paradigma de la *acumulación*. Las tesis eclécticas tampoco logran mejores resultados: quienes combinan patrimonio y función hacendística, no solo fraccionan el bien jurídico (en mediato o inmediato), sino también la fase en el cual se puede agredir el bien jurídico, adelantando la punibilidad a la fase de liquidación del tributo (en un momento anterior a la verdadera existencia del bien jurídico). Quienes separan la *ratio legis* (bien jurídico cuya protección *legítima* la criminalización) del criterio a partir del cual se *determinan las acciones típicamente lesivas*, están reconociendo que las conductas objeto de la norma prohibitiva solo tienen capacidad lesiva respecto de un objeto diferente de aquel cuya protección legítima la intervención punitiva.

3.2. Quienes vinculan el concepto material de delito con la idea de autonomía de la persona en Derecho, legitiman la punibilidad de la defraudación tributaria a partir de su carácter lesivo para con la dimensión institucional de la autonomía. La defraudación tributaria supone el quebrantamiento de deberes positivos, fundamentados en la idea de *solidaridad* para con una institución estatal: la Hacienda Pública.

4. Del análisis de ambas líneas teóricas surge una conclusión evidente: la norma de comportamiento quebrantada mediante la defraudación tributaria, posee una legitimidad retributivamente precaria. Esta cuestión se pone de manifiesto cuando la punibilidad se fundamenta a través del paradigma del delito cumulativo (dimensión prospectiva); o bien cuando se la concibe como quebrantamiento de un deber *excepcional* y fundado exclusivamente en un principio de *solidaridad* (dimensión retrospectiva). Y este déficit de legitimidad es, precisamente, lo que permite explicar que la punibilidad de la defraudación quede condicionada a la no-regularización. Esto explica el carácter *interno* a la defraudación tributaria que posee el instituto.

5. Respecto de la naturaleza jurídica, el estado de la cuestión doctrinal presenta deficiencias importantes.

5.1. Afirmar que se trata de un elemento negativo del tipo, acarrea numerosos problemas dogmáticos y transforma la figura típica en una omisión de garante por injerencia derivada de un acto atípico. Su comprensión como caso de *desistimiento post-consumativo*, por su parte, presenta dos problemas fundamentales: [a] duplica innecesariamente los conceptos de injusto [b] duplica también los desistimientos posibles, generando contradicciones valorativas.

5.2. La regularización tributaria, como causa de exclusión de la antijuridicidad, es un instituto lógicamente imposible.

5.3. Tampoco se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal, pues estas nada tienen que ver con el comportamiento voluntario del agente.

5.4. Afirmar que constituye una causa de supresión o levantamiento de pena es, por último, tan correcto como vacío de contenido.

6. En relación al fundamento de la regularización tributaria, el estado de la cuestión también es deficiente:

6.1. El fundamento fiscal no puede explicar el carácter voluntario de la regularización.

6.2. El fundamento penal, al menos como ha sido estructurado hasta el momento, tampoco puede explicar adecuadamente la exigencia del pago.

6.3. Las teorías mixtas, por su parte, generan contradicciones insalvables.

7. Aquí se propone una reconstrucción del instituto bajo la hipótesis de que: [a] su *naturaleza jurídica* es la de ser un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, en concreto, un equivalente funcional de la pena retributiva; y [b] su *fundamento* debe ser obtenido a partir de una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva. La regularización tributaria se concibe aquí como la institucionalización legislativa de un comportamiento materialmente distinto, pero funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva. Regularizada la deuda tributaria, el sujeto modifica la dimensión comunicativa de su hecho punible mediante una nueva toma de posición que relativiza el previo quebrantamiento culpable de la norma y, con ello, el deber de soportar la punición deja de ser exigible (por lo que el Estado ve inhibida la posibilidad de imponer pena).

8. Concebir la regularización tributaria como equivalente funcional de la pena nos provee una justificación clara acerca de necesidad exigir determinados requisitos a la regularización. Dado que se trata de un comportamiento posterior al quebrantamiento de la norma, su expresiva adolece de un «*déficit estructural de credibilidad*». Para que la regularización pueda desempeñar correctamente la prestación retributiva, debemos subsanar ese déficit, para lo cual se exigen estos requisitos.

9. El modelo nos provee, también, una explicación más coherente de esos requisitos, pues estos deben determinarse a la luz de la función retributivo-comunicativa de las acciones punitivas.

9.1. Respecto de la voluntariedad y, por un lado, su papel central para la regularización se explica con mayor facilidad y coherencia. Por otro, la normativización

de este concepto, en el modelo aquí defendido, requiere distinguir dos dimensiones: cuantitativa y cualitativa.

9.1.1. En su dimensión cuantitativa, la voluntariedad se define como el *estado de independencia* que, respecto de la *influencia material de determinados factores coercitivos*, exhibe el comportamiento del agente que regulariza. Para ello, es necesario establecer [a] *las acciones* («*libertad para*» o «*Freiheit wozu*») que el sujeto puede desarrollar libremente; [b] *los factores coercitivos* respecto de los que las acciones deben exhibir un estado de independencia («*libertad de*» o «*Freiheit wovon*»). Las acciones son *reconocimiento y pago* de la deuda, mientras que los *factores coercitivos* vienen dados por las *causas de bloqueo*. A partir de esta dimensión cuantitativa de la voluntariedad, es preciso revisar la posición estrictamente formalista. La formulación de un juicio de voluntariedad cuantitativa debe realizarse mediante una estructura dual y flexible, según la cual debe analizarse tanto la *conurrencia objetiva* como también la *influencia material concreta* de los factores coercitivos. Esto permite solucionar de forma más adecuada los casos de discordancia (conurrencia formal, pero ausencia de influencia material y ausencia formal, pero influencia material).

9.1.2. En su dimensión cualitativa, la voluntariedad exige que la regularización pueda interpretarse como una toma de posición revisionista del injusto culpable de defraudación tributaria y, como consecuencia, favorable a [un reconocimiento positivo de] la norma de comportamiento precedentemente quebrantada. A la inversa: una regularización no puede ser funcionalmente equivalente si con ella se expresa una toma de posición contraria al deber de cooperar en la construcción colectiva de la praxis jurídica mediante el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento.

9.2. El reconocimiento y pago de la deuda son las acciones exigidas por el legislador para la regularización tributaria. Estas acciones ya no pueden ser comprendidas como cumplimiento extemporáneo del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento, sino como exigencias destinadas a que el comportamiento pueda desempeñar la prestación retributiva. Se trata, entonces, de mecanismos de expresión objetivada destinados a suplir el déficit de credibilidad intrínseco del mentís que supone toda regularización tributaria.

9.2.1. Con el reconocimiento, el autor de la defraudación admite la comisión de un injusto culpable y determina sus contornos fácticos mediante el esclarecimiento de su consecuencia central: la deuda tributaria.

9.2.2 El pago, por su parte, incrementa la credibilidad de la toma de posición favorable al Derecho y, con ello, refuerza la capacidad expresiva del comportamiento funcionalmente equivalente. La credibilidad aumenta porque el autor hace coincidir la situación fáctica con lo verdaderamente jurídico y, con ello, pone en concordancia el concepto con la existencia del Derecho.

10. Concebir la regularización tributaria como un comportamiento postdelictivo con capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible (un equivalente funcional de la pena retributiva eventualmente imponible), genera también ventajas a la hora de determinar el alcance objetivo y subjetivo del instituto. Respecto de lo primero, y al igual que el deber de tolerancia punitiva, se trata de un instituto estrictamente personal. Los partícipes que quieran beneficiarse de la impunidad que acarrea la regularización de la deuda, deberán colaborar a su realización. Respecto de lo segundo, la impunidad de los delitos conexos se explica a través de la propia noción de hecho punible, en la medida en que este puede abarcar, perfectamente, injustos culpables diversos.

11. La (mal) denominada «regularización tardía» no puede equipararse, ni en su fundamento ni en su naturaleza jurídica, a la regularización tributaria. A lo sumo, es una reparación; y en la medida en que se le siga concediendo un efecto atenuante muy calificado, se estará erosionando la función prospectiva de la norma de comportamiento.



CAPÍTULO VII

ATENUANTE GENÉRICA DE CONFESIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este séptimo y último Capítulo, realizamos un análisis detallado de la atenuante genérica de confesión. La elección de este particular instituto puede justificarse con base en dos razones principales. Por un lado, es indudable que la confesión posee una relevancia enorme en la praxis jurídico-penal, pues se trata de una atenuante reiteradamente aplicada en la jurisprudencia. Por otro, ya hemos puesto de manifiesto en reiteradas oportunidades que existen motivos «internos» a esta investigación que abogan por su análisis. En efecto, si pretendemos dar un panorama completo sobre los equivalentes funcionales, no solo debemos probar la capacidad de rendimiento del modelo cuando se trata de institutos que inhiben la facultad punitiva del Estado, sino también cuando su concurrencia implica una mera disminución de esa facultad.

La estructura del Capítulo está dividida en tres bloques de contenido. En el Apartado II se introducen algunas consideraciones preliminares, de índole más bien conceptual, que considero oportunas para delimitar el objeto de estudio. En primer lugar, se traza la distinción entre dimensión procesal y dimensión sustancial de la confesión (1). Sin ninguna pretensión de desconocer la relevancia práctica de la primera, ni los importantes vínculos que pueden existir entre ambas, focalizamos nuestra atención exclusivamente en la segunda. Como consecuencia, se toma la siguiente premisa de partida: la confesión solo es relevante, para esta investigación, en la medida en que representa un comportamiento del agente (mediante el cual reconoce su propia responsabilidad y) que permite atenuar la intensidad de la reacción punitiva del Estado. Esclarecido esto, se adopta una segunda premisa conceptual, ampliamente difundida en la doctrina y según la cual puede definirse a la confesión como un comportamiento postdelictivo y supererogatorio que da lugar a una atenuante extrínseca (2).

Una vez delimitada la dimensión del instituto que consideramos relevante para esta investigación, el Apartado III da cuenta de la discusión doctrinal relativa al fundamento de la atenuante genérica de confesión voluntaria del delito. En primer lugar, se desarrollan los lineamientos centrales del argumento utilitario-economicista que adopta la doctrina dominante (en sus diferentes variantes) para fundamentar el efecto atenuante de la confesión (1). En segundo lugar, se exponen las principales deficiencias de esta perspectiva utilitaria (2).

El Apartado IV constituye el núcleo propositivo de este Capítulo. Allí se establecen las premisas centrales de nuestra perspectiva alternativa, tanto en relación a la fundamentación como a la ubicación sistemática y consecuencias de la atenuante genérica de confesión. En primer término, como ya es habitual en esta segunda parte de la investigación, se comienza por analizar la ubicación normativa del instituto a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción (1). Decidida esta

cuestión (a favor de considerar la confesión como un presupuesto negativo de la norma de sanción), se analiza, en segundo lugar, su fundamento jurídico. Esta tarea se desarrolla, como es lógico, con base en las conclusiones adoptadas en la primera parte de esta investigación y relativas a la teoría de la pena retributiva (2). A partir de allí, se conceptualiza la atenuante genérica de confesión como un equivalente funcional de la pena retributiva, esto es, un comportamiento posterior el injusto culpable con capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible. Establecidos los lineamientos teóricos que gobiernan el instituto, el paso siguiente es extraer las consecuencias sistemáticas que genera el cambio de perspectiva aquí propiciado. Para ello, se distinguen dos planos distintos. Hacia el interior del instituto, se analizan primero los requisitos que deben exigirse a una confesión funcionalmente equivalente a la pena retributiva; en concreto, la necesidad de su concurrencia y el contenido de significado de cada uno de ellos (3). En el punto siguiente, se extraen las consecuencias prácticas que este modelo genera en relación al alcance de la atenuante de confesión: se propone aquí considerarla como un equivalente funcional de alcance *variable*, esto es, *parcial-total* (4). Hacia fuera del instituto, por último, se describen brevemente las consecuencias sistemáticas que este cambio de perspectiva produce en relación con la atenuante analógica y la «*confesión involuntaria o tardía*» (5). El Apartado V resume las conclusiones.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Aproximación conceptual: la dimensión procesal y sustancial de la confesión

En un lenguaje coloquial, una confesión es el acto mediante el cual un sujeto reconoce haber hecho algo que, desde alguna perspectiva, se percibe como errado o trasgresor. En nuestro ámbito, este punto de partida genérico puede ser precisado si se atiende a la distinción conceptual que, respecto del instituto, ha introducido recientemente FRISTER.¹⁰⁷⁵ Conforme con ella y desde una perspectiva jurídico-penal, la confesión de un hecho delictivo puede consistir en la pura *admisión de los hechos* que conforman la plataforma fáctica del caso (y que debe ser acreditada en vistas a la imputación de responsabilidad); pero también puede implicar el *pleno reconocimiento de la propia*

¹⁰⁷⁵ FRISTER, «Zur Strafmildernde Wirkung eines schuldnerkennenden Geständnis», en HECKER *et al.* (eds.), *FS-Rengier*, 2018, pp. 377 ss. La distinción proviene, en verdad, del proceso civil. Allí se distingue entre *a*) la *admisión de los hechos* alegados por la contraparte; y *b*) el *reconocimiento de la pretensión (jurídica)* de la contraparte. Es evidente que, como el propio FRISTER reconoce, las consecuencias jurídicas de esta distinción no son aplicables en el ámbito jurídico penal, pues ninguna confesión puede generar, por sí misma y sin entrar en el fondo de la cuestión, el dictado de una sentencia condenatoria. Sin embargo, ello no implica que la distinción no pueda utilizarse desde un punto de vista conceptual.

culpabilidad por la previa realización esos hechos.¹⁰⁷⁶ A partir de aquí, parece razonable distinguir, como lo viene haciendo un amplio sector de la doctrina, *dos dimensiones* diferentes de la confesión (jurídico-penalmente relevante).¹⁰⁷⁷

Por un lado, no puede negarse que la confesión posee una *dimensión procesal* importante; desde antaño, se considera que esta declaración del autor constituye un medio de prueba válido para el establecimiento de la plataforma fáctica del caso a juzgar. De hecho y hasta no hace mucho tiempo, la confesión del agente responsable tenía un valor probatorio tan elevado que su concurrencia relevaba de cualquier otra tarea investigativa al Estado (razón por la cual llegó a denominarse la «*prueba reina*»). Sin embargo, con el advenimiento del Estado democrático de Derecho, los principios o reglas que regulan la forma de producción y valoración de este medio probatorio se han visto sustancialmente modificados. En efecto, una vez consagrada la garantía constitucional de no declarar contra uno mismo, la confesión dejó de ser el centro de gravitación del proceso penal. En los ordenamientos modernos, se trata de un medio de prueba ordinario, reglado por el principio de la libre valoración y cuya incorporación válida al proceso se encuentra sometida a múltiples y rígidas exigencias.¹⁰⁷⁸ Al margen de su vertiente procesal, es evidente que, por otro lado, el instituto de la confesión posee también una *dimensión sustancial*. Con base en esta dimensión, muchos ordenamientos jurídicos establecen la posibilidad de atenuar la intensidad del reproche punitivo cuando el agente reconoce su propia responsabilidad en la previa comisión de un injusto culpable.

Formular la distinción entre ambas dimensiones no implica, por supuesto, que se trate de cuestiones inconexas o aisladas. El objetivo último del proceso penal, está claro, no es otro que el de posibilitar la realización del Derecho penal sustancial. Dicho de modo

¹⁰⁷⁶ FRISTER circunscribe su análisis a la confesión interna al proceso penal, por lo que el reconocimiento de la culpabilidad implica «*reconocer como justificada la imputación de culpabilidad que formula la fiscalía*». En el marco de esta investigación, por razones que se exponen a continuación en el texto, el instituto de la confesión debe considerarse como comprensivo de dos dimensiones distintas y bien diferenciadas.

¹⁰⁷⁷ En idéntico sentido, HÖNIG, *Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte des Strafzwecke*, 2004, pp. 57-58; HAUER, *Geständnis und Absprache*, 2007, p. 19; HSU, *Die Bewertung des Geständnis in der Strafzumessung und in der Beweisausnahme als Sonderproblem der Urteilabsprache*, 2007, pp. 1 ss.; DENCKER, «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *ZStW* (102-1), 1990, pp. 51 ss. Este último autor, de hecho, menciona un tercer aspecto o dimensión de la confesión, en la que esta constituye una «*conducta procesal*», y que normalmente queda oculto tras la función probatoria del instituto. En esa dimensión, la confesión se presenta como un factor decisivamente influyente en la marcha del proceso (p. 54). En la doctrina española, en lugar de muchos, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 102 ss. y pp. 148 ss.; GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación...*, 2008, pp. 83 ss.; GARRO CARRERA, «La atenuante de confesión de la infracción: discusión sobre su fundamento», en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos...*, 2009, pp. 157 ss.

¹⁰⁷⁸ Un repaso histórico sobre la dimensión procesal de la confesión en Alemania, en HÖNIG, *Die strafmildernde Wirkung...*, 2004, pp. 15 ss.

preciso: en un Estado democrático de Derecho, el ejercicio de toda acción punitiva está condicionado al previo quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento respectiva; y acreditar la concurrencia de este presupuesto es una tarea institucionalmente reglada, que solo puede tener lugar a través de la realización de un proceso penal.¹⁰⁷⁹

Lo anterior, sin embargo, no impide lo siguiente: la diferenciación resulta útil, al menos, por dos razones. En primer lugar, la distinción permite asignar, a cada una de esas dimensiones, fundamentos y consecuencias jurídicas diferentes e independientes entre sí. En este sentido, mientras la dimensión procesal contribuye al descubrimiento de la verdad real y a fijar la plataforma fáctica del caso, la dimensión sustancial impacta en la intensidad de la acción punitiva que el Estado emite como respuesta, atenuándola.¹⁰⁸⁰ Como consecuencia, se hace posible afirmar que la sola admisión de los hechos por parte del encausado (dimensión procesal) no implica, automáticamente, que deba procederse a atenuar la facultad punitiva del Estado (dimensión sustancial). Como contracara, la aplicación de la atenuante de pena por el reconocimiento voluntario de la propia responsabilidad tampoco repercute, necesariamente, en la construcción de la plataforma fáctica del proceso.¹⁰⁸¹

Si bien es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, ambas cuestiones van de la mano, ello no tiene por qué ser necesariamente así; especialmente cuando dicha confesión se produce una vez iniciado el proceso penal. En efecto, resulta perfectamente posible que, durante el juicio, el imputado admita los hechos que se le endilgan y, al mismo tiempo, niegue la imputación que se le formula a título de culpabilidad.

En segundo término (pero también vinculado con lo anterior), distinguir los fundamentos y el ámbito de aplicación de cada una permite asignar, a su vez, un contenido distinto a las dimensiones del instituto. Y es que, como ya hemos afirmado en otras oportunidades, los requisitos y exigencias de un determinado instituto jurídico-penal están estrictamente relacionados con el fundamento y la función que se le atribuye. Así las cosas, en su vertiente procesal (como medio de prueba destinado a acreditar la plataforma fáctica del caso), el instituto de la confesión posee requisitos

¹⁰⁷⁹ En este sentido, si el «*el mandamiento de encontrar la verdad material [constituye] el corazón de todo el proceso penal*» (SCHÜNEMANN, «Die Absprachen im Strafverfahren», en HANACK *et al.* (eds.), *FS-Rieß*, p. 539), es porque se considera que la concurrencia del quebrantamiento culpable de la norma es presupuesto indispensable para la aplicación de la norma de sanción.

¹⁰⁸⁰ De hecho, FRISTER, solo reconoce los efectos atenuantes de la pena por confesión del imputado cuando esta declaración suponga un verdadero reconocimiento de culpabilidad, pues solo esta confesión tiene capacidad para «*compensar el daño a la vigencia de la norma*» (FRISTER, *FS-Rengier*, 2018, p. 383). Sobre el particular, *infra*, Apartado IV (pp. 421 ss.).

¹⁰⁸¹ En idéntico sentido, MAÑALICH, «El comportamiento supererogatorio como atenuante de la responsabilidad penal»; *Revista de Derecho* (XXVIII-2), 2015, p. 234.

bien diferentes de aquellos otros requisitos que derivan de su vertiente sustancial (como un atenuante de la pena eventualmente imponible).

A título ejemplificativo, puede recordarse lo siguiente: la confesión tendiente a acreditar la plataforma fáctica del caso posee dos características específicas que, al menos en el ordenamiento español, no aparecen en su dimensión sustancial. Como medio de prueba, la confesión puede presentarse en cualquier instancia del proceso penal y no tiene un efecto concluyente (pues para acreditar la culpabilidad del imputado no basta con su mera confesión, sino que deben producirse otras pruebas de cargo).¹⁰⁸² En su dimensión sustancial, por el contrario, la confesión debe ser siempre voluntaria o espontánea (por tanto, es generalmente previa al inicio del proceso o, al menos, no puede presentarse en cualquier instancia del mismo) y sus efectos si son concluyentes pues, conforme a la mayoría de los ordenamientos, su concurrencia implica una atenuación obligatoria de la pena eventualmente imponible al autor.

En esta investigación, no nos interesa la dimensión procesal del instituto; la confesión no se contempla aquí como medio probatorio destinado a sustentar una hipótesis acusatoria. Por el contrario, nos ocupamos de la confesión en tanto instituto de la parte general del Derecho penal sustancial; esto significa: como atenuante genérica que inhibe parcialmente la facultad punitiva del Estado. En lo que sigue, entonces, un comportamiento de confesión solo interesa en la medida en que aminora la intensidad de la reacción punitiva que el Estado queda habilitado a ejercer a título de reproche (por la comisión de un injusto culpable). La confesión es, desde esta perspectiva sustancial, un comportamiento posterior al hecho delictivo, voluntario e imputable al agente responsable por el quebrantamiento culpable de una norma de conducta, que atenúa la entidad del reproche punitivo.

Esta dimensión sustancial de la confesión, por lo demás, está vastamente difundida entre la doctrina y la jurisprudencia (tanto de corte germánica como iberoamericana),¹⁰⁸³ e incluso ha encontrado en muchos ordenamientos positivos específica recepción normativa. El art. 21.4 del CPE establece la posibilidad de atenuar el reproche punitivo cuando el autor del hecho, «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él», haya confesado ante las autoridades el quebrantamiento culpable de la norma respectiva. El art. 46.1.g del CP de Perú atenúa la responsabilidad criminal cuando el agente se presenta «voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad». El art. 46.9 del CP de Uruguay atenúa la pena si el agente se hubiera «presentado ante la autoridad,

¹⁰⁸² Por supuesto, esto no implica negar el efecto atenuante que pueden tener determinadas confesiones que el imputado realiza dentro del marco del proceso penal. Véase *infra*, Apartado IV, punto 5 (pp. 441 ss.).

¹⁰⁸³ HAUER, *Geständnis...*, 2007, p. 81, califica a esta dimensión sustancial de la confesión como «un fenómeno universal».

confesando el delito, cuando de las circunstancias resultare que [...] pudo sustraerse a la pena, por la ocultación o la fuga». Por su parte, el § 34.17 del CP de Austria erige a la confesión por arrepentimiento como una «causa específica de atenuación de pena».

En el caso de la legislación alemana, no existe una disposición normativa específica que prevea la atenuante por confesión.¹⁰⁸⁴ Sin embargo, el § 46.2 del StGB establece que la conducta posterior al hecho puede constituir una circunstancia atenuante que debe ser tenida en cuenta al momento de la imposición de la pena.¹⁰⁸⁵ A partir de esta disposición, la gran mayoría de la doctrina concibe a la confesión como una importante conducta postdelictiva que debe tener en cuenta el juzgador.¹⁰⁸⁶ Por esa razón, la jurisprudencia hace tiempo que viene asignando efectos atenuantes a la confesión del imputado.¹⁰⁸⁷ En la legislación penal suiza sucede algo similar, pues la doctrina entiende a la confesión como una circunstancia regulada en el § 48.d, que establece como atenuante de la pena que «*el autor exprese arrepentimiento de forma sincera, en especial, reparando el daño en una medida razonable*».¹⁰⁸⁸

A pesar de su expresa recepción legislativa y del consenso doctrinal y jurisprudencial señalado, lo cierto es que el tema no está, ni mucho menos, exento de debate. Más bien al contrario: las *razones* por las cuales se considera que el comportamiento postdelictivo [en general] y la confesión del agente [en particular] pueden aminorar el ejercicio del poder punitivo, son objeto de una profusa discusión doctrinal.¹⁰⁸⁹ Y esta cuestión no es baladí porque, según dijimos, una vez que se modifica el fundamento y la naturaleza

¹⁰⁸⁴ Esta es la razón por la que –hasta no hace mucho– no se encontraban grandes esfuerzos monográficos destinados a estudiar la dimensión sustancial instituto.

¹⁰⁸⁵ Esta disposición ha sido respaldada de forma unánime por la doctrina alemana, que «*está de acuerdo [...] en que la idea de un Derecho penal de acto es compatible con el hecho de considerar [...] el comportamiento previo y posterior al hecho como circunstancias relevantes para la determinación de la pena*»; KUNZ, «Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen», en FRISCH (ed.), *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, p. 135. En el ámbito germano, el estudio más importante sobre el comportamiento postdelictivo es, hasta donde alcanzo, el realizado por HERTZ, *Das Verhalten...*, 1973. En España, fundamental, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985; también FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de pena*, 2000; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003; ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Hechos postdelictivos...*, 2009.

¹⁰⁸⁶ De hecho, en su *Grundsatzentscheidung*, el 4º Senado del BGH reconoció ampliamente el efecto atenuante de la confesión. Véase, con mayores referencias, RIEß, «Gedanken über das Geständnis im Strafverfahren» en KEMPF *et al.* (eds.), *FS-Richter*, t. II, pp. 433 ss., especialmente p. 443; MOOS, *Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung*, p. 119; KUNZ, en FRISCH (eds.), *Grundfragen...*, 2011, pp. 144 ss. Sin embargo, advierte este último autor, que la utilización habitual e indiscriminada de la confesión como atenuante en la práctica judicial, se expone al riesgo de considerar toda defensa en juicio como algo inusual y en ocasiones indeseado.

¹⁰⁸⁷ Véase, con mayores referencias, HAUER, *Geständnis...*, 2007, p. 81: «*La experiencia demuestra que en la praxis se suele mencionar a la confesión como un factor atenuante en los fundamentos de la determinación de la pena. Al hacerlo, pueden remitirse a la jurisprudencia del BGH respecto de la confesión como factor atenuante de la pena y el acuerdo de la abrumadora mayoría de la literatura*».

¹⁰⁸⁸ Sobre el particular, véase STRATENWERTH/WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, § 48, 2009.

¹⁰⁸⁹ Destacan este punto conflictivo del instituto, FRISTER, *FS-Rengier*, 2018, p. 377; KUNZ, en FRISCH (ed.), *Grundfragen...*, 2011, p. 135; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 319 ss.

jurídica de un instituto, cambia también la forma de interpretar sus requisitos legales y, con ello, su ámbito de aplicación y alcance.¹⁰⁹⁰

La discusión relativa al fundamento de la confesión será objeto de análisis en el Apartado III de este Capítulo; pero antes de adentrarnos en ella, puede ser útil recordar los *tres caracteres* específicos de este atenuante que, actualmente, son mayoritariamente reconocidos por la doctrina. Conforme con ello y desde un punto de vista sustancial, la confesión es un comportamiento «*postdelictivo*» y «*supererogatorio*» que configura un «*atenuante extrínseco*» de la facultad punitiva del Estado.

2. Atenuante «*extrínseca*» de confesión: un «*comportamiento postdelictivo*» y «*supererogatorio*»

En relación con las circunstancias atenuantes (y agravantes) de la pena, haciendo a un lado las diferencias terminológicas, es un lugar común en la doctrina distinguir entre aquellas intrínsecas y extrínsecas al delito.¹⁰⁹¹ La distinción trae causa en que algunas de esas circunstancias atenuantes repercuten, de forma más o menos intensa, en el injusto o la culpabilidad y, por ello, se denominan *intrínsecas* (al delito). Ejemplos de estas atenuantes son las eximentes incompletas, la concurrencia de graves adicciones o de determinados motivos para delinquir, etc. Otras circunstancias, en cambio, nada tienen que ver con las categorías del injusto culpable y, en consecuencia, se denominan *extrínsecas* (dilaciones procesales indebidas, la *poena naturalis lato sensu*, el carácter reincidente del autor, etc.).¹⁰⁹² Entre ellas y en la línea sugerida por el Prof. SILVA SÁNCHEZ, puede trazarse todavía una ulterior distinción: por un lado, existirían circunstancias atenuantes (extrínsecas al *delito*) pero intrínsecas al hecho punible y, por el otro, circunstancias que afectan exclusivamente a la punibilidad por la realización de ese hecho punible.¹⁰⁹³

¹⁰⁹⁰ Idéntico, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 42-43.

¹⁰⁹¹ Por ser particularmente gráfica, tomo aquí la terminología utilizada, entre otros, por MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, p. 229; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2010, p. 171, denomina a las últimas «*comportamientos extradelictuales relevantes*».

¹⁰⁹² La previsión legal de estas circunstancias atenuantes extrínsecas implica que, a la hora de la determinación de la pena, el legislador se ha comprometido solo de manera parcial con el estricto principio de culpabilidad por el hecho. Véase, con mayores referencias, MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, p. 230; ZIFFER, *Lineamientos...*, pp. 45 ss. Acerca de la distinción entre *poena naturalis lato sensu* y *poena naturalis stricto sensu*, SILVA SÁNCHEZ, *En busca...*, 2015, p. 269; EL MISMO, *Malum passionis...*, 2018, pp. 155 ss.

¹⁰⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed. 2010, pp. 656 ss. La diferencia entre una atenuante intrínseca y una extrínseca al hecho punible radica en que las primeras inhiben parcialmente la facultad punitiva (el Estado pierde una porción del *ius puniendi*) porque el hecho punible se ha modificado; las segundas, no modifican ese hecho punible y, por tanto, solo habilitan al Estado, por diferentes razones, a rebajar la pena. Esta es la línea teórica que seguiremos aquí.

Cuando se intenta ubicar la atenuante de confesión en este marco clasificatorio, parece que la primera y fundamental pregunta radica en determinar si el reconocimiento de la propia responsabilidad tiene capacidad para incidir (o no) en alguna de las categorías dogmáticas del *delito*. Cierta sector de la doctrina responde afirmativamente a esta pregunta, catalogando la confesión como una atenuante intrínseca al injusto culpable. Dentro de este grupo de autores, una posición visiblemente minoritaria se inclina por afirmar que la confesión *aminora el injusto* precedente (disminuye la antijuridicidad).¹⁰⁹⁴ Frente a ellos, la doctrina mayoritaria objeta, a mi juicio con razón, que dicha afirmación es particularmente problemática: ¿cómo es posible que un hecho delictivo se vuelva «*menos antijurídico*» a partir del mero reconocimiento de su carácter injusto?¹⁰⁹⁵

En todo caso, si la confesión se considera una atenuante intrínseca el delito, tal comportamiento solo podría impactar en la categoría dogmática de la culpabilidad.¹⁰⁹⁶ En esta última línea y por un lado, se ha sostenido la tesis de la «vinculación directa» entre confesión y culpabilidad. Conforme con esta idea, la confesión modifica la culpabilidad del agente porque tal comportamiento postdelictivo constituye una expresión más del «segmento de vida del autor» (*Täterlebensabschnitt*) que se desaprueba mediante el juicio de reproche. Sin embargo, como se ha señalado en reiteradas oportunidades, comprar esta tesis nos obliga a pagar un costo demasiado alto, en la medida en que necesitamos adoptar aquí un concepto estrictamente funcional de culpabilidad, equiparado a «necesidad de pena», o bien un concepto dual de esta categoría. En efecto, la vinculación directa solo puede sostenerse en la medida en que la categoría dogmática en cuestión sea concebida como «*culpabilidad de hecho y de autor*»,¹⁰⁹⁷ de modo que la propia personalidad del agente pase a formar parte del objeto sobre el que recae el juicio de reproche formulado. Como consecuencia, se suele distinguir aquí entre una culpabilidad en sentido estrictamente sistemático, propia de la teoría del delito, y una culpabilidad propia de la teoría de la determinación de la

¹⁰⁹⁴ MARTÍNEZ VAL, «El arrepentimiento espontáneo», Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1957. Estos planteamientos parecen surgir como aplicación directa de los lineamientos teóricos desarrollados, para el desistimiento de la tentativa, por v. HIPPEL, *Untersuchungen...*, 1966.

¹⁰⁹⁵ Críticos con esta perspectiva, con mayores referencias, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 337 ss.; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 163 ss. y, especialmente, pp. 237 ss.

¹⁰⁹⁶ Para un análisis detallado de la relación entre comportamiento posterior al hecho y culpabilidad, véase DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, Capítulo VI, pp. 249 ss.

¹⁰⁹⁷ La denominación («*Tat-Täter-Schuld*») fue introducida por LANGE, «Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen», *JR*, 1949, pp. 165 ss., pero utilizada principalmente por HERTZ, *Das Verhalten des Täters nach der Tat*, 1973, pp. 63 ss., para fundamentar una vinculación directa entre el comportamiento postdelictivo y la culpabilidad. En detalle sobre esta cuestión, véase DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 261 ss.; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 344 ss.;

pena.¹⁰⁹⁸ De lo contrario, no sería posible sostener –como hacen los partidarios de la vinculación directa– que la confesión no puede alterar la «culpabilidad por el hecho», pero si modifica la «culpabilidad de la determinación de la pena».¹⁰⁹⁹ A pesar de haber recibido cierta aceptación inicial en la doctrina alemana, la distinción entre estos dos conceptos de culpabilidad está lejos de presentar precisión suficiente y ha sido calificada como un «intento frustrado y contradictorio»¹¹⁰⁰ que, a decir verdad, no resulta del todo compatible con el principio de culpabilidad.

Tal incompatibilidad, por cierto, tampoco se disuelve cuando se adopta una concepción dinámica de la culpabilidad, pues eso nos autoriza a abandonar completamente el núcleo conceptual-retrospectivo de este concepto (el principio de culpabilidad por el hecho cometido); en definitiva, solo se puede ser culpable de algo que *ya ha sucedido*.¹¹⁰¹ Esto no implica negar el carácter dinámico que presenta todo hecho delictivo (en tanto comunicación jurídico-penalmente relevante) sino comprender que, una vez cerrado el injusto culpable, cualquier modificación de esa dimensión comunicativa solo puede provenir de factores sistemáticamente ajenos al mismo. De lo contrario, el hecho delictivo quedaría comunicativamente abierto por siempre.

Las deficiencias mencionadas son el motivo principal por el que la doctrina dominante se inclina hacia una posición distinta. El punto de partida es reconocer, con Arthur KAUFMANN, lo siguiente: a partir de «*la consumación del hecho, ambas magnitudes – injusto y culpabilidad– quedan fijadas para siempre, de modo que ya no pueden ser modificadas*».¹¹⁰² A partir de aquí, parece claro que la vinculación entre culpabilidad y comportamiento postdelictivo del autor, solo puede ser de carácter *indirecta*, esto es,

¹⁰⁹⁸ Véase, con mayores referencias, FRISCH, *ZStW* (99), 1987, p. 380; BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2ª ed., 1985, p. 145 (quien afirma que la culpabilidad es, en verdad, un concepto graduable o dinámico –*Steigerungsbegriff*–); HERTZ, *Das Verhalten...*, 1973, p. 108; FRISTER, *Zur strafmildernde...*, 2018, pp. 377 ss.

¹⁰⁹⁹ En esta línea, HERTZ, *Das Verhalten...*, 1973, p. 108.

¹¹⁰⁰ BOTTKÉ, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, p. 679; NOWAKOWSKI, «Das Ausmaß der Schuld», *SchZStrR*, 1965, pp. 303 ss. En la doctrina española, una crítica detallada en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 268 ss.; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 332 ss.

¹¹⁰¹ En este sentido, señala MOOS, *Das Geständnis...*, 1983, p. 152, que «*el concepto de culpabilidad debe sostener la desvaloración ético social del hecho, que es característico del momento punitivo, lo cual no resulta permeable a la idea preventiva de la finalidad*». Véase también STRATENWERTH, «Rezension von: Hertz, *Das Verhalten...*», *ZStW*, 1975, p. 973; DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo...*, 1985, pp. 268 ss.; POZUELO PÉREZ, 2003, pp. 344 ss.;

¹¹⁰² KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 259. Sin embargo, tal y como ha demostrado MEIER, «*Nachtatverhalten und Strafzumessung*», *GA*, 2015, pp. 445 ss., en la medida en que la teoría tradicional conceptualiza al injusto penalmente relevante como la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos, la supuesta fijación definitiva de una culpabilidad por el hecho no es del todo cierta, pues el grado de la lesión o puesta en peligro puede ser reducido por comportamientos posteriores del autor. En cambio, si se adopta un punto de vista retributivo, la culpabilidad por el hecho queda fijada de modo definitivo, pues el injusto penalmente relevante se define como quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento legítima.

mediada a través de su conexión con el hecho delictivo.¹¹⁰³ Dicho de otro modo: para la determinación de la pena, solo puede tenerse en cuenta el comportamiento posterior que presente una «*stricta relación*» con el delito cometido. En un ejemplo: la devolución de un bolso robado podría ser un indicio de que la resolución delictiva no había sido, ya desde un principio, tan intensa. Para llevarlo a nuestro campo: la confesión operaría, según esta tesis, como un *indicio* de una menor culpabilidad al momento del hecho, pues revela que la predisposición a delinquir del autor era menor de lo que el hecho por sí mismo revela.¹¹⁰⁴

Sin embargo, la tesis que concibe a la confesión como un indicio de menor culpabilidad por el delito cometido, ha sido reiteradamente criticada por la doctrina mayoritaria.¹¹⁰⁵ Y es que, a decir verdad, la pretensión de toda «*construcción indiciaria*» (utilizar los comportamientos postdelictivos como indicios concretos para determinar la concreta culpabilidad del autor al momento del hecho) implica asumir una premisa teórica deficientemente fundada.¹¹⁰⁶ En efecto, quien pretenda defender esta posición, debería demostrar por qué resulta posible, a partir de un comportamiento posterior, sacar conclusiones sobre la actitud interna que al autor tuvo al momento de cometer el delito.¹¹⁰⁷ Lo que parece más razonable de suponer, es lo contrario: los comportamientos posteriores al hecho delictivo, en la medida en que descansan en una nueva toma de posición del autor frente a la norma, no pueden ofrecer parámetro alguno para la determinación de los móviles o motivos que, en el momento del hecho, llevaron al autor a delinquir. Pero, además, incluso si se acepta esta premisa metodológica, las consecuencias sistemáticas serían difícilmente justificables pues, en este modelo, el contenido de significado del hecho nunca podría ser definitivamente cerrado. En palabras de DE VICENTE REMESAL:

«¿Hasta qué punto está el juez en condiciones de saber si la intensidad criminal del autor, manifestada en el hecho, puede reflejarse también en el CPP [comportamiento postdelictivo positivo] y de que este puede ser relevante para la culpabilidad?». ¹¹⁰⁸

¹¹⁰³ En este sentido, BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 1985, pp. 220 ss. Véase, con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 242 ss; especialmente, pp. 275 ss.

¹¹⁰⁴ En este sentido, BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 1985, pp. 220 ss. En la doctrina española, con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 275 ss.

¹¹⁰⁵ Véase, con mayores referencias, BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, pp. 686 ss.; MOOS, *Das Geständnis...*, 1983, pp. 140 ss. DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 284 ss.

¹¹⁰⁶ De hecho, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 288, cataloga dicha pretensión metodológica como algo que «no puede asentarse más que en una ficción».

¹¹⁰⁷ BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, pp. 664 ss; STRATENWERTH, *ZStW*, 1975, p. 973.

¹¹⁰⁸ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 288.

Al margen de sus diferencias y las críticas específicas que se han formulado a cada una de estas variantes, la pretensión de vincular la confesión con la categoría de la culpabilidad no puede ser de recibo en esta investigación. Como se ha puesto de manifiesto en innumerables ocasiones, tal pretensión supone –en mayor o menor medida– una concepción peligrosista de la culpabilidad que resulta completamente ajena a una concepción retributivo-comunicativa de la praxis punitiva. Y es que, ya sea mediante una vinculación directa o indirecta, el comportamiento posterior solo podría modificar la culpabilidad en la medida en que esta se conciba como intensidad criminal del autor al momento del hecho.¹¹⁰⁹

De hecho, algunas de las decisiones del BGH revelan con claridad estas objetables premisas: «*La conducta que el criminal muestre durante el proceso, [...] también puede revelar cómo se siente interiormente a raíz de su delito. Aunque la ilegalidad del propio acto no se vea alterada [...] pueden extraerse conclusiones sobre el alcance de su culpabilidad personal y su carácter peligroso, [lo cual], como se reconoce universalmente en la jurisprudencia y en la literatura, debe tenerse en cuenta [en la sentencia].*»¹¹¹⁰

Las dificultades sistemáticas señaladas han provocado que, en la actualidad, exista un denominador común relativamente sólido en la doctrina: la confesión voluntaria no puede afectar las categorías dogmáticas del injusto culpable.¹¹¹¹ Tal comportamiento postdelictivo constituye, según la posición mayoritaria que aquí se acompaña, una atenuante extrínseca al delito y, por tanto, no puede alterar ninguna dimensión del injusto culpable.¹¹¹² Ahora bien, si la confesión del autor no puede alterar el injusto culpable ya cometido, las estrategias metodológicas para explicar el efecto atenuante de

¹¹⁰⁹ En la doctrina alemana, afirma críticamente KUNZ, en FRISCH (ed.), *Grundfragen...*, 2011, p. 137: «*la “construcción indiciaria” conlleva el peligro de realizar una valoración de la personalidad del autor que se aproxima a la culpabilidad por la conducción de la vida, lo cual es inaceptable en un Estado de Derecho, en la medida en que difumina el límite entre las expectativas legales y morales de comportamiento*»; véase también HÖNIG, *Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte des Strafzwecke*, 2004, pp. 75 ss.; HSU, *Die Bewertung...*, 2007, pp. 92 ss.; MEIER, «*Nachtatverhalten und Strafzumessung*», *GA*, 2015, pp. 443 ss.; FRISCH, «*Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*», *ZStW*, (99), 1987, pp. 349 ss.; ZIPF, *Die Strafzumessung*, 1977. En la doctrina española, fundamental, DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo...*, op. cit., p. 288: «*para la CI, el CPD puede tomarse solamente en cuenta como síntoma posterior de una mayor o menor culpabilidad cuando represente un indicio para la medida de la intensidad criminal y actitud interna existentes en el momento de la comisión del delito*» ss.; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, pp. 346 ss.

¹¹¹⁰ BGHSt 1, 105; la cita ha sido tomada de HSU, *Die Bewertung...*, 2007, p. 82.

¹¹¹¹ En los términos de DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 349: «*la realización de los elementos típicos correspondientes constituye por definición el presupuesto del CPD [comportamiento postdelictivo] y, en consecuencia, su posible relevancia jurídica nada tiene que ver con el contenido de injusto del hecho, como tampoco con la culpabilidad [...]*». Véase, con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 55, 162 y 170; MIR PUIG, *PG*, 2016, Lección 25, nm. 41-42; BUSTOS RAMÍREZ/HOMARZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, 1999, t. II, p. 400; GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 83 ss., 163 ss., 172 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 27 ss.; ZIFFER, *Lineamientos...*, 2013, § 19.

¹¹¹² Señala esta correspondencia DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 315-316.

pena son, desde un punto de vista sistemático, básicamente dos. Por un lado, en lugar de escindir la culpabilidad del hecho y la culpabilidad de la determinación de la pena, puede escindirse el concepto de «hecho» con el que se trabaja. Así las cosas, en un primer sentido restrictivo, con la palabra «*hecho*» se hace referencia al injusto culpable; pero en un segundo sentido, más amplio, el término *hecho* incluiría también circunstancias externas al primero (anteriores, coetáneas y posteriores el injusto culpable) que no pertenecen a ninguna de las categorías conceptuales del delito y, sin embargo, afectan al proceso de determinación de la pena. De modo sencillo: si alguien comete un injusto culpable (hecho en sentido restringido) pero realiza otro comportamiento, aporta un nuevo aspecto valorativo al *hecho total* (en sentido amplio o globalmente considerado).¹¹¹³ Este camino, al igual que la distinción de dos conceptos de culpabilidad, no ha tenido mayor acogida en la doctrina pues, según se dice, el sentido amplio del término es algo «bastante vago» y cuyos efectos prácticos se limitarían a eliminar o disminuir la punibilidad del comportamiento.¹¹¹⁴ Por esa razón, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la segunda alternativa: reconducir el instituto de la confesión voluntaria a la [heterogénea] categoría conceptual de la punibilidad,¹¹¹⁵ esgrimiendo un fundamento de tinte político criminal, vinculado con su utilidad para el proceso penal. Sobre esto volveremos luego.

El carácter extrínseco al delito que la doctrina mayoritaria concede a esta atenuante genérica resulta, en mi opinión, coherente con el carácter *postdelictivo* que, como veremos ahora, también se le asigna a la confesión. Respecto de esto último, debe aclararse que existen, al menos, dos usos distintos del término «*comportamiento posterior al hecho*» («*Nachtatverhalten*»).¹¹¹⁶ Por un lado y en sentido amplio, el

¹¹¹³ Como hemos tenido oportunidad de analizar en el Capítulo V, esta propuesta del «*Gesamtverhalten*» tiene su origen en la idea de «*esfera de los intereses del tipo*» expuesta por BELING y fue mayormente desarrollada por LANG-HINRICHSSEN.

¹¹¹⁴ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 214 ss. y, especialmente, pp. 301 ss.; BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, pp. 673 ss. Esta objeción, según creo, es fácilmente sorteable si se distingue el injusto culpable, en tanto quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento, y el hecho punible. Este último es un concepto que se construye a partir de la función retrospectiva y retributiva de la norma de sanción. Por lo demás, en la medida en que se distinga entre atenuantes que afectan al hecho punible y otras que afectan la punibilidad del hecho, como aquí se hace, los fundamentos y efectos de cada una son completamente diferentes.

¹¹¹⁵ En este sentido, BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, 1979, p. 606 habla de la punibilidad como una especie de *vía de escape* («*Fluchtort*»). Un análisis crítico de las posiciones doctrinales que redirigen los comportamientos postdelictivos (entre ellos, la confesión) a la categoría de la punibilidad, en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 337 ss. Sobre la relación delito-punibilidad, fundamental, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983. Para un breve resumen acerca de las formas de concebir la punibilidad, véase Capítulo VI, Apartado III, punto 2.1.d (pp. 351 ss.). Sobre el fundamento que esta posición mayoritaria adscribe a la atenuante de confesión voluntaria, nos ocupamos en el apartado siguiente.

¹¹¹⁶ Sobre la terminología, en lugar de muchos y con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, pp. 39 ss., 62 ss. y 94 ss. En la doctrina alemana, BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik...*, p. 668.

comportamiento posterior al hecho comprende todas las conductas realizadas por el autor luego de iniciada la fase ejecutiva de la tentativa.¹¹¹⁷ Por otro y en sentido estricto, la doctrina especializada utiliza el término para designar aquellas conductas que el agente despliega una vez que el delito ya se encuentra «consumado». Sobre esta base no es difícil advertir que, a decir verdad, el sentido amplio o restringido que se atribuye al término «*Nachtatverhalten*» depende, en última instancia, del uso que estemos haciendo del concepto de «hecho» en Derecho penal.¹¹¹⁸ Si con la palabra «hecho» («*Tat*») queremos designar el injusto culpable –lo que aquí significa, el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento–, entonces atribuimos un sentido amplio al término «*comportamiento posterior*». Por el contrario, si por «hecho» entendemos solo el injusto culpable de un delito consumado, entonces estaremos haciendo un uso restringido del término «*comportamiento posterior*».¹¹¹⁹ En el primer caso, es el comienzo de ejecución de la tentativa lo que marca la distinción entre un comportamiento anterior y uno posterior; en el segundo, es «*la consumación del delito [lo que] marca la línea divisoria entre el comportamiento anterior y posterior*» al hecho.¹¹²⁰

A los fines de caracterizar a la confesión como comportamiento posterior al hecho, según creo, esta discusión terminológica es más bien irrelevante. En primer lugar, porque en la medida en que la confesión se conciba como el reconocimiento de la propia responsabilidad por el quebrantamiento previo de una norma de comportamiento, se tratará siempre de una conducta posterior al «hecho» (ya sea que ese hecho consista en una tentativa o en un hecho consumado). En segundo término, porque la doctrina mayoritaria define la consumación en términos más bien formales, es decir, como la efectiva concurrencia de todos los elementos del tipo de delito.¹¹²¹ Desde esta perspectiva formalista, no se trataría de un límite fijo para todas las figuras delictivas (como supondría un concepto más bien material de consumación, que exija la efectiva lesión del bien jurídico), sino de una frontera conceptual que se adapta al tipo legal concreto del que se trate y, por tanto, perfectamente aplicable al tipo de tentativa. La

¹¹¹⁷ Es precisamente este sentido amplio el que permite atribuir al desistimiento el carácter de comportamiento posterior al hecho.

¹¹¹⁸ Sobre esto, fundamental, ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, pp. 372 ss. y 399 ss.

¹¹¹⁹ En lugar de escindir el concepto de culpabilidad por el hecho y culpabilidad de la determinación de la pena, se parte o divide el concepto de hecho, de modo que, en palabras de DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 243, usamos «*el concepto "hecho" en la determinación de la pena de forma distinta a su significado en la teoría del delito*».

¹¹²⁰ DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 41,

¹¹²¹ La consumación formal (*Vollendung*) debe distinguirse de la «consumación material» o acabamiento del delito (*Beendigung*), que exigiría la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Sobre la distinción entre consumación material y formal, véase con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, p. 42, 63 y 65; críticamente, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 283 ss.; BORJA JIMÉNEZ, *ADPCP*, 1996.

confesión es, entonces, siempre un comportamiento posterior a cualquier hecho delictivo.

Por último, es necesario explicar a qué nos referimos cuando destacamos su carácter «*supererogatorio*». Para ello, puede ser útil poner de manifiesto que dicho término proviene de la palabra latina «*supererogatio*» que, en líneas generales, significa «*realizar algo por encima de lo que es debido o exigido*». ¹¹²² Un comportamiento supererogatorio es, entonces, una «*conducta que excede de lo que el deber concreto impera*», ¹¹²³ aquello que se encuentra «*más allá del llamado del deber*». ¹¹²⁴ Respecto de la confesión y en un Estado democrático de Derecho, el carácter supererogatorio de toda asunción voluntaria de la propia responsabilidad penal resulta fácil de advertir (y así lo ha hecho la jurisprudencia). ¹¹²⁵ Y es que, en esta forma de organización política y al margen del concreto alcance que se le de, todo ordenamiento jurídico está obligado a reconocer a sus ciudadanos la garantía fundamental del «*nemo tenetur*». ¹¹²⁶ Así las cosas, con base en esta garantía, parece posible afirmar lo siguiente: ningún ordenamiento puede cargar sobre el autor del delito un verdadero «*deber jurídico [...] de ponerse a disposición de la justicia asumiendo su [...] responsabilidad*»; ¹¹²⁷ así como tampoco se le exige que contribuya en la tarea de probar la plataforma fáctica sobre la que eventualmente podría fundarse dicha responsabilidad penal. Y dado que no existe un deber jurídicamente exigible de asumir la propia responsabilidad criminal, quien hace tal cosa, actúa «*por encima*» de lo que el Derecho exige.

De hecho, este carácter supererogatorio de la confesión parece sustentar las críticas comúnmente formuladas a quienes abogan por conceder un efecto atenuante de pena a la declaración auto-incriminatoria del autor que da lugar a los procesos penales abreviados. Según afirman sus detractores, en el marco de estos extraños procedimientos, premiar con rebaja de pena la conducta supererogatoria de reconocimiento de los hechos y asunción de responsabilidad penal se ha traducido, dentro de la práctica judicial, en un verdadero mecanismo de presión que anula la garantía procesal básica y puede obstaculizar el descubrimiento de la verdad real. Los imputados, generalmente, deciden si aceptar o rechazar la oferta de la fiscalía tomando en cuenta el riesgo serio de ser condenados. Y

¹¹²² HRUSCHKA, «Supererogation and Meritorious Duties», *Law and Ethics* (6), 1998 p. 94.

¹¹²³ SÁNCHEZ OSTIZ, «Más allá del deber. Consideraciones introductorias sobre los comportamientos supererogatorios en el Derecho penal peruano», *Revista Peruana de Ciencias Penales* (12), 2002, p. 164.

¹¹²⁴ MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, p. 237.

¹¹²⁵ En esta línea, STS 1401/2013: «*quien renuncia a su derecho constitucional a no declararse culpable ha de ser recompensado, en la medida en que se despoja del estatuto jurídico que nuestro sistema penal dispensa a todo imputado*».

¹¹²⁶ Para un análisis reciente y crítico sobre el fundamento y alcance del derecho a no autoincriminarse, PERALTA, «“Nemo tenetur” y derecho procesal penal preventivo (Acercas de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse)», en AMBOS/MALARINO/PASTOR, *Prevención e imputación*, 2017.

¹¹²⁷ MAÑALICH, *Revista de Derecho*, p. 239.

esas probabilidades, en los sistemas en que se han popularizado los juicios abreviados, no dependen solo (ni siquiera en mayor medida) de su carácter materialmente inocente.¹¹²⁸

En definitiva, la confesión constituye un *comportamiento posterior* de carácter *supererogatorio*, que corresponde calificar como atenuante *extrínseca* al delito, pero intrínseca –si se quiere– al *hecho punible*, en la medida en que afecta el *merecimiento de pena* por la previa realización de un delito. Con esta caracterización, sin embargo, solo hemos manifestado que la confesión no puede afectar el injusto culpable cometido; pero todavía no hemos expresado nada acerca de las *razones* por las cuales esta conducta puede aminorar la intensidad de la facultad punitiva que resulta habilitada por la norma de sanción.¹¹²⁹ Dicho de otro modo: lo anterior no permite, todavía, explicar *por qué* este concreto comportamiento postdelictivo del agente constituye, desde un punto de vista sustancial, una causa legítima para la atenuación de la eventual pena a imponer. Sobre esto nos ocupamos en el apartado siguiente.

III. EL FUNDAMENTO DE LA ATENUANTE DE CONFESIÓN

En este Apartado, haremos un recuento de la discusión doctrinal relativa al fundamento de la atenuante genérica de confesión voluntaria. Para ello y en honor a la brevedad, no se atenderá a las posiciones doctrinales minoritarias, especialmente aquellas que niegan todo fundamento legítimo a la posibilidad de aminorar el reproche punitivo por confesión.¹¹³⁰ Me concentraré, por tanto, en el desarrollo (*infra* 1.) y posterior crítica (*infra* 2.) de las diversas variantes (utilitarias y economicistas) que imperan en la doctrina dominante. Luego, en el Apartado siguiente (*infra* IV.), delinearé la perspectiva alternativa que sigo en esta investigación.

1. El fundamento utilitario de la confesión

La doctrina mayoritaria (española y alemana) fundamenta la atenuante de confesión en razones *utilitarias*, generalmente vinculadas con la política criminal.¹¹³¹ Desde esta

¹¹²⁸ Para esta discusión, véase SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, pp. 375 ss.; HAUER, *Geständnis...*, 2007, pp. 24 ss. HSU, *Die Bewertung...*, 2007, pp. 77 ss.

¹¹²⁹ Recientemente, SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, p. 320: «la subsunción de la confesión como comportamiento posterior al hecho debe considerarse un mero intento de establecer un vínculo normativo con la atenuación de pena concedida por otras razones [todavía no explicitadas]».

¹¹³⁰ En contra de cualquier posibilidad de legitimar la atenuante de confesión, debido a los riesgos que conlleva, SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, pp. 367 ss.; también ZIFFER, *Lineamientos...*, 2ª ed., 2013, pp. 171 ss.

¹¹³¹ En palabras de MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, L. 25, nm. 41: «El fundamento de estas atenuantes no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial [...]». Para mayores referencias, véase POZUELO PÉREZ, «La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *RECPC* (22-17), 2020; LA MISMA, «Confesión de la infracción», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento*, 2019, nm. 4130; LA MISMA, «Las atenuantes 21.4 y 21.5 del actual Código Penal», p. 408, nota 13; LA MISMA, *El*

perspectiva, la disminución de pena por confesión se fundamenta a partir de los *efectos útiles* que esa conducta postdelictiva produce para la Administración de justicia (o, en su caso, para algunos sujetos involucrados en el proceso; especialmente, la víctima del hecho delictivo). A continuación, una breve exposición de las vertientes principales de esta línea de fundamentación utilitaria.

1.1. La confesión como contribución a la economía y eficiencia en el proceso penal

La vertiente principal del fundamento utilitario contempla la praxis punitiva desde una perspectiva más bien economicista. El efecto atenuante de la confesión se fundamenta, entonces, como contraprestación –del Estado– por la realización de un comportamiento procesalmente eficaz, mediante la cual el agente contribuye con la Administración de justicia.¹¹³² En este sentido, la atenuación de pena no es más que un pago por la realización de una conducta que reduce «*los problemas de prueba*»¹¹³³ o «*la carga laboral*» de los tribunales.¹¹³⁴ Dicho de modo simple: porque le resulta útil al Estado, el legislador permite a los tribunales «*comprar*» la confesión del agente mediante la rebaja de pena por confesión. Al igual que sucedía con la regularización tributaria, la atenuante se concibe aquí como un supuesto de oportunidad reglada: una vez cometido el delito, el titular del *ius puniendi* podría «negociar» su pretensión punitiva para la obtención de diversos beneficios. La atenuante de confesión se vuelve un estímulo –introducido por el legislador– para que el ciudadano confiese el hecho delictivo y agilice el proceso penal («*Anreizfunktion*»).

En esta línea, el Tribunal Supremo español ha señalado –reiteradamente– que la confesión «*encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa*».¹¹³⁵ De todas formas, no es fácil establecer con claridad las líneas de fundamentación que sigue el Tribunal Supremo pues, a decir verdad, sus argumentos se asientan tanto en cuestiones de

desistimiento..., 2003, pp. 355 ss. y 385 ss.; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 55 ss., 161 ss., 170 ss., 323 ss.; GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 83 ss. y 172 ss.; FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 27 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8ª ed., 2010, p. 487. En la jurisprudencia española, son muchas las sentencias del TS que asientan el fundamento de la atenuante por confesión en razones de política criminal; aduciendo que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal (véase, entre otras, SSTS 454/2019 de 8 de octubre y 16/2018 de 16 de enero).

¹¹³² GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 83 ss.

¹¹³³ DENCKER, *ZStW* (102-1), 1990, p. 52. Algunos de ellos entienden que se trata del único fundamento posible de la atenuación de pena por confesión. Véase COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, pp. 910 ss.; POZUELO PÉREZ, «Las atenuantes 21.ª y 21.5ª del actual Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal* (65), 1998, pp. 403 ss.; MATUS, «Comentario al art. 11», en POLITOFF/ORTIZ (dir.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, 2002, pp. 182 ss.

¹¹³⁴ HAUER, *Geständnis...*, 2007, p. 96, asegura que esto constituye «*un aspecto esencial para que el tribunal reduzca la sentencia*».

¹¹³⁵ Véase, con ulteriores referencias, SSTS 1155/2020 y 427/2017.

política criminal (incentivos premiales, celeridad en la administración de justicia, etc.), como de derecho sustancial (asentadas en la idea de prevención general y/o retribución comunicativa) y procesal (incremento en la solidez probatoria).¹¹³⁶ Esta forma de proceder resulta, en mi opinión, problemática: en la medida en que se asignan múltiples fundamentos a un instituto, surgen dificultades a la hora de construir una imagen coherente del mismo.

En el paradigma utilitario, no es difícil advertir que se confunden ambas dimensiones del instituto: la atenuación de pena (dimensión sustancial) se justifica en virtud de la utilidad probatoria (dimensión procesal) que la declaración del agente presente para la Administración de justicia. Esta confusión, de hecho, explica que los dos argumentos principales que son generalmente esgrimidos por los defensores de esta vertiente, tengan que ver con el carácter útil de los datos aportados. El primero se refiere a la exigencia de veracidad de los datos aportados por el agente («*elemento objetivo*» de la atenuante). El segundo, por su parte, hace referencia a un supuesto límite temporal para la realización de la confesión (el «*elemento cronológico*» del instituto) y que, bajo el fundamento utilitario, se explica como requisito destinado a garantizar la verdadera utilidad procesal de los datos aportados por el agente. Y es que, a decir verdad, solo en la medida en que se aporten datos útiles sobre el hecho investigado se vuelve posible afirmar que la confesión puede «*allanar o favorecer la función de investigación*»,¹¹³⁷ evitando «*los siempre costosos y sucesivos trámites de una investigación criminal*». ¹¹³⁸

En Alemania destaca una línea argumental que, con algunos matices diferentes, se inscribe también en la lógica del fundamento utilitario. Estos autores pretenden canalizar el fundamento de la atenuante confesión a través de la disposición legal del § 46.2 del StGB; en concreto, a través de la remisión a los «*efectos del hecho delictivo*». En términos breves, se afirma que el proceso penal constituiría uno de los efectos del hecho delictivo, de manera tal que, si el autor colabora en el esclarecimiento de lo sucedido y disminuye los costos de dicho proceso, entonces también estaría aminorando los efectos de su hecho delictivo. En esta línea, SCHMIDT-HIEBER argumenta del siguiente modo: si obstruir el esclarecimiento judicial de ciertos hechos constituye un

¹¹³⁶ STS 1155/2020: «*esta atenuante encuentra su justificación en razones de política criminal. Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión (siempre voluntaria y espontánea) del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del ius puniendi*»; ATS 2251/2020, ponente Magro Servet: si el agente «*voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor necesidad de pena*». El destacado me pertenece.

¹¹³⁷ Dan cuenta de esta tendencia, en todas las atenuantes postdelictivas, GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, p. 14 y, en concreta referencia a la confesión, pp. 83 ss.

¹¹³⁸ MUÑOZ RUIZ, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, 2016, p. 104. En idéntico sentido, GOYENA HUERTA, «Artículo 21», en Gómez Tomillo, *Comentarios prácticos al Código penal*, 2015, t. I, p. 187. Acerca de este fundamento utilitario en la doctrina alemana, véase, con mayores referencias, HAUER, *Geständnis...*, 2007, pp. 95 ss.

delito contra la administración de justicia, entonces no es descabellado pensar que quien contribuye a dicho esclarecimiento deba recibir un beneficio. Sin embargo, la idea central que sustenta esta vertiente teórica ha sido ampliamente rechazada: el proceso penal no puede ser entendido como un efecto del delito.¹¹³⁹ Al margen de esta cuestión de fondo, entiendo que el argumento es débil en sí mismo: la existencia del tipo de obstrucción a la justicia (de dudosa aplicación al propio autor)¹¹⁴⁰ no permite concluir, *per se*, que la colaboración del agente responsable en el esclarecimiento de su hecho siempre deba ser recompensada con un beneficio punitivo.

1.2. La utilidad para los testigos (en especial, la protección de los intereses de la víctima del delito)

Cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia (especialmente en Alemania) ha elaborado una variante distinta del argumento utilitario. Según estos autores, la atenuación de pena por confesión no se fundamenta por su capacidad de simplificar la cuestión probatoria en el proceso, sino por el impacto positivo que dicho comportamiento tiene para los intereses personales de los testigos y víctimas del delito. Se argumenta aquí del siguiente modo: dado que la obligación de testificar es siempre un «*deber desagradable*», parece razonable afirmar que, si el autor confiesa y con ello le ahorra al testigo este inconveniente, sea recompensado.¹¹⁴¹ Si el testigo es además la víctima del delito, estos beneficios se incrementan de forma particularmente intensa pues, a decir verdad, es muy probable que todo hecho delictivo tenga efectos traumáticos para las víctimas (producir sensación de impotencia y abandono por parte de la sociedad, sacudir la autopercepción de sí misma y su dignidad intrínseca, etc.).¹¹⁴² Esos efectos perniciosos del delito, en general, se extiendan durante el tiempo del proceso e incluso pueden verse agravados por el mismo; por lo que, si el autor confiesa y evita tales perjuicios a la víctima, debe recibir una recompensa. Ejemplifica DENCKER:

«Este es el caso en los abusos de menores: si el acusado culpable, mediante una confesión suficientemente detallada y plausible, evita al niño lesionado la “controvertida” audiencia principal, que a menudo conduce a “considerables impedimentos del desarrollo sexual del niño precisamente sin perturbaciones” (derecho protegido por el artículo 176 de la Ley Fundamental), no hay nada que objetar a la utilización de esta prestación voluntaria y en favor del bien jurídico que realiza el

¹¹³⁹ Véase, con mayores referencias, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *K-StGB*, § 46, nm. 41a.

¹¹⁴⁰ Quien se fuga o hace desaparecer pruebas de su hecho, jamás es imputado por obstrucción a la justicia.

¹¹⁴¹ HAUER, *Geständnis...*, 2007, p. 90.

¹¹⁴² JEROUSCHEK, *JZ* (4), 2000, pp. 185, 188 y 190.

*imputado, [al menos] en el marco de las reglas jurídicas para la determinación de la pena».*¹¹⁴³

Desde esta perspectiva, el fundamento de la confesión no tiene ninguna vinculación directa o indirecta con el Derecho penal sustantivo. De hecho, ni siquiera se trata aquí de la dimensión sustancial de la confesión, sino más bien de una especie de renuncia voluntaria, por parte del autor, al legítimo ejercicio combativo de su derecho de defensa en juicio. En palabras de DENCKER: el efecto atenuante de la confesión puede considerarse justificado en aquellos casos en que el acusado, a pesar de tener la posibilidad de violentar nuevamente los bienes jurídicos de la víctima mediante el ejercicio de su derecho de defensa, renuncia a dicho ejercicio y confiesa.¹¹⁴⁴ Al dejar de combatir, el autor opta por no producir un nuevo menoscabo sobre los intereses de la víctima (o libera de su carga pública a los demás testigos), de modo que dicho comportamiento favorable a la conservación del bien jurídico, justificaría la atenuación de pena.¹¹⁴⁵

2. Valoración crítica

Resumidas las líneas centrales del fundamento utilitario de la confesión, creo que es imperioso reconocer lo siguiente: si el autor admite haber intervenido en la comisión de un hecho delictivo y aporta datos sobre su ejecución, es evidente que contribuye a agilizar el proceso penal, pues facilita la tarea probatoria.¹¹⁴⁶ Ahora bien, según creo, del reconocimiento de la contribución procesal que conlleva la confesión, no necesariamente puede deducirse la necesidad de asentar el fundamento de esta atenuante en consideraciones de tinte utilitario, como hace la posición mayoritaria. Y es que, a decir verdad, en la medida en que el fundamento recaiga en los efectos *intra-procesales* del instituto, será particularmente difícil considerarla como factor relevante para la determinación de la pena.¹¹⁴⁷ De hecho, desde hace tiempo y cada vez con mayor intensidad, un amplio sector doctrinal viene señalando las graves deficiencias de este paradigma utilitario, que se resumen en los tres puntos siguientes.

2.1. El carácter confuso y endeble de la fundamentación utilitaria

¹¹⁴³ DENCKER, *ZStW* (102-1), 1990, pp. 60 s.

¹¹⁴⁴ DENCKER, *ZStW* (102-1), 1990, p. 77.

¹¹⁴⁵ HAUER, *Geständnis...*, 2007, p. 92.

¹¹⁴⁶ En el mismo sentido, GARRO CARRERA, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos...*, 2009, p. 161; ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008, p. 152.

¹¹⁴⁷ MEIER, *GA* (8), 2015, p. 450. Sin embargo, como inmediatamente aclara el autor, esto no significa que la confesión no pueda tener repercusión en este ámbito. Tal repercusión tendrá lugar cuando la confesión pueda relacionarse con el desvalor de acción del hecho previamente ejecutado, cosa que –según MEIER– sucede «cuando se trata de una confesión fundada en la comprensión de la culpabilidad y el arrepentimiento, en la que el autor se aleja de su hecho, reconoce el contenido del injusto y su contribución en él y expresa su pesar».

Como señala GARRO CARRERA, cuando el fundamento de la atenuante de confesión se explica mediante una genérica remisión a la política criminal, o se asienta en la idea de cooperación para con la Administración de justicia, parece que estamos eludiendo el debate de fondo. En efecto, esa forma de proceder se asemeja más a la estructura argumental de una falacia naturalista que a una verdadera fundamentación normativa: aquello que fundamenta la atenuante de confesión, no puede responderse con una simple remisión al efecto procesalmente útil que tal instituto generalmente produce.¹¹⁴⁸ Por lo demás, como ya hemos adelantado, esto presupone confundir las dos dimensiones del instituto que hemos distinguido al inicio: se intenta legitimar la cuestión sustancial (la atenuante) a partir de la utilidad que la declaración puede presentar desde un punto de vista procesal (como medio de prueba). Como veremos luego, esta confusión repercute de forma negativa porque, a partir de aquí, se vuelve particularmente difícil distinguir la confesión de otros institutos cuyo fundamento es evidentemente distinto (p. ej., la delación).¹¹⁴⁹

Este solapamiento entre confesión y delación es común en la jurisprudencia. A título ejemplificativo: en el marco del proceso investigativo del secuestro millonario de Reemtsma, la fiscalía justificó su aminorado pedido de condena para uno de los imputados en virtud de que «*con su temprana y extensa confesión, había impulsado la investigación contra las personas que estaban detrás del secuestro*». Y, además, al momento de imponer pena, el Tribunal se quedó por detrás de la pretensión fiscal argumentando también que el acusado había hecho una confesión sin excusarse ni protegerse a sí mismo. Como puede advertirse, el acento ya no radica tanto en la facilitación del trabajo probatorio, sino en promover el esclarecimiento total de los hechos, al igual que lo hace el instituto de la delación.¹¹⁵⁰

Al margen de lo anterior, debe destacarse aquí lo siguiente: si la *ratio* jurídica de la confesión se asienta en esa utilidad procesal, nos encontramos con una fundamentación más bien débil. Para explicarlo, debe retomarse aquí la idea introducida en el Capítulo III de esta investigación: en una praxis punitiva concebida en términos retributivo-comunicativos, la utilidad procesal de la confesión (ya sea que el beneficiario lo represente la propia Administración de justicia o los sujetos procesales concretos) representa un efecto perlocucionario de un acto comunicativo y, en consecuencia, posee un carácter esencialmente contingente.¹¹⁵¹ Y todo instituto cuyo existencia se justifique

¹¹⁴⁸ ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008 p. 85.

¹¹⁴⁹ En idéntico sentido, ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 91-92.

¹¹⁵⁰ Véase, en detalle, HAUER, *Geständnis...*, 2007, pp. 95 ss. El BGH (St 43, 195, 209) también ha apoyado el fundamento del efecto atenuante de la confesión en esta contribución procesal, al declarar expresamente que «*la contribución al esclarecimiento de los hechos y el acortamiento del procedimiento*» pueden tenerse en cuenta positivamente a través del instituto de la confesión.

¹¹⁵¹ Este carácter contingente ha sido advertido, de modo sutil pero en diversas ocasiones, por cierto sector de la doctrina: el efecto útil se produce solo «*por regla general*», es decir, que se trata de una

a partir de sus efectos contingentes y aleatorios, solo puede aspirar a una fundamentación normativamente débil.

Por último, el fundamento utilitario posee una desventaja práctica decisiva, pues determina el campo de aplicación del instituto de forma sobre-inclusiva e infra-inclusiva. En este sentido y respecto de lo último, el paradigma utilitario debería negar la aplicación de la atenuante a toda confesión voluntaria que, desde un punto de vista estrictamente objetivo, no aporta nada útil a la investigación (restringiendo indebidamente el ámbito de aplicación). Respecto de lo primero, se justificaría aplicar la atenuante en todos aquellos casos en los que la declaración del agente aporte datos útiles a la investigación, independientemente de si esta tiene lugar de forma voluntaria o no (extendiendo de forma indebida el ámbito de aplicación). Esto último se produce, en definitiva, porque a partir del fundamento utilitario no es posible realizar una interpretación adecuada de las exigencias o requisitos que el legislador impone al instituto de la confesión. De esto nos ocupamos en el punto siguiente.

Sin embargo, antes debemos dejar aclarada una última cuestión. La línea argumental que fundamenta la atenuación de pena recurriendo a la idea de protección de los intereses de los testigos y víctima del delito (presente en la doctrina alemana) no ha sido objeto de particular interés en este trabajo. Y es que, bajo las disposiciones del ordenamiento jurídico español, esa línea es completamente inviable. En efecto, si la atenuación se fundamenta en la renuncia del autor a ejercer su derecho de defensa en «*forma combativa*» (y de esa manera alivianar la carga de testificar), entonces solo tiene sentido conceder el beneficio en la medida en que el procedimiento judicial *ya esté iniciado* y el acusado *conozca* dicha circunstancia; lo que contradice frontalmente el texto legal.¹¹⁵²

Por otra parte, el argumento solo podría ser viable en la medida en que la confesión tuviera un estatus probatorio de tal magnitud que su concurrencia *exima* a la parte acusadora de producir la prueba testimonial; es decir, que la confesión permitiera, por sí misma, fundamentar una condena. Pero resulta que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (y a excepción de los juicios acordados), la confesión no constituye una prueba decisiva ni exime a la fiscalía de la realización de actividad probatoria adicional.

2.2. Su incapacidad para explicar los requisitos de la confesión

En esta investigación ya hemos tenido oportunidad de afirmar que los requisitos y exigencias de un determinado instituto (y en consecuencia su ámbito de aplicación) dependen del fundamento que se le asigne. Nada distinto sucede con la confesión: quien fundamente la atenuante a partir del valor de resultado que esta genera para el proceso

contribución que la asunción de responsabilidad «*puede llegar a cumplir*»; ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008, p. 85 y 102, respectivamente. El destacado me pertenece.

¹¹⁵² Como veremos luego, el ordenamiento jurídico español solo concede la atenuación de pena cuando el agente confiesa antes de saber que el procedimiento se dirige contra él.

penal, exigirá que el comportamiento del agente presente características bien diferentes a las que pueden ser exigidas cuando el fundamento de la atenuante se asienta en el valor de acción del comportamiento postdelictivo.

Desde la perspectiva utilitaria, el fundamento del atenuante radica en que dicha confesión allanaría «*la función de investigación de la autoridad judicial*»,¹¹⁵³ de manera tal que los requisitos que se exigen a dicho comportamiento deben estar destinados a garantizar el valor de resultado. En esta medida, se exige al agente responsable una confesión «*veraz, completa [...] y en cualquier caso eficaz, en el sentido que la misma sirva para descubrir el delito*».¹¹⁵⁴ Los problemas empiezan cuando se discute sobre qué alcance tiene cada uno de esos requisitos. Quienes asumen una perspectiva utilitaria «radical», exigirán un grado de veracidad y completitud extremo, de modo que la disminución de la pena solo procederá cuando la declaración de confesión abarque todos los aspectos del suceso delictivo (incluso sobre sus intervinientes). En este sentido, la declaración del agente responsable debería aclarar completamente el objeto procesal, sin que sea necesario para el Estado incurrir en ulteriores tareas de investigación.¹¹⁵⁵ Esta vertiente radical, sin embargo, ha sido generalmente rechazada, pues tal grado de veracidad y completitud implicaría, entre otras cosas, exigir al agente que revele información acerca de los demás intervinientes, lo cual no responde a la idea de asunción de la propia responsabilidad. Queda ahora en evidencia, con particular intensidad, lo que destacábamos antes: un fundamento estrictamente utilitario borra completamente la distinción entre una confesión y una delación premiada. Estos inconvenientes han conducido a que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria adopten una versión «moderada» del fundamento utilitario, exigiendo que la confesión sea veraz en lo sustancial, se mantenga durante todo el proceso y sin necesidad de que el confesor revele datos sobre los demás intervinientes.

En este sentido, es estable la jurisprudencia del Tribunal Supremo al exigir como requisitos del instituto: [a] un acto de confesión; [b] realizado por el culpable; [c] antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él; [d] veraz (en lo sustancial); [e] mantenida a lo largo del proceso y [f] ante autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.

Desde mi punto de vista, incluso si se adopta esta versión moderada del fundamento utilitario, no es posible construir una imagen coherente de todos los requisitos del instituto. Para evidenciarlo, basta con hacer foco en el elemento *subjetivo-cognitivo* de la confesión, al que prácticamente todos los ordenamientos citados subordinan la

¹¹⁵³ MUÑOZ CUESTA, en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, 1997, p. 63

¹¹⁵⁴ MUÑOZ CUESTA, en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias...*, 1997, p. 64

¹¹⁵⁵ En este sentido, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes...*, pp. 52-53. Véase con mayores referencias, ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, p. 90, nota 146 y 147.

atenuación de pena. En el caso del ordenamiento jurídico español, el art. 21.4 del CP establece que la atenuación de pena por confesión solo puede tener lugar en la medida en que el reconocimiento de la responsabilidad se produzca cuando el agente *desconoce* la existencia de un procedimiento judicial contra él dirigido.¹¹⁵⁶ En la medida en que se adopte un fundamento utilitario para la atenuante, resulta particularmente difícil explicar este requisito subjetivo-cognitivo. De hecho, en este esquema de orientación utilitaria, el requisito parece mutar su naturaleza, transformándose en una especie de deadline-objetivo por fuera del cual ya no es posible aplicar la atenuante básica de confesión. En efecto, la exigencia deja de vincularse al valor de acción expresado por el agente y pasa a «*relacionarse con la utilidad de la confesión*»;¹¹⁵⁷ como una exigencia destinada a garantizar la eficacia procesal del comportamiento. En otras palabras, esta

*«exigencia [...] se basa en que, si las autoridades ya conocen la existencia del delito y la identidad de quien lo cometió, la confesión prestada carece de valor auxiliar para la investigación en el que se basa el fundamento de esta atenuante».*¹¹⁵⁸

Frente a esto, puede uno preguntarse: si lo que verdaderamente interesa es allanar o facilitar la tarea de la Administración de Justicia, ¿por qué exigir que la confesión se haga antes de que el agente *conozca* la existencia de una investigación contra él? Formulado de otro modo: si el acento se pone en el valor de resultado, la diferencia sustancial no debería plantearse entre quien conoce y quien no conoce la existencia del procedimiento, sino entre quien confiesa cuando todavía no hay procedimiento abierto y quien lo hace cuando ya existe un procedimiento contra él. Sin embargo, estos autores mantienen la posibilidad de atenuar pena, incluso cuando la confesión no aporta nada al procedimiento. Con ello, dejan entrever que –en verdad– no se trata del valor de resultado de la conducta del sujeto, sino de incentivar conductas que, estadísticamente, pueden ser útiles para conseguir esos resultados; en definitiva, estamos ante una concepción regulatoria del Derecho penal.¹¹⁵⁹

«En este supuesto, aunque materialmente no se ha cumplido el objetivo de ahorrar esfuerzos de investigación y facilitar la instrucción de la causa criminal, pues las autoridades ya la habían iniciado, se mantiene la idea de incentivar al infractor a

¹¹⁵⁶ El § 27.14 del öStGB utiliza, al igual que la legislación española previo a la reforma de 1995, el término *arrepentimiento*.

¹¹⁵⁷ STS 1155/2020; en esta línea BAEZA AVALLONE, «El arrepentimiento espontáneo», *CPC*, 1979, pp. 32-33; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, p. 507; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 390 ss.; MUÑOZ CUESTA, en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias...*, 1997, p. 63. Véase, con mayores referencias, la exposición histórica en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 161 ss. (especialmente en pp. 176-177).

¹¹⁵⁸ POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 4.

¹¹⁵⁹ En un Derecho de incentivos, el premio no tiene por qué estar vinculado al éxito en el caso concreto, sino al éxito estadístico. Agradezco al Dr. SILVA SÁNCHEZ la aclaración de esta cuestión.

colaborar con la justicia admitiendo la atenuación cuando aquel intenta cumplir con ese objetivo [...].¹¹⁶⁰

Por lo demás, también parece razonable concluir que, aun cuando el sujeto tenga conocimiento de la existencia de un proceso en curso, eso tampoco impide que su declaración aporte datos útiles. En efecto, quien sabiéndose sospechoso se entrega a la autoridad y aporta datos que permiten delinear completamente los contornos fácticos del hecho delictivo, también permite «reducir [la] intensidad o duración»¹¹⁶¹ de la persecución penal, en la medida en que contribuye «de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables».¹¹⁶² Dicho brevemente: el conocimiento del sujeto no excluye la utilidad de los datos aportados, por lo que parece difícil aceptar que estamos ante un «requisito cronológico [que] confirma este fundamento [utilitario]».¹¹⁶³ En definitiva, tal y como sucedía con el fundamento político-fiscal de la regularización tributaria (donde remitimos en honor a la brevedad),¹¹⁶⁴ desde una perspectiva utilitaria resulta poco plausible encontrar una explicación razonable a la exigencia de que el agente desconozca la existencia de un procedimiento judicial contra él dirigido.¹¹⁶⁵

2.3. El problema de la «atenuante de análoga significación» en el Código Penal Español

En el marco del ordenamiento jurídico español, los problemas que acarrea esta línea de fundamentación utilitaria se proyectan más allá de la atenuante genérica de confesión. Y es que, una vez ausente el «elemento cronológico», la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española afirma que estamos ante una «confesión tardía», canalizando estos casos a través de la «circunstancia atenuante de análoga significación» prevista por el art. 21.7 CP. Como veremos a continuación, tal estrategia resulta particularmente problemática para el fundamento utilitario.

Según viene sosteniendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española, el carácter de «análoga significación» de la circunstancia prevista por el art. 21.7 CP debe interpretarse a partir de un punto de vista material. Esto significa: la circunstancia no contemplada solo puede considerarse como de análoga significación en la medida en que comparta el mismo fundamento o *ratio* en que se sustenta la atenuante tipo u

¹¹⁶⁰ POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 20.

¹¹⁶¹ POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 22.

¹¹⁶² ATS 2251/2020, ponente Magro Servet.

¹¹⁶³ POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 22.

¹¹⁶⁴ Véase Capítulo VI, Apartado III, punto 2.2.a (pp. 358 ss.).

¹¹⁶⁵ Señalan esta deficiencia DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985 p. 341; ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 93-95

originaria.¹¹⁶⁶ Así las cosas, quien conceda a la confesión un fundamento exclusivamente utilitario, deberá determinar la concurrencia de una circunstancia de análoga significación a partir de la utilidad que la declaración del agente pueda aportar a la investigación del hecho delictivo.¹¹⁶⁷

En muchas resoluciones, el Tribunal Supremo parece adoptar este fundamento estrictamente utilitario: «*respecto a la circunstancia analógica al artículo 21.7 CP, [...] en todo caso debe exigirse que la confesión facilite de modo relevante el enjuiciamiento*».¹¹⁶⁸ Como consecuencia, se exige que la «confesión tardía» sea «*determinante, relevante, decisivo y eficaz, para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la justicia*»; de manera tal que, sin entrar en mayores consideraciones sobre el valor de acción, deniega la aplicación de la atenuante analógica «*cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación*».¹¹⁶⁹ Sin embargo, en virtud de la multiplicidad de fundamentos que el TS asigna a la confesión, el máximo tribunal también ha aplicado la atenuante analógica recurriendo a argumentos que destacan una dimensión completamente diferente. En este sentido, se ha afirmado que procede una circunstancia de análoga significación a la confesión cuando el autor, mediante el reconocimiento de los hechos fuera del marco temporal, realiza «*un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado*»; o bien porque su colaboración es el «*reflejo de la asunción de su responsabilidad y [...] facilita la depuración del reproche*».¹¹⁷⁰

A partir de aquí, se pone de manifiesto la incoherencia del fundamento utilitario. Si se afirma que la «*confesión tardía*» comparte su fundamento con la circunstancia prevista en el art. 21.4 del CPE y, por ello, debe canalizarse a través de la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 del CPE, entonces se contradice frontalmente la fundamentación utilitaria previamente reseñada respecto del «*elemento cronológico*». No es posible argumentar que dicha exigencia garantiza la utilidad de la confesión (básica) para, luego, reconducir los casos de «*confesión tardía*» (que se definen, precisamente, en virtud de la ausencia de dicho requisito cronológico) a la atenuante analógica con la que supuestamente comparten la misma *ratio* o fundamento.

¹¹⁶⁶ BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes...*, 2002, p. 198; POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, pp. 9 ss. Se ha abandonado la posición más rígida (que exigía una analogía morfológica o estructural) a favor de una posición más flexible. Sin embargo, en la actualidad, existe una línea doctrinal y jurisprudencial que flexibiliza todavía más la posibilidad de aplicar la atenuante de análoga significación, pues no exige semejanza de fundamento respecto de una atenuante específicamente prevista, sino solo una semejanza con el *fundamento genérico* de la atenuación de pena. Véase en detalle *infra*, punto 5.

¹¹⁶⁷ En este sentido, SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley* (7862), 2012, p. 3: «*la nota clave para estimar a la confesión tardía como atenuante analógica es la de su utilidad para facilitar la investigación*».

¹¹⁶⁸ Véase, con mayores referencias, SSTS 1155/2020 y 454/2019.

¹¹⁶⁹ Véase, con mayores referencias, SSTS 1209/2020 y 784/2017.

¹¹⁷⁰ Véase, con mayores referencias, STS 1155/2020.

IV. LA CONFESIÓN COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL DE LA PENA RETRIBUTIVA

Establecidos los problemas fundamentales de la argumentación utilitaria, podemos comenzar a delinear la perspectiva alternativa que, respecto del fundamento de la atenuante de confesión, seguimos en esta investigación. Para ello, continuaremos con la senda metodológica inicialmente adoptada en este trabajo, analizando la ubicación normativa del instituto a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción.

1. Ubicación normativa

La «*ubicación normativa*» de la confesión, desde el punto de vista aquí adoptado, no debería presentar dificultades. En la medida en que se trata de un comportamiento postdelictivo que hemos calificado como atenuante *extrínseca* (sin capacidad para alterar la dimensión cuantitativa o cualitativa del injusto culpable ya comunicativamente cerrado), el instituto solo puede ser ubicado en la norma secundaria. Brevemente: la confesión debe situarse «*en el plano de la operatividad de la norma secundaria*», como uno de «*los presupuestos “negativos” de la consecuencia jurídica*». ¹¹⁷¹

Esa ubicación normativa explica, al menos desde un punto de vista sistemático, por qué su concurrencia incide sobre el grado de apertura de la válvula que dosifica el ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, a pesar de aportar coherencia sistemática, de aquí no se sigue la solución a todos los problemas, pues dicha conclusión no nos permite explicar, desde un punto de vista material, *por qué* resulta legítimo atenuar el reproche punitivo. Al respecto y en lo que sigue, intentaré argumentar que la confesión (voluntaria e imputable) restringe la facultad punitiva del Estado porque constituye un equivalente funcional del deber de soportar la punición que recae sobre el agente responsable. ¹¹⁷² Su fundamento, entonces, debe buscarse en la teoría de la pena retributivo-comunicativamente oportunamente desarrollada.

2. El fundamento de la atenuante de confesión: la teoría retributivo-comunicativa de la pena

En el Apartado anterior (III), concluimos que asentar el fundamento del instituto en razones de economía procesal, es una estrategia débil y confusa que genera, además, problemas graves a la hora de interpretar los requisitos del instituto. Advirtiendo estos

¹¹⁷¹ ASUA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Atenuantes...*, 2008, p. 185 y 183, respectivamente. En esta línea, FREUND, «Straftatbestand und Rechtsfolgen Bestimmung», *GA*, 1999, pp. 526 ss.

¹¹⁷² Reconocen a la confesión como un «*equivalente funcional a la reprobación que debe vehicular la pena*», GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, p. 183. Similar, ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, pp. 212 y 400 ss.; MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, pp. 237-238.

inconvenientes, un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia fundamenta la atenuante de confesión –correctamente a mi juicio– a partir de los lineamientos teóricos de la justificación de la praxis punitiva.¹¹⁷³ Por lo demás, esta premisa resulta en un todo coherente con la ubicación normativa que hemos asignado al instituto: si la confesión es un comportamiento postdelictivo con capacidad para modificar la dimensión comunicativa del hecho punible (y este es un concepto vinculado a la norma secundaria), entonces aquella debe quedar vinculada con la función característica que se atribuye a la consecuencia jurídica punitiva.

A partir de aquí, se ha propuesto fundamentar la atenuante de confesión a través de consideraciones preventivo-especiales, preventivo-generales y también retributivo-comunicativas. Respecto de lo primero, el trabajo de HÖNIG es particularmente ilustrativo al manifestar (de forma más bien categórica) que dicha atenuación de pena solo puede fundamentarse de forma legítima si el reconocimiento de la propia responsabilidad se entiende como una aceptación de la «oportunidad de resocialización y, por ello, como expresión de la prevención especial positiva».¹¹⁷⁴ Desde esta perspectiva, la confesión debe considerarse una exteriorización o «flujo de la personalidad del delincuente», de modo que este acto solo puede «resultar significativo para el pronóstico de peligro futuro»; en definitiva: «se trata de arriesgar un pronóstico favorable al delincuente».¹¹⁷⁵ Respecto de lo segundo, existen múltiples autores que recurren a consideraciones de tinte preventivo-general positiva (entre los cuales destacan, tradicionalmente, FRISCH, JEROUSCHEK y ESER en Alemania; GARRO CARRERA y ASÚA BATARRITA en España).¹¹⁷⁶ Por último, las más recientes contribuciones de tinte retributivo-comunicativas sobre la atenuante de confesión, pertenecen a SILVA SÁNCHEZ, ROSTALSKI y MAÑALICH. A esta altura de la

¹¹⁷³ Véase, con mayores referencias, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, pp. 357 ss. A diferencia de la vertiente utilitaria, esta estrategia argumental resulta enteramente compatible con la comprensión de la praxis punitiva que oportunamente hemos defendido, esto es, como diálogo comunicativo entre sujetos racionales (Estado-ciudadano).

¹¹⁷⁴ HÖNIG, *Die Strafmildernde...*, 2004, p. 138.

¹¹⁷⁵ HÖNIG, *Die Strafmildernde...*, 2004, p. 169. En sentido similar, mezclando consideraciones de tinte preventivo general y preventivo especial, DÖLLING, «Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung», en FREUND et al. (eds.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 1181 ss. (especialmente, p. 1183 y p. 1186). Al igual que una fundamentación utilitaria, esta perspectiva preventivo especial termina por solapar y confundir la confesión con la delación, en la medida en que, como afirma este último autor (p. 1187) en relación a la confesión, «incluso si el delincuente revela datos sobre el delito que van más allá de su propia contribución al mismo, por ejemplo, nombrando a los coautores, esto debe tenerse en cuenta como atenuante de la pena [...]. La prevención de nuevos delitos, relacionados con el delito que se va a condenar, también debe beneficiar al delincuente en la determinación de la pena».

¹¹⁷⁶ FRISCH, *ZStW*, 1987, pp. 349 ss.; JEROUSCHEK, «Jenseits von Gut und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht», *ZStW* (102), 1990, pp. 793 ss.; ESER, «Absehen von Strafe», en SCHRÖDER et al. (eds.), *FS-Maurach*, 1972, pp. 257 ss.; HAUER, *Geständnis...*, 2007, pp. 164 ss.; GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, pp. 83 ss. y 145 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, pp. 122 ss. Para un resumen de esta posición, véase también MOOS, *Das Geständnis...*, 1983, pp. 151 ss. HAUER, *Geständnis...*, 2007, pp. 85 ss.; SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, pp. 327 ss.

investigación, debería resultar evidente que seguiremos de cerca esta última línea doctrinal, que en líneas generales sostiene que

*«la confesión del hecho delictivo cometido contiene un importante elemento simbólico de negación del delito y, en esa medida, muestra una dimensión comunicativa (de reafirmación del Derecho) [que] que se mueve en el mismo plano que la función simbólica de la pena».*¹¹⁷⁷

*«al confesar, el autor puede, bajo determinadas circunstancias, materializar con un acto independiente, una prestación de reconocimiento respecto a la validez de la norma de conducta que ha sido transgredida. [...] Mediante este comportamiento posterior al hecho, puede el agente admitir su injusto y, de ese modo, contribuir de forma autónoma al restablecimiento del Derecho».*¹¹⁷⁸ La confesión, en este sentido, es *«una relativización del quebrantamiento de la norma, en la medida en que esa confesión constituye [...] un acto de expresión comunicativa [mediante el cual el autor] reconoce la norma transgredida».*¹¹⁷⁹

En este sentido, *«la ratio [de la atenuante de confesión] se deja articular como sigue: el comportamiento posterior al hecho punible [...] puede llegar exhibir fuerza atenuante cuando ese comportamiento es expresivo de un ejercicio supererogatorio de fidelidad al derecho»;*¹¹⁸⁰ pues *«solo en la medida en que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente resulte expresivo de un reconocimiento positivo de la norma como premisa vinculante cabe explicar que resulte excluida [aquí, disminuida] la reacción punitiva».*¹¹⁸¹

Comprender la atenuante de confesión voluntaria desde una perspectiva retributivo-comunicativa es, en verdad, una tendencia a la que no solo la doctrina se muestra [cada vez más] propensa. Tal dimensión comunicativa del instituto ha sido también destacada, en diversas ocasiones, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (aun cuando sea de forma parcial y siempre acompañada de argumentos utilitarios y político-criminales). Así las cosas, el máximo tribunal español ha expresado, de forma reiterada, que dicho comportamiento supone un *«reconocimiento de la vigencia de la norma»* previamente quebrantada, con lo cual se *«simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado»* y, por ello, supone un *«aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta».*¹¹⁸²

¹¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 123.

¹¹⁷⁸ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 212.

¹¹⁷⁹ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff...*, 2019, p. 401.

¹¹⁸⁰ MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, pp. 237-238.

¹¹⁸¹ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 272.

¹¹⁸² SSTS 240/2012, ponente Sánchez Melgar; 764/2016, ponente Martínez Arrieta; 118/2017, ponente Granados Pérez; 750/2017, ponente Ferrer García y 260/2020, ponente Ferrer García, entre otras.

En el modelo retributivo-comunicativo aquí defendido, la estructura argumentativa que nos permite arribar a esa conclusión ha sido reiteradamente mencionada. Una vez quebrantada (de modo culpable) la norma de comportamiento, el enunciado legal transforma el contenido material del deber originariamente exigido al ciudadano en un deber de soportar la punición. El fundamento de esta transformación, dijimos, radica en que ambos deberes no son más que expresiones concretas, pero materialmente distintas, del proto-deber ciudadano de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades y, por tanto, el cumplimiento de ambos materializa una y la misma prestación: la confirmación dinámica del Derecho, en cuanto praxis colectivamente construida. A partir de aquí, y recurriendo al método comparativo provisto por el funcionalismo de las equivalencias, se hace posible identificar conductas alternativas (en este caso, desplegadas por el propio agente responsable del quebrantamiento de la norma) a las que, intersubjetivamente, podemos atribuir una similar capacidad expresivo-comunicativa. Como consecuencia de su concurrencia, se atenúa o desaparece el deber de soportar la punición y, por eso, a tales comportamientos les denominamos «*equivalentes funcionales de la pena retributiva*».¹¹⁸³

Dado que, en el esquema teórico oportunamente propuesto, el *ius puniendi* no es más que la imagen especular de ese deber de soportar la punición que recae sobre el agente, en la medida en que el cumplimiento de este último no pueda ser exigido, tampoco el Estado puede ejercer su facultad punitiva.

Así las cosas, en la medida en que dicho comportamiento postdelictivo sea capaz de expresar una *posición revisionista* acerca del previo quebrantamiento de la norma, la confesión voluntaria del hecho punible debe concebirse como un verdadero equivalente funcional (parcial) de la pena retributiva. Tal equivalencia funcional depende, entonces, de que el autor pueda, a través de su confesión, caracterizar su previo comportamiento (la comisión del injusto culpable) como alternativa de conducta desvalorada por el ordenamiento y, de ese modo, expresar un *reconocimiento positivo* de la norma quebrantada.¹¹⁸⁴ Para garantizar dicha capacidad expresiva, el legislador rodea de ciertas exigencias el instituto de la confesión, a cuyo análisis dedicamos el punto siguiente.

¹¹⁸³ En detalle, Capítulo IV, Apartado IV (pp. 166 ss.).

¹¹⁸⁴ En sentido similar, ha manifestado GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, p. 104, que la confesión «favorece la pacificación de la conmoción asociada al desprecio de la norma infringida», pues «desplegará un mensaje de revocación parcial de su decisión de lesionar el bien jurídico».

3. Requisitos de una confesión funcionalmente equivalente (especial referencia al ordenamiento español)

Al asentar el fundamento de esta atenuante en un paradigma utilitarista, la doctrina dominante no logra proporcionar una explicación coherente de los requisitos legalmente exigidos al instituto. Por eso, el cambio de perspectiva aquí propuesto es particularmente fructífero: nos permite abandonar el paradigma transaccional de compra de eficiencia procesal mediante venta de impunidad, para pasar a considerar este instituto a la luz de la teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva. Desde este punto de vista, los requisitos que el legislador y la doctrina exigen para atenuar la pena por confesión voluntaria, deben ser interpretados como exigencias destinadas a garantizar que dicho comportamiento pueda materializar la prestación retributiva que caracteriza a la acción punitiva.¹¹⁸⁵ A partir de aquí, según creo, se proporciona una explicación más coherente de cada uno de los elementos de la confesión, dotando al instituto de una estructura armónica consonante.

3.1. La voluntariedad como elemento nuclear de la atenuante por confesión

En el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de aminorar el reproche punitivo por confesión depende de que el reconocimiento de la propia responsabilidad tenga lugar *«antes de conocer el culpable que el procedimiento judicial se dirige contra él»*.¹¹⁸⁶ A la luz del texto legal y según hemos visto, un problema capital del fundamento utilitario radica en que termina por deformar este requisito subjetivo-cognitivo en una especie de elemento objetivo-cronológico o límite temporal, aparentemente destinado a garantizar la utilidad procesal de la información aportada por el agente.¹¹⁸⁷ Tal interpretación resulta problemática porque el conocimiento del agente (respecto de la existencia de un procedimiento judicial que se dirige contra él) no parece ser determinante para la utilidad o inutilidad de su confesión.¹¹⁸⁸ Dicho de otro modo: el conocimiento del agente no necesariamente excluye la utilidad de la confesión, en la medida en que es

¹¹⁸⁵ Similar, GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, p. 106, afirma que *«la autoinculpación del infractor debe transmitir su disposición sería a asumir su responsabilidad y cargar con las consecuencias de sus hechos»*.

¹¹⁸⁶ La legislación penal austríaca garantiza el valor de acto de la confesión exigiendo que tal comportamiento sea la expresión de un *«arrepentimiento»* o toma de *«conciencia de culpabilidad»* (*reumütiges Geständnis*).

¹¹⁸⁷ En el caso del ordenamiento jurídico-penal austríaco, esta interpretación utilitaria parece directamente insostenible. Tampoco el ordenamiento chileno, según calificada doctrina, exigiría la utilidad procesal a la confesión para conceder el efecto atenuante; véase MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, pp. 247 ss.

¹¹⁸⁸ Véase Apartado III, punto 2.2 (pp. 417 ss.)

perfectamente posible que la confesión «tardía» del agente sea, desde el punto de vista probatorio, fundamental para el eventual esclarecimiento de lo sucedido.¹¹⁸⁹

Si la confesión deja de concebirse como pago en impunidad (a cambio de eficacia procesal) y pasa a considerarse un auténtico equivalente funcional de la pena retributivo-comunicativa, parece más sencillo justificar que el legislador haya impuesto este requisito subjetivo-cognitivo. Tal exigencia, según el modelo aquí defendido, pretende garantizar la *voluntariedad* del comportamiento, en la medida en que este constituye el punto de anclaje de los equivalentes funcionales de la pena retributiva que en esta investigación hemos puesto a prueba.¹¹⁹⁰ La voluntariedad, debe recordarse, no es más que un armónico de la nota dominante de esta investigación, a saber: una concepción del Derecho como praxis colectivamente construida.¹¹⁹¹

Asimismo, también se proporciona un punto de partida sólido para dotar de contenido a este elemento pues, en esta investigación, hemos establecido algunos lineamientos teóricos respecto de la voluntariedad.¹¹⁹² En primer lugar, afirmamos que dicho requisito no puede explicarse a partir de una perspectiva puramente psicológica; resulta imperioso, por el contrario, normativizar este concepto.¹¹⁹³ En segundo término, el proceso de normativización debe tomar como punto de partida la idea de libertad como capacidad atribuida¹¹⁹⁴ y llevarse a cabo mediante la distinción de dos dimensiones

¹¹⁸⁹ De hecho, tal utilidad es lo que permitiría, según esta misma línea argumentativa y una vez superado el «límite temporal», aplicar la atenuante analógica.

¹¹⁹⁰ Le atribuyen carácter esencial también FARALDO CABANA, *Las causas...*, 2000, pp. 28-29; LA MISMA, «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los números 4º y 5º en relación con el número 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1), 1998, pp. 245 ss., señalando que tal exigencia se corresponde con una «voluntariedad objetivada o normativizada»; DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 66-68; similar, GARRO CARRERA, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, p. 106. A pesar de que le llama elemento «cronológico-cognitivo», la autora afirma que la dimensión objetiva (cronológica) quedaría subordinada a la subjetiva (cognitiva); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, p. 555; CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, pp. 210-212; TAMARIT SUMALLA, *La reparación de la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, 1994, p. 65; idéntica estructura argumental respecto de la reparación, ALCÁZER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial* (63), 2001, p. 105; ALASTUEY DUBÓN, *La reparación a la víctima*, 2000, p. 194; BRAUNS, *Die Wiedergutmachung*, 1996, pp. 215 ss. En contra de concebir a la voluntariedad como elemento de la confesión, ORTS BERENGUER, «Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980», *CPC*, 1981, pp. 258-260; POZUELO PÉREZ, *Cuadernos de Política Criminal* (65), 1998, pp. 421 ss.

¹¹⁹¹ El ordenamiento efectivamente practicado no es más que el producto de la *voluntad libre y racional* de los sujetos que intervienen en su construcción y desarrollo. Véase Capítulo III, Apartado III (pp. 94 ss.); Capítulo IV, Apartado IV (pp. 166 ss.).

¹¹⁹² Véase Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.B (pp. 281 ss.).

¹¹⁹³ LAMPE, *JuS*, 1989, p. 614: «la voluntariedad no es tan sólo un concepto susceptible de interpretación normativa, sino que esta interpretación normativa se requiere con carácter necesario».

¹¹⁹⁴ En el contexto praxeológico del Derecho penal, la libertad de voluntad no es un hecho biológico sino un presupuesto programático, una capacidad *atribuida*. Véase Capítulo III, Apartado III, punto 1.2 (pp. 97 ss.).

distintas. En su «dimensión cuantitativa», la voluntariedad requiere que el comportamiento sea realizado en ausencia de coacción jurídicamente relevante. En su «dimensión cualitativa», la voluntariedad exige que el comportamiento adoptado por el ciudadano no constituya una expresión de sentido contradictorio o incompatible con el sentido que, desde un punto de vista retributivo, se les asigna a las acciones punitivas.

a. La dimensión cuantitativa

Entender a la confesión como el producto de una decisión libre del agente responsable, tomada en ausencia de coacción, constituye una opinión prácticamente unánime en la doctrina.¹¹⁹⁵ Según hemos afirmado en los capítulos precedentes, la ausencia de coacción jurídicamente relevante da lugar a la dimensión cuantitativa del concepto de voluntariedad. Esto significa: el comportamiento del agente debe poder interpretarse como expresión de una voluntad libre, en el sentido de haber sido realizado en ausencia de la *influencia material* de determinados *factores coercitivos*.¹¹⁹⁶ Oportunamente, distinguimos aquí y por un lado, la referida capacidad del sujeto para realizar determinadas acciones («*libertad para*» o „*Freiheit wozu*“); y, por otro, ciertos «factores coercitivos» cuya influencia *puede* eliminar ese carácter voluntario («*libertad respecto de*» o „*Freiheit wovon*“). Este esquema facilita el análisis porque nos permite distinguir entre [a] las acciones mediante las cuales el agente confiesa, y [b] los factores coercitivos, cuya influencia material debe ser descartada. Respecto de la acción de confesión y sus requisitos estructurales, nos ocuparemos luego. Ahora interesa destacar que, bajo el paradigma de los equivalentes funcionales, el desconocimiento de la existencia de un procedimiento judicial dirigido contra el agente (aquello que la doctrina dominante denomina «*elemento cronológico*»),¹¹⁹⁷ se transforma aquí en el factor coercitivo específicamente previsto por el legislador y cuya influencia material elimina el carácter voluntario del comportamiento postdelictivo.

¹¹⁹⁵ Véase, FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, p. 245: «*la conducta será voluntaria si se realiza de manera libre y no coaccionada*»; HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, 1993, p. 180; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, 1989, p. 530; ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal...*, 1949, p. 346. Incluso aquellos que niegan en la atenuante de confesión la existencia de un elemento subjetivo (MUÑOZ CONDE, *PG*, 8ª ed., pp. 486-487; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 405), por una razón o por otra, terminan excluyendo el efecto atenuante en los casos de coacción (p. ej., la autora citada, entiende que la modificación del CPE en 1995 ha supuesto una supresión definitiva de la espontaneidad y, por ello, parece fundamentar tal exclusión en el carácter *personal* de la confesión). Mayores referencias en POZUELO PÉREZ, *Cuadernos de Política Criminal* (65), 1998, p. 423, nota 41.

¹¹⁹⁶ AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, p. 222: se trata de la «*posibilidad socialmente garantizada de actuar sin el influjo indeseado de otros sujetos o de otros factores de influencia*». Véase, en detalle, Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.B (pp. 281 ss.).

¹¹⁹⁷ GARRO CARRERA, en GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, p. 106.

Al igual que la regularización tributaria, la confesión constituye un comportamiento postdelictivo que tiene lugar una vez que el delito ya ha sido consumado.¹¹⁹⁸ A partir de aquí se entenderá que, para ambos institutos, el factor coercitivo más importante venga representado por el hecho de que el agente conozca la existencia de un proceso (aquí, judicial)¹¹⁹⁹ dirigido contra él.¹²⁰⁰ Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la regularización tributaria, el legislador español no exige aquí, a los fines de acreditar dicho conocimiento, la necesaria notificación formal. En el caso de la atenuante genérica de confesión, el texto legal parece inclinarse, directamente, por un criterio más bien sustancial. Por esa razón, no tiene mucho sentido distinguir entre la concurrencia del factor coercitivo y su influencia material; dicho de otro modo: el criterio para decidir cuándo concurre el factor coercitivo (efectivo conocimiento racionalmente adquirido) presupone la influencia material del mismo.

A los fines de determinar [el sentido cuantitativo de] la voluntariedad de la confesión, entiendo que puede ser útil distinguir entre un elemento *objetivo-procesal*, esto es, la efectiva existencia de un procedimiento judicial contra el agente; y un elemento *subjetivo-intelectual*, a saber, el conocimiento que el agente tenga respecto de dicha existencia. Sin embargo, en contra de lo que sugiere cierto sector de la doctrina, aquí no se trata de que el primero quede subordinado al segundo,¹²⁰¹ sino de construir un sistema racional de atribución de sentido comunicativo que ponga en relación ambos elementos. Para ello, entiendo que deberían distinguirse dos grandes grupos de casos: por un lado, aquellos supuestos en que el elemento objetivo y subjetivo coinciden [\emptyset_1 y π_1]; por el otro, los casos en que se producen divergencias entre ambos [\emptyset_2 y π_2]. La distinción tiene sentido porque, en los casos de discordancia, se hace necesario recurrir al criterio de la racionalidad epistémica (o racionalidad comunicativa) para determinar la concurrencia del factor coercitivo.¹²⁰² Veamos esto con un poco más de detalle.

¹¹⁹⁸ En idéntico sentido y con mayores referencias, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento...*, 1985, pp. 55 ss.; GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes...*, p. 164: «la confesión y la reparación surgen después de que nazca la pretensión punitiva».

¹¹⁹⁹ Debe recordarse que, en el marco de la regularización tributaria, por tratarse de un instituto interno al delito de defraudación tributaria (que a su vez constituye una norma de legitimidad retributivamente precaria), el conocimiento del inicio de las actuaciones administrativas también constituya un factor coercitivo jurídicamente relevante que excluye la voluntariedad del acto.

¹²⁰⁰ Sin embargo, este no es el único factor coercitivo que puede eliminar el carácter voluntario de la confesión. De hecho, la jurisprudencia ha descartado aplicar la atenuante de confesión cuando el comportamiento del agente viene condicionado por el temor fundado de sufrir graves lesiones, producto de reacciones informales al delito (linchamientos y/o represalias de la víctima o sus familiares). Véase STS del 14 de febrero de 1963 (Ref. Ar. 504) y CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, p. 230 (nota 155).

¹²⁰¹ GARRO CARRERA, en GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, pp. 106-107, afirma que el elemento objetivo constituye «solo una referencia que debe contemplarse desde el prisma del requisito subjetivo-cognitivo».

¹²⁰² Entiendo por racionalidad epistémica o comunicativa aquella *forma* o *modo* de conocer que, en términos intersubjetivos, puede considerarse racional. Para decirlo en palabras de PÉREZ BARBERÁ, *El*

Ø) Si el procedimiento judicial todavía no se ha iniciado, o bien no se dirige contra el agente, puede suceder que

ø₁) El sujeto conozca esta circunstancia y, aun así, se presente ante la autoridad y confiese el hecho delictivo. Estamos aquí ante el supuesto expresamente regulado por el legislador y, por tanto, tal comportamiento debe considerarse voluntario.¹²⁰³

ø₂) El agente *yerre* sobre esta circunstancia y, por tanto, confiese *creyendo que existe un procedimiento judicial dirigido contra él*.¹²⁰⁴ Por tratarse de un caso de discordancia objetivo-subjetiva, deben distinguirse dos escenarios distintos:

ø_{2.1}) La creencia del agente se asienta en razones epistémicamente fundadas, es decir, que existen motivos intersubjetivamente válidos para concluir que el procedimiento judicial está iniciado y se dirige contra él. En estos casos, estamos ante un factor coercitivo jurídicamente relevante y debe negarse el carácter voluntario de la confesión.

En este grupo, encontraríamos aquellos casos donde uno de los intervinientes en la maniobra delictiva (P) ha llegado a conocer que, en el marco del procedimiento judicial ya iniciado contra su compañero (C), la autoridad le ha ofrecido un beneficio punitivo a cambio de información sobre los demás intervinientes (delación). La coerción a la que se ve sometido el agente 'P' es, desde mi punto de vista, jurídicamente relevante para eliminar la voluntariedad del comportamiento y, por ello, impide atribuirle a dicho comportamiento el carácter de equivalente funcional respecto de la prestación retributiva. Y esta conclusión debe considerarse válida incluso cuando 'P' confiese su participación en el delito *antes* de que la autoridad reciba información alguna por parte de 'C'. Conceder a esta confesión carácter voluntario nos llevaría a una conclusión contradictoria y difícil de sostener, a saber: la rebaja de pena dependería, directamente, del mero hecho que 'C' no haya brindado todavía la información. En breve: no se puede supeditar la atenuante a la concurrencia de un valor de resultado que no depende exclusivamente del comportamiento del propio autor.

dolo eventual, 2011, p. 762: la racionalidad epistémica determina «*qué puede entenderse por relación cognitiva razonable o, lo que es lo mismo, epistémicamente justificada*».

¹²⁰³ La racionalidad epistémicamente justificada o injustificada que caracterice a este conocimiento resulta, en este caso, irrelevante para afirmar la voluntariedad de la confesión. En cualquier caso, el comportamiento del agente constituye una expresión revisionista respecto del quebrantamiento precedente.

¹²⁰⁴ GARRO CARRERA, en GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, pp. 142 ss., entiende que no debe atenuarse la pena por confesión voluntaria pues, a pesar de existir valor de resultado, el comportamiento del agente adolece de un desvalor de acción importante. Según la autora, se trata de un caso similar a la tentativa inidónea cometida por aquel sujeto que desconoce estar actuando bajo una situación objetivamente justificante (el agente desconoce que su agresión constituye, objetivamente, una legítima defensa de terceros). Sin embargo, entiendo que la tentativa inidónea exige acreditar, también, la racionalidad epistémica del conocimiento que fundamenta el dolo de la tentativa. Por ello, la distinción formulada en el texto me parece pertinente.

ø2.2) La creencia del agente se asienta en razones epistémicamente no justificadas; esto es, no existen motivos intersubjetivamente válidos para concluir que el procedimiento judicial está iniciado y se dirige contra él. Las creencias erróneas y asentadas en razones epistémicamente injustificadas, en mi opinión, no tienen entidad suficiente como para configurar un factor coercitivo jurídicamente relevante; y esto es independiente de la efectiva presión psicológica que hayan provocado en el agente.¹²⁰⁵ La confesión debe considerarse, por tanto, voluntaria. Un ejemplo literario puede ser útil para demostrar por qué:

El «*terriblemente nervioso*» pero meticuloso asesino que, luego de matar y descuartizar a su víctima, confiesa su delito a las autoridades policiales, lo hace de forma voluntaria. El «*resonar apagado y presuroso*» de un viejo corazón que, según el agente, todos los presentes escuchan latir bajo las tablas, no es una creencia epistémicamente racional que pueda considerarse un factor coercitivo jurídicamente relevante.

π) Si el procedimiento judicial se dirige contra el agente, puede suceder que

π₁) El sujeto conozca esta circunstancia y, por tanto, nos encontremos en presencia del factor coercitivo específicamente mencionado por el legislador: su comportamiento no puede considerarse una toma de posición revisionista respecto del quebrantamiento precedente; la confesión debe considerarse involuntaria.¹²⁰⁶ La posibilidad de aplicar, en estos casos, la denominada «*atenuante analógica de confesión*», se analiza en el punto correspondiente.¹²⁰⁷

π₂) El agente desconozca esta circunstancia, dando lugar a una nueva discordancia objetivo-subjetiva. Debemos distinguir, entonces, dos escenarios distintos:

π_{2.1}) El desconocimiento del agente está epistémicamente fundado, pues existen motivos intersubjetivamente válidos para concluir que el procedimiento judicial no se dirige contra él. Aquí nos encontramos frente al supuesto específicamente regulado por el legislador: a pesar de la existencia de un procedimiento judicial en su contra, el autor desconoce (racionalmente) esta circunstancia y, por tanto, su confesión debe considerarse voluntaria.

¹²⁰⁵ Sobre la distinción entre «presión psicológica» y «factor coercitivo jurídicamente relevante» que limita la voluntariedad, véase Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.B (pp. 281 ss.).

¹²⁰⁶ En mi opinión, aquí no hay posibilidad de que tal conocimiento esté fundado en una racionalidad epistémicamente injustificada. Aquí se trata de adscribir sentido comunicativo desde un punto de vista intersubjetivo y, para ello, la efectiva existencia del procedimiento judicial no puede considerarse irrelevante: si tal procedimiento existe y se dirige contra el autor, *necesariamente* existirán razones epistémicamente justificadas que pueden ser accesibles para el agente. Conceder el beneficio punitivo al agente que, existiendo razones epistémicamente justificadas, ha adquirido tal conocimiento por mecanismos epistémicamente no justificados, implicaría castigar de forma más severa al ciudadano racional y cuidadoso.

¹²⁰⁷ Véase *infra*, Apartado IV, punto 5 (pp. 441 ss.).

$\pi_{2.2}$) El desconocimiento del agente está epistémicamente injustificado, en la medida en que no existen motivos intersubjetivamente válidos que permitan explicarlo de forma racional. Aquí, según creo, debería negarse el carácter voluntario de la confesión; y un ejemplo puede ser esclarecedor:

Si el agente ha cometido el delito en la vía pública, frente a numerosos testigos y, además, es de público conocimiento que en el lugar existen cámaras de video-vigilancia, pareciera que el factor coercitivo concurre desde un punto de vista intersubjetivo. Cualquier expectativa que el agente tenga respecto de que el procedimiento judicial no se dirige contra él, no es más que una expectativa completamente infundada e irracional. Su comportamiento, por tanto, no puede considerarse una confesión funcionalmente equivalente, sino equipararse con la entrega voluntaria a las autoridades.

b. La dimensión cualitativa

Al escindir el juicio sobre la voluntariedad en dos pasos diferentes, se hace posible distinguir entre la ausencia de coerción jurídicamente relevante (dimensión cuantitativa) y el concreto sentido comunicativo, a saber, la expresión de un *reconocimiento positivo* de la norma quebrantada en que debe consistir toda confesión funcionalmente equivalente (dimensión cualitativa). Esto último, insistimos nuevamente, no significa exigir una transformación metanoica del agente en favor del Derecho.¹²⁰⁸ En su dimensión cualitativa, la confesión voluntaria solo exige que al comportamiento del agente pueda atribuírsele, desde un punto de vista intersubjetivo, un sentido comunicativo contrario al oportunamente manifestado con la acción delictiva; esto es, que exprese una toma de posición revisionista. En el marco de la voluntariedad cualitativa, esto significa que una determinada confesión solo puede considerarse como equivalente funcional de la pena retributiva en la medida en que el comportamiento del agente no resulte, al mismo tiempo, expresivo de una falta de disposición personal para la construcción ciudadana de la praxis jurídica.

La dimensión cualitativa de la voluntariedad resulta particularmente útil aquí, pues proporciona una solución sistemática coherente para aquellos casos en los que el comportamiento del agente, si bien no se ha visto condicionado por la presencia de factores coercitivos (dimensión cuantitativa), expresa un contenido comunicativo absolutamente incompatible con la adopción de una posición revisionista (o de confirmación dinámica del Derecho).¹²⁰⁹ En mi opinión, esto es precisamente lo que

¹²⁰⁸ Véase, en detalle y con mayores referencias, Capítulo V, Apartado V, punto 2.2.e (pp. 291 ss.); Capítulo VI, Apartado IV, punto 3.1.b (pp. 378 ss.). En sentido similar, ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal...*, t. 2, 1949, p. 345, consideran que el único requisito radica en que se reemplace la voluntad antijurídica por una voluntad cooperativa para con el orden jurídico.

¹²⁰⁹ Similar, ALCÁCER GUIRAO, *Revista del Poder Judicial* (63), 2001, p. 108: «puede partirse de la presunción de que el agente, cuando realiza estas conductas, expresa un reconocimiento personal de la

sucede con muchos de los delitos cometidos por ciertas organizaciones criminales, especialmente aquellas que se dedican a la realización de atentados terroristas. Es verdaderamente frecuente que, inmediatamente después de la ejecución del hecho delictivo, los miembros jerárquicos de estas organizaciones emitan comunicados públicos a través de los cuales se atribuyen la autoría intelectual y/o material de los mismos.¹²¹⁰ En este sentido, a pesar de que tales declaraciones pueden considerarse absolutamente libres en términos cuantitativos (no coaccionadas), no puede afirmarse que con ello se exprese una posición revisionista del previo quebrantamiento normativo. Por el contrario, parece evidente que se trata del mantenimiento y reafirmación de su previo posicionamiento del lado del injusto.

Fuera de los casos de terrorismo, también pueden encontrarse ejemplos de esta falta de voluntariedad cualitativa en determinados «*delinquentes por convicción*». En la medida en que se trate de un sujeto que ha infringido la norma «*porque ya internamente no la respeta, no comparte su fundamento*» y que, al momento de la confesión, expresa estar «*convencido de lo contrario*», parece mantenerse en una firme posición de «*rechazo y desprecio a las normas vigentes*».¹²¹¹

3.2. La declaración del responsable ante las autoridades: veracidad, completitud y puesta a disposición de las autoridades

A pesar de que el texto legal español no exige —explícitamente— ningún requisito objetivo a la declaración auto-inculpatoria del autor (tampoco lo exigía el anterior instituto de «arrepentimiento espontáneo»), la doctrina y jurisprudencia española normalmente reclaman su concurrencia. Entre dichos requisitos y por un lado, reclamar que la declaración del agente sea realizada de forma «*veraz y completa en lo sustancial*», goza de un consenso generalizado.¹²¹² Sin embargo, es posible advertir algunos matices en la doctrina, especialmente en relación con el alcance de esta

validez de las normas [...]; presunción solo desmentida cuando del contexto objetivo en que se realiza la acción pueda claramente extraerse la conclusión contraria».

¹²¹⁰ El hecho de que estas declaraciones no sean realizadas ante la autoridad pertinente ni vayan acompañadas de una puesta a disposición de la justicia no es relevante. En este sentido, entiende que incluso cuando así fuera, tampoco darían lugar a la equivalencia funcional por confesión voluntaria.

¹²¹¹ Las citas corresponden a LUZÓN PEÑA, «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *InDret* (1), 2013, p. 14. Sobre el problema, fundamental, JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007; PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, 1994.

¹²¹² MUÑOZ CUESTA, en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias atenuantes...*, 1997, p. 129: «*hay unanimidad entre doctrina científica y jurisprudencia del TS en que la confesión que hace el culpable [...] debe ser veraz, completa en lo fundamental y en cualquier caso eficaz, en el sentido que la misma sirva para descubrir el delito en cuanto a lo que se refiere al confesante*». Véase también, con mayores referencias, GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes...*, 2008, p. 90, notas 143 y 144. Este acuerdo en la doctrina y jurisprudencia es incluso previo a la modificación introducida en 1995; sobre el particular, CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, pp. 228 ss.

exigencia. Un grupo minoritario de autores, asumiendo una fundamentación utilitarista que bien podría calificarse de extrema, exige al confesor que aporte –mediante su declaración– todos los datos que conozca sobre el suceso fáctico y que puedan resultar útiles para favorecer una rápida resolución del caso.¹²¹³ Por el contrario, la doctrina ampliamente mayoritaria se inclina por interpretar esta exigencia en clave más bien negativa: a los efectos de atenuar el reproche punitivo, solo debe considerarse inadmisibles una confesión parcial o tergiversada de los hechos.

En la medida en que la atenuante por confesión voluntaria se presente como un equivalente funcional (parcial) de la pena retributiva, esta segunda interpretación resulta preferible. En efecto, si el delito constituye el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento, y la confesión una toma de posición revisionista respecto de dicho quebrantamiento, entonces para la expresión de tal sentido comunicativo basta con la asunción de la propia responsabilidad por el previo quebrantamiento de la norma (por la realización del concreto injusto culpable). De modo preciso: la declaración del agente, para ser completa y veraz, solo debe hacer referencia a los datos del suceso fáctico que sean relevantes para poner de manifiesto *su propia responsabilidad* por el quebrantamiento de *esa concreta norma*.

La consecuencia más importante de optar por esta segunda posición, como es evidente, aflora en los casos de pluralidad de intervinientes o de hechos delictivos: mientras la primera interpretación exige al confesor revelar la identidad y los aportes realizados por el resto de los intervinientes en la maniobra delictiva (o revelar todos los hechos cometidos),¹²¹⁴ aquí se niega tal exigencia. El confesor no necesita revelar la identidad de los demás intervinientes ni el concreto aporte de cada uno de ellos para la comisión del hecho delictivo, así como tampoco necesita confesar todos los delitos por él cometidos.¹²¹⁵ Esta clase de información puede dar lugar a la aplicación de otros institutos procesales de gran importancia para la investigación de maniobras delictivas de alta complejidad (especialmente, en el marco de la criminalidad organizada), pero es irrelevante para la atenuación de pena por confesión funcionalmente equivalente.¹²¹⁶ Para la concesión del atenuante, resulta suficiente con que el agente se limite a

¹²¹³ DÍAZ ROCA, *Derecho penal general*, 1996, sostiene, en este sentido, que la confesión ha de versar sobre todos los extremos del hecho punible, de tal manera que este quede total o sustancialmente aclarado sin necesidad de una costosa investigación por las autoridades; en esta línea, también ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión...* 1999, pp. 52 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al CP*, 1997, p. 116.

¹²¹⁴ CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, p. 231.

¹²¹⁵ Por tanto, en casos de concurso real, podría ser perfectamente posible que el agente confiese solo una infracción normativa. La diferencia se explica en virtud del fundamento sobre el que se asienta el instituto: quien exija una voluntad de regresar al mundo del Derecho (una especie de transformación metanoica a favor del Derecho), negará la equivalencia funcional de esa confesión.

¹²¹⁶ En sentido similar, GARRO CARRERA, en GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, pp. 91 ss.

reconocer «*con precisión y sin reservas la propia culpabilidad*» por el quebrantamiento culpable de *una norma* jurídica determinada.¹²¹⁷

Aclarado lo anterior y, por otro lado, existe también una cierta discrepancia doctrinal acerca de si la declaración del agente necesariamente debe ir acompañada de la inmediata *auto-entrega* a las autoridades. El origen de esta discusión radica en las posibilidades abiertas por los medios de comunicación actual, en la medida en que estos permiten la realización de una confesión sin necesidad de que el sujeto se encuentre físicamente presente ante las autoridades pertinentes. En la medida en que, desde el paradigma aquí defendido, la confesión constituye una toma de posición comunicativamente relevante mediante la cual el agente expresa una confirmación dinámica del Derecho, entiendo que dicha asunción de responsabilidad personal no exige una auto-entrega inmediata. En estos casos, resulta perfectamente posible atenuar el reproche punitivo, siempre que el reconocimiento de la propia responsabilidad vaya acompañado de una clara *puesta a disposición* de las autoridades judiciales. Dicho a la inversa: lo que resulta incompatible con una confesión funcionalmente equivalente a la pena retributiva es el hecho de que el agente exprese una clara voluntad de eludir el accionar de la justicia.¹²¹⁸ Un comportamiento como ese, en efecto, no puede considerarse una toma de posición favorable a la construcción de un estado de libertades.

Por último, vale mencionar también aquí que, según ha defendido un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, la atenuación de pena por confesión requeriría que el agente despliegue una «conducta activa».¹²¹⁹ Como consecuencia, debería negarse la aplicación del atenuante en aquellos casos en que, p. ej., el sujeto espera a la policía en el lugar de los hechos y solo confiesa a su llegada. Según el punto de vista aquí defendido, la «puesta a disposición» de las autoridades no exige necesariamente esta clase de conducta activa: si bien es cierto que el solo hecho de no darse a la fuga no puede considerarse confesión, tampoco encuentro razones de peso que permitan negar la atenuación si el agente espera la llegada de la autoridad en el lugar de los hechos y luego confiesa. Formulado a modo de pregunta: ¿qué diferencia hay entre quien, luego de cometer el delito se dirige inmediatamente a la autoridad, y quien pone en alerta a esa autoridad respecto del delito que se dispone a cometer para, luego, esperar su llegada y reconocer su responsabilidad en el lugar del hecho? Lo relevante, en ambos casos, será que el comportamiento del agente sea voluntario en el sentido anteriormente desarrollado, pero esto nada tiene que ver con el carácter activo o pasivo de la conducta posterior del sujeto responsable.

¹²¹⁷ FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, p. 248.

¹²¹⁸ Similar, FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, pp. 248-249; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios...*, 1996, p. 209; CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, p. 234; GANZENMÜLLER, *Eximentes, atenuantes...*, 2000, p. 156.

¹²¹⁹ Véase, con mayores referencias, GARRO CARRERA, en GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Hechos postdelictivos...*, 2009, p. 138, aludiendo a la STS 30.11.2005.

3.3. *La identidad del agente y el carácter personalmente imputable de la confesión*

La redacción de los distintos textos legales que han acogido la atenuante por confesión no parecen dejar lugar a dudas respecto de la identidad del agente que debe llevar a cabo el comportamiento postdelictivo. En este sentido, hacen una referencia explícita los arts. 21.4 del CP español (pues menciona al sujeto «culpable» del delito), el art. 46.9 del CP uruguayo (que utiliza el término «agente»), el § 46.II del CP alemán, el § 34 del CP austríaco y el § 48.d del CP suizo (directamente aluden al «autor» del hecho delictivo). En otras legislaciones, si bien es cierto que no existe una referencia explícita, parece difícil negar que dichos textos legales están aludiendo al autor o partícipe del injusto culpable.¹²²⁰

Esta exigencia legislativa encuentra un sustento teórico fuerte en el modelo aquí desarrollado: como ya hemos destacado en diversas oportunidades, un equivalente funcional de la pena retributiva supone la realización de un comportamiento con capacidad para materializar, en alguna medida, la prestación retributiva (confirmación dinámica del Derecho), que caracteriza al deber de soportar la acción punitiva. Y dado que este último es de carácter personalísimo, parece lógico exigir que el comportamiento funcionalmente equivalente también sea *personalmente imputable* al agente sobre el que recae dicho deber. De hecho, este carácter estrictamente personal explica que los beneficios punitivos derivados de la concurrencia de un equivalente funcional del deber de soportar la punición, queden limitados a la persona a quien se le *atribuye* su realización.

Una vez aclarado el fundamento de la exigencia legislativa y sus efectos personales, surge la pregunta respecto de la naturaleza fáctica o normativa de los criterios con los que se lleva a cabo dicho proceso de atribución. A modo de pregunta: la imputación de la confesión ¿exige que tal comportamiento postdelictivo sea *fácticamente* materializado por el agente responsable? A la inversa: ¿puede prescindirse de la cuestión fáctica para considerar la confesión *atribuible* al autor del hecho? La relevancia de esta cuestión queda en evidencia cuando se delimita el campo de aplicación del instituto, en la medida en que, al inclinarse por la segunda alternativa (que prescinde de la ejecución material para atribuir normativamente la confesión al agente responsable), se puede conceder el efecto atenuante a una mayor cantidad de casos.

Antes de responder a esta cuestión, puede ser útil retomar aquí el argumento siguiente: los criterios con los cuales atribuimos o imputamos comportamientos postdelictivos

¹²²⁰ En la legislación chilena, se trataría de comportamientos procesales del «propio imputado». Véase al respecto, con mayores referencias, MAÑALICH, *Revista de Derecho*, 2015, pp. 233 ss.

positivos, no deben concebirse como el reverso especular de los criterios de imputación desarrollados en el ámbito del injusto culpable. Según dijimos, la imputación positiva no puede considerarse un reflejo inverso y perfecto de la imputación negativa, pues la atribución de responsabilidad por resultados desvalorados (el ámbito de los deméritos) es más amplia y más laxa que la imputación positiva (atribución de méritos).¹²²¹ Insistir en esto es importante para entender que, si bien en el marco de la teoría del delito puede ser absolutamente irrelevante la identidad del agente que ejecuta materialmente un comportamiento delictivo (piénsese en los casos de co-autoría o la autoría mediata), esto no nos obliga a aceptar que, en la atribución de un comportamiento funcionalmente equivalente, deba regir el mismo principio y con la misma intensidad. Por esa razón, ambas posibilidades de interpretación (fáctica y normativa) pueden ser perfectamente posibles.

Establecidas ambas posibilidades, desde el punto de vista adoptado en esta investigación y en consonancia con lo ya sostenido para los demás equivalentes funcionales analizados, me inclino por la segunda línea interpretativa. Según creo, la atenuante de confesión no exige, como condición necesaria, que el agente responsable ejecute materialmente la confesión. A la inversa: solo se exige aquí un comportamiento normativamente atribuido al autor y a título de manifestación expresiva de un posicionamiento a favor de la norma previamente quebrantada. Prescindir de la ejecución material y hacer hincapié en la imputación de sentido comunicativamente relevante, en mi opinión, permite ampliar el campo de aplicación del instituto, otorgando además una solución fundada y satisfactoria a diversos grupos de casos. En primero término, se concede la posibilidad de atenuar la pena por confesión al sujeto que se encuentra momentáneamente imposibilitado, desde un punto de vista fáctico, para llevar adelante la declaración respectiva y, sin embargo, solicita a un tercero que, por su cuenta y nombre, la materialice.¹²²² En segundo lugar, el criterio normativo también ofrece una solución coherente para los casos en que la *mejor* forma de realizar una confesión funcionalmente equivalente exige, precisamente, recurrir a un tercero específico. Así las cosas, siempre que se cumplan los demás requisitos, la intervención fáctica de una persona idónea en la materia, por cuenta y orden del autor, puede considerarse un comportamiento con capacidad expresiva suficiente para atribuirle el carácter de equivalente funcional de la pena retributiva.

¹²²¹ Sobre el particular, véase Capítulo V, Apartado IV, punto 1.2.e (pp. 251 ss.).

¹²²² Estos casos han sido comúnmente admitidos por la jurisprudencia española como confesiones válidas; véase, con mayores referencias, CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo...*, 1990, p. 233 (nota 166); POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, 2003, p. 394 (y nota 214); GANZENMÜLLER, *Eximentes, atenuantes...*, 2000, p. 156.

Piénsese, p. ej., en la confesión de un delito económico cuya ejecución es particularmente compleja y en la que el agente responsable no cuenta con los conocimientos especiales necesarios para explicar, en detalle, la maniobra realizada.

4. El alcance variable de la equivalencia funcional por confesión: *Ganz bekannt - halb gebüßt?*

En el Capítulo IV de esta investigación, luego de identificar los potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva, los clasificamos según el grado de equivalencia funcional, su alcance respecto de las figuras delictivas a las que son aplicables, y la similitud estructural que presentan respecto del deber de soportar la acción punitiva. Si aplicamos a la confesión las categorías clasificatorias precedentes, nos encontramos ante un equivalente funcional que, empezando por lo último, no presenta prácticamente ninguna similitud estructural con el deber de soportar la acción punitiva estatal.¹²²³ Y es que, parece claro, la realización de una confesión voluntaria no repercute sobre aquellos derechos o facultades jurídicamente garantizadas que, en el Capítulo III, identificamos como símbolos centrales de la libertad ciudadana (el patrimonio o la libertad de movimiento del agente).

Como bien reconoce SILVA SÁNCHEZ, en la medida en que a la pena le resulta «*consustancial el sufrimiento inherente a la propia comunicación*»,¹²²⁴ cierta similitud estructural puede encontrarse en aquellos casos en que el agente, mediante su confesión, también evidencia una profunda aflicción, derivada de un fuerte *remordimiento* por la comisión del hecho. En este sentido, y dado que la aflicción no es un componente necesario de la confesión voluntaria, la similitud estructural solo puede mantenerse por principio, sino solo en casos donde dicha aflicción efectivamente concurra.¹²²⁵ Esta cuestión, por supuesto, no impide que el remordimiento –por sí mismo o como instancia de pena natural–, pueda considerarse un potencial equivalente funcional de la pena retributiva; pero sobre esta cuestión no podemos ocuparnos aquí.¹²²⁶

¹²²³ Similar, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, p. 123.

¹²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, pp. 113-114.

¹²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 2018, pp. 123.

¹²²⁶ Sobre el particular, con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, «¿Puede considerarse el remordimiento una *poena naturalis*?» *InDret* (3), 2014, pp. 1 ss.; MASLEN, *Remorse, Penal Theory and Sentencing*, 2015, Capítulo 5. La idea de base de esta autora es la siguiente: el remordimiento no puede afectar la responsabilidad penal (*blameworthiness*) del agente (pues dicha responsabilidad queda fijada por el grado de culpabilidad y el daño infligido en el injusto), pero si puede afectar el grado del reproche y censura (*blame*) que justificadamente podemos formular a ese agente. Esa afectación se produce porque, según esta autora, el remordimiento comunica que el mensaje de censura ya ha sido escuchado, entendido y aceptado, con lo cual se afecta, directamente, el *merecimiento* de pena. Desde una perspectiva distinta, también favorable a dicho reconocimiento TUDOR, «Why Should Remorse be a Mitigating Factor in Sentencing?», *Criminal Law and Philosophy* (2), 2008, pp. 241–257. En contra, BAGARIC/AMARASEKARA, «Feeling Sorry? Tell Someone Who Cares: The Irrelevance of Remorse in Sentencing?»; LIPPKE, «Response to Tudor: Remorse-based Sentence Reductions in Theory and Practice».

Ahora bien, si atendemos al grado de equivalencia funcional, parece lógico calificar a la confesión voluntaria del hecho delictivo como un equivalente funcional *parcial* de la pena retributiva. De hecho, el carácter parcial de dicha equivalencia funcional puede encontrar sustento desde un punto de vista legislativo: todos los ordenamientos jurídicos aludidos en esta investigación, atribuyen a la confesión voluntaria el carácter de (genérica) circunstancia *atenuante* de la pena. A la inversa: ningún legislador ha considerado que el instituto tenga capacidad para suprimir por completo la potestad punitiva que la norma de sanción concede al Estado. Los ordenamientos parecen responder, entonces, al dicho popular: aquello confesado, queda *medio* perdonado.

En el caso del ordenamiento español, la disposición legislativa prevista en el art. 66.1 del CP establece que la concurrencia de una confesión voluntaria modifica el límite superior del marco punitivo, el cual queda conformado por la suma del mínimo más la mitad de la diferencia entre el mínimo y el máximo originalmente previstos. En un ejemplo: si para el delito de asesinato (art. 139 del CPE) se prevé una escala penal de quince a veinticinco años de prisión, en caso de confesión voluntaria se mantiene el mínimo, pero disminuye su máximo a veinte años de prisión [$15 + (25 - 15) / 2 = 20$]. A pesar de su carácter parcial, debe destacarse que, si a la confesión se añade otra circunstancia atenuante, las escalas penales pueden modificarse a la baja hasta en dos grados (por disposición del art. 66.2 CPE y 70.1.2), de modo que la limitación del *ius puniendi* que de allí deriva es bien importante.

Al margen del argumento positivo, el marco teórico desarrollado en esta investigación permite sustentar el carácter parcial de este equivalente funcional a partir de una idea que, a esta altura del trabajo, es conocida. A diferencia del desistimiento de la tentativa y de la regularización tributaria, la confesión constituye siempre un comportamiento posterior a un delito que, salvo contadas excepciones, habrá supuesto el quebrantamiento de normas de conducta cuya legitimidad no puede considerarse retributivamente precaria, sino absolutamente plena. Debe recordarse que la mayoría de los tipos conminan con pena la realización de conductas que suponen una arrogación definitiva de una esfera de organización ajena; esto significa: mediante la comisión de estos delitos, se quiebra la relación de reconocimiento recíproco entre ciudadanos.¹²²⁷ Y resulta que, a decir verdad, una vez que el agente ha quebrantado de modo culpable una norma de comportamiento cuya legitimidad retributiva es plena, resulta particularmente difícil encontrar conductas posteriores que tengan capacidad para desempeñar, al menos en la misma medida en que lo hace el reproche punitivo, la prestación retributiva.

Ahora bien, a partir de lo afirmado en el párrafo anterior, parece obligado hacerse la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando el agente confiesa voluntariamente el quebrantamiento culpable de una norma cuya legitimidad retributiva es *particularmente*

¹²²⁷ Sobre el carácter retributivamente precario de la legitimidad de una determinada norma de comportamiento, véase Capítulo V, Apartado III, punto 2.2.b y c (pp. 215 ss.).

precaria? En mi opinión, la concurrencia de una confesión voluntaria podría transformarse, en estos casos, en un equivalente funcional total, bloqueando la posibilidad de ejercer la facultad punitiva estatal. Dado que las normas de legitimidad retributivamente precaria dan lugar, en casi todos los casos, a delitos de carácter leve (arts. 13 y 33 del CPE), la posibilidad de considerar a la confesión como un equivalente funcional total puede encontrar sustento legislativo en el art. 66.2 del CPE. Según se dispone allí, para los delitos dolosos leves y los delitos imprudentes, se concede al juzgador *absoluta libertad* en materia de determinación de la pena. En el marco de dicha libertad absoluta, no creo que existan mayores reparos para quien se incline, directamente, por la no imposición de la pena.

En relación con el ámbito de aplicación de esta equivalencia funcional total de la confesión, debe recordarse que la cuantía de estos delitos –a los que se refiere el art. 66.2 del CP– ha ido aumentando progresivamente. De hecho, al trasladar las faltas al Libro II del CP, convirtiéndolas en delitos leves, la reforma legislativa del año 2015 ha elevado este número de un modo nada despreciable.¹²²⁸ Como consecuencia, entre las figuras a las que podría resultar aplicable la equivalencia funcional *total* por confesión voluntaria, podrían encontrarse algunas amenazas leves (art. 171.7), coacciones leves (arts. 172.2 y 172.3), el maltrato de obra sin causar lesión (art. 147.3); hurtos (art. 234.2), sustracción de cosa propia (art. 236.2) estafa (art. 249.2), administración desleal (art. 252.2), apropiación indebida (art. 253.2), defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255.2), daños (art. 263.1, párr. 2), siempre que sean por cuantías inferiores a 400 €; el abandono y determinados maltratos a animales (concretamente, el previsto por el art. 337.4); expedición de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386.3), entre otros.¹²²⁹ Si esto se añade que, a diferencia de lo que sucedía con las faltas,¹²³⁰ todos los delitos leves son susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa, el campo de aplicación de la confesión se amplía de sobremanera (siempre, claro está, que se trate al menos de una tentativa perfecta).¹²³¹

¹²²⁸ Debe recordarse aquí lo siguiente: en el ordenamiento español, lo relevante para determinar si un delito se califica como leve, es el límite inferior de la escala penal que dicha infracción tiene asignada. Como consecuencia, el carácter de leve alcanza a las penas de *hasta un año* de privación del derecho a conducir vehículos de motor y del derecho a la tenencia y porte de armas; *hasta tres meses* si se trata de una pena de multa o de localización permanente; y *hasta treinta días* en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

¹²²⁹ Al respecto, en un análisis detallado y crítico, FARALDO CABANA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, 2016, pp. 22 ss., pp. 61 ss. y pp. 85 ss.; PÉREZ MANZANO, «Lo que una verdad (a medias) esconde: el destino de las faltas», en MAQUEDA ABREU *et al.* (coords.) *LH-Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, pp. 269 ss. Véase también el Dictamen 358/2013, de 27 de junio, emitido por el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto.

¹²³⁰ El antiguo art. 15.2 del CP español disponía que «*las faltas solo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio*».

¹²³¹ Véase, al respecto, Capítulo V, Apartado III, punto 2 (pp. 202 ss.).

El razonamiento precedente, según creo, podría ser trasladado a los casos de participación en fase pre-ejecutiva, siempre que el interviniente haya perdido ya el control del riesgo de su aporte y se encuentre imposibilitado de impedir la realización del hecho. Si en tales casos se admite la existencia de un injusto autónomo de participación (tentativa perfecta de participación), la confesión podría erigirse en un equivalente funcional total, en la medida en que la norma que prohíbe dicha intervención adolece, según lo aquí afirmado, de una legitimidad retributivamente precaria.

5. La «atenuante de análoga significación» en el Código penal español

5.1. La progresiva flexibilización jurisprudencial de la atenuante analógica

El art. 21.7 del CPE prevé la posibilidad de atenuar la pena cuando concurra otra «*circunstancia de análoga significación que las anteriores*». En su línea tradicional, el Tribunal Supremo interpretó esta disposición de forma más bien restrictiva, exigiendo una especie de *similitud o identidad morfológico-estructural* entre la atenuante originaria (prevista en los anteriores incisos del texto) y la circunstancia que se consideraba análoga a ella. Como consecuencia, la posibilidad de aplicar la atenuante analógica quedaba restringida a los casos en que, a la circunstancia no contemplada, le faltaba un requisito «*no esencial*» de los exigidos a la atenuante legalmente prevista.¹²³²

En contra de esta interpretación morfológica se argumenta que, en primer lugar, transforma la atenuante de análoga significación en una atenuante incompleta, creando así una figura no prevista por el ordenamiento.¹²³³ Además, esta interpretación desatiende el sentido o *ratio* que inspira la atenuante originaria con la cual se establece la referencia, por lo que desacopla con una interpretación teleológica de estos institutos. Por último, en la medida en que se exija una cuasi-identidad estructural entre ambas, el campo de aplicación de la atenuante analógica se «*neutralizaba por completo*».¹²³⁴

¹²³² Sobre esta posición, véase con mayores referencias, PAREDES CASTAÑÓN, «Voz Atenuante», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, 1995, pp. 634 ss.; ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 67 ss.; BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes...*, 2002, pp. 202 ss.

¹²³³ En la medida en que el CPE no se refiere a ella, la idea de atenuante incompleta puede calificarse como una figura extralegal; véase BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias...*, 2002, pp. 202 ss.; FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, pp. 253 ss.

¹²³⁴ MONTIEL, *Analogía favorable al reo: fundamento y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, p. 545.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado una postura más flexible en la interpretación de la atenuante de análoga significación. Este proceso de flexibilización ha tenido lugar, como señala MONTIEL, desde una doble perspectiva. Por un lado, propiciando una interpretación distinta de la expresión legal «*de análoga significación*»; por el otro, ampliando el objeto de referencia al que hace alusión el art. 21.7 CPE, cuando refiere que la similitud debe presentarse respecto de las circunstancias atenuantes «*anteriores*».

Respecto de lo primero, se abandona la idea de similitud morfológica o estructural entre la circunstancia análoga y la atenuante de referencia. La opinión mayoritaria, dijimos, se inclina ahora por afirmar que, a los fines de establecer la analogía, la cuestión decisiva radica en que la circunstancia no expresamente prevista presente una «*semejanza de sentido intrínseco*». Se trata, entonces, de atender al *fundamento normativo o ratio legis* de la atenuante de referencia,¹²³⁵ de modo que «*la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia*».¹²³⁶

Respecto de lo segundo, la jurisprudencia también se ha vuelto más flexible: tradicionalmente se sostenía que el texto legal, al hablar de una circunstancia atenuante de «*análoga significación que las anteriores*», necesariamente exigía tomar como punto de referencia (para la comparación) otra atenuante ya específicamente prevista en el texto de art. 21 CPE. La línea jurisprudencial más flexible, por el contrario, entiende que el objeto de referencia de la atenuante analógica no debe quedar limitado a los casos previstos en los incisos del art. 21 CPE, sino que también pueden entrar en consideración otras circunstancias atenuantes, previstas en la parte general o en la parte especial; e incluso se ha afirmado que tal analogía podría trazarse a través de una semejanza con el fundamento genérico de toda atenuación de pena.¹²³⁷ En este sentido,

¹²³⁵ En este sentido, POZUELO PÉREZ, *RECPC*, p. 11; BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias...*, pp. 205 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, 2007, pp. 298 ss.; FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, pp. 253 ss.; GOYENA HUERTA, «Las atenuantes...», en *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, p. 150; similar, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003 pp. 32 ss.; OTERO GONZÁLEZ/CASTRO MORENO, «La atenuante analógica tras las reformas del Código penal por la LO 11/2003 y LO 15/2003», *La ley Penal* (27), 2006, p. 29. En la jurisprudencia, entre otras, SSTS 345/2019 y 418/2015.

¹²³⁶ Entre otras muchas, STS 345/2019 del 4 de julio (ROJ 2393/2019).

¹²³⁷ La ya conocida STS 1137/2005 establece que «*pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que está directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal*».

bastaría con que la circunstancia no contemplada pueda considerarse un factor que disminuye la entidad del injusto, del reproche de culpabilidad o, en su caso, como un comportamiento útil a los fines de cooperar con la justicia que permita atenuar la pena por razones de política criminal.¹²³⁸

Esta última flexibilización, sin embargo, ha sido calificada por especializada doctrina como el producto de una interpretación arbitraria, en la medida en que desborda los límites establecidos en el art. 21.7 CPE. Y es que, a decir verdad, dicha ampliación indiscriminada (que abarcaría todas las atenuantes legalmente previstas –incluso en la parte especial del Código penal–), solo es posible en la medida en que se haga un «*uso del término “anteriores” que, en realidad, es inexistente*». ¹²³⁹ En este sentido, la flexibilización extrema concedería al juez la posibilidad de considerar prácticamente cualquier circunstancia como un atenuante de análoga significación y, de ese modo, disminuir el reproche a su libre discreción. Y esto implicaría adoptar un modelo regulativo completamente distinto al que ha propicia el legislador español.¹²⁴⁰

5.2. La «*confesión tardía*»: ¿una atenuante de análoga significación?

El ordenamiento español condiciona el efecto atenuante de la confesión al hecho de que esta tenga lugar cuando el agente *desconoce* la existencia de un procedimiento judicial dirigido contra él. Se trata, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, de un «elemento cronológico» destinado a garantizar la utilidad de la confesión; su ausencia, entonces, daría lugar a una especie de «*confesión tardía*» que, en la medida en que sea útil, debe considerarse una de las circunstancias atenuantes de análoga significación previstas por el art. 21.7 CPE. Esto significa: cuando la declaración autoinculpatoria del agente se haya efectuado fuera del «plazo» legalmente establecido (para garantizar su utilidad), debe recurrirse a la atenuante de análoga significación.

Sin embargo, ya adelantamos que estas dos premisas son difícilmente compatibles entre sí: no se puede afirmar que el requisito cronológico está destinado a garantizar la utilidad de la confesión (pues tal sería su fundamento) y, al mismo tiempo, considerar a la «*confesión tardía*» como una atenuante de análoga significación. La razón de tal incompatibilidad radica en que, según lo expuesto en el punto anterior, es necesario hacer una interpretación sustancial de la disposición legal contenida en el art. 21.7 CPE, exigiendo que la circunstancia no contemplada guarde una semejanza de sentido intrínseco (esto es, en términos normativos) con el fundamento o *ratio* que inspira la atenuante de referencia legalmente prevista. Y en este modelo utilitario, tal semejanza

¹²³⁸ Véase, con mayores referencias jurisprudenciales, STS 667/2019 de 14 de enero de 2020.

¹²³⁹ MONTIEL, *Analogía...*, 2009, pp. 551-552; similar, POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 14.

¹²⁴⁰ En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, *Las circunstancias atenuantes...*, p. 205; DEL RÍO FERNÁNDEZ, *Atenuantes por analogía...*, p. 28; POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 14.

de sentido hace depender la aplicación de la atenuante de análoga significación de la efectiva utilidad que la «*confesión tardía*» pueda aportar a la investigación del hecho delictivo.¹²⁴¹ Pero resulta que, en virtud de la primera premisa y como bien reconocen estos autores, en esa confesión tardía «*no se ha cumplido el objetivo de ahorrar esfuerzos de investigación y facilitar la instrucción de la causa [...], con lo que la confesión [tardía] no aporta nada que las autoridades no supieran ya en relación con la existencia del delito y la identidad del sospechoso*».¹²⁴² En definitiva: si el fundamento de la confesión es estrictamente utilitario, entonces aquella que se hace «*fuera de plazo*» no puede guardar una similitud intrínseca con el fundamento de esa atenuante y, por tanto, no debería ser reconocida como atenuante de análoga significación.

Quienes insisten en esta idea terminan condicionando la aplicación de la atenuante de análoga significación a una ulterior exigencia: que la declaración tardía, a diferencia de la atenuante básica, implique una «*aportación extraordinaria de colaboración con la justicia*»,¹²⁴³ tal como puede ser el aporte de pruebas decisivas a la investigación o incluso la implicación de otras personas en el delito.¹²⁴⁴ Esto pone nuevamente de relieve la objeción que previamente hemos formulado en contra de la vertiente mayoritaria: esta fundamentación impide apreciar el valor de acto en que consiste el reconocimiento de la propia responsabilidad, confundiendo el instituto de la confesión con la delación premiada o la colaboración procesal.

Según el modelo aquí defendido, la atenuación del castigo por confesión se fundamenta en el hecho de que, tal comportamiento postdelictivo, constituye un equivalente funcional (parcial) de la pena retributiva eventualmente imponible. En este sentido, a través de su voluntaria confesión, el autor caracteriza su previo comportamiento (constitutivo de injusto culpable) como una alternativa de conducta desvalorada por el ordenamiento; se trata, entonces, de que el autor exprese una nueva toma de posición revisionista sobre el injusto cometido y, de ese modo, un reconocimiento positivo de la norma quebrantada.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar una atenuante de análoga significación depende, dijimos, de que dicha circunstancia (no prevista legalmente) comparta una similitud intrínseca respecto del fundamento normativo o *ratio* que inspira la atenuante de confesión. Como consecuencia de haber adoptado el modelo teórico resumido en el párrafo anterior, solo podrá considerarse como atenuante de análoga significación aquél

¹²⁴¹ Véase *supra*, Apartado III, punto 2.3 (pp. 420 ss.)

¹²⁴² POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), 2020, p. 20.

¹²⁴³ Entre otras, SSTS 635/2018 de 12 de diciembre (ROJ 4221/2018) y 224/2017 de 30 de marzo (ROJ 1215/17).

¹²⁴⁴ POZUELO PÉREZ, *RECPC* (22-17), p. 20. Ejemplo de ello es la STS 199/2010 de 10 de marzo (ROJ 2119/2010), en la que se reconoce la atenuante de análoga significación a la confesión en virtud de que «*el detenido desempeñó un papel activo –incluido un intercambio de ropas con un agente de policía– con el fin de lograr la detención de otros implicados*».

reconocimiento de la propia responsabilidad que tenga un sentido expresivo-comunicativo similar al que inspira la atenuante básica de confesión; a saber, el de haber adoptado una posición revisionista respecto del previo quebrantamiento culpable de la norma.

Para ello, comparto la doctrina que exige, con carácter absolutamente necesario, la voluntariedad del comportamiento postdelictivo que se pretende calificar como atenuante analógica. Y es que, como sabemos, la exigencia central de la confesión (y la única verdaderamente impuesta por el legislador) radica en el hecho que el agente reconozca su propia responsabilidad «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él». Y de acuerdo con el fundamento aquí establecido, estamos ante un elemento de tinte cognitivo, que debe interpretarse como exigencia legal destinada a garantizar el carácter voluntario del comportamiento del agente (y no la utilidad procesal de la información aportada). Por tanto, de no concurrir este elemento en la circunstancia análoga, se estaría creando una atenuante incompleta al que le falta, ni más ni menos, que el elemento esencial que deriva de su propio fundamento.¹²⁴⁵

Ahora bien, en el marco de esta investigación, determinar este carácter voluntario exige un análisis bidimensional, a saber, en sentido cuantitativo y cualitativo.¹²⁴⁶ Respecto de lo primero, entonces, será necesario que el comportamiento postdelictivo del agente no se haya visto materialmente afectado por la presencia del factor coercitivo específicamente mencionado por el legislador. Esto significa que si existe un procedimiento judicial ya iniciado contra el agente responsable y este ha entrado en conocimiento de ello (dando lugar a los casos denominados «confesión tardía»), no será posible aplicar la atenuante de análoga significación, pues nos encontramos ante un comportamiento *no-voluntario*.¹²⁴⁷

Desde otra perspectiva, sostiene FARALDO CABANA que, si bien «la razón que inspira la imposición de límites temporales, [...] es el propósito de garantizar la voluntariedad del comportamiento», sobrepasar el «límite temporal» previsto en el texto legal no implica

¹²⁴⁵ FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, p. 254: «será procedente la aplicación de la atenuante analógica [cuando] podemos seguir afirmando la voluntariedad del comportamiento y, por tanto, también la analogía con el fundamento».

¹²⁴⁶ Véase, en detalle, Capítulo V, Apartado V, punto 2.2 (pp. 286 ss.).

¹²⁴⁷ De otra opinión, FARALDO CABANA, *Anuario...*, 1998, p. 254. Para esta autora, si bien «la razón que inspira la imposición de límites temporales, [...] es el propósito de garantizar la voluntariedad del comportamiento», una vez que se sobrepasa el «límite temporal» previsto en el texto legal, ese carácter voluntario no queda excluido *per se*. En este caso, concurriría una especie de *presunción de involuntariedad* que admite ser desvirtuada si el comportamiento del agente se revela como producto de una acción plenamente voluntaria y enteramente compatible con el fundamento de la atenuante de confesión. Sin embargo, sorprende que la autora, a renglón seguido, asiente el fundamento del instituto en el carácter procesalmente útil de tal comportamiento: «ello sucederá así, por ejemplo, cuando el sujeto, después de su detención, colabora con las autoridades en la recuperación de un botín de muy difícil localización de no contar con su ayuda».

que el carácter voluntario del comportamiento quede definitivamente excluido. En este caso, según la autora, concurriría una especie de presunción de involuntariedad que admite ser desvirtuada si el comportamiento del agente se revela como producto de una acción plenamente voluntaria y enteramente compatible con el fundamento de la atenuante de confesión. Sin embargo, sorprende que la autora, a renglón seguido, ejemplifique recurriendo al carácter procesalmente útil de tal comportamiento: «*ello sucederá así, por ejemplo, cuando el sujeto, después de su detención, colabora con las autoridades en la recuperación de un botín de muy difícil localización de no contar con su ayuda*».

Respecto de lo segundo, aplicar la atenuante de análoga significación depende de que el comportamiento del agente admita ser interpretado como una nueva toma de posición, por parte del autor y de sentido contrario al quebrantamiento culpable precedente. Dicho a la inversa: que la conducta postdelictiva no constituya una nueva toma de posición a favor del injusto (incompatible con la prestación retributiva respecto de la cual debe de ser funcionalmente equivalente). Esta línea parece respaldar el Tribunal Supremo (STS 454/2019, ponente Ferrer García) cuando admite la posibilidad de aplicar «*la atenuante de confesión [...] analógica en los casos en los que [...] el autor [realiza] un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado*».

Para decirlo en breve, la posibilidad de utilizar a la confesión voluntaria (prevista en el 21.4 del CP) como atenuante de referencia para la aplicación de la atenuante de análoga significación, queda reservada a aquellas declaraciones voluntarias (en sentido cuantitativo y cualitativo) que no cumplan con los demás requisitos establecidos para aplicar la atenuante básica. Como consecuencia, es posible atenuar la intensidad de la reacción punitiva, por esta vía análoga, cuando la declaración voluntaria del agente no reúna los requisitos objetivos de la atenuante de confesión, p. ej., porque no puede calificarse como *completa* y *veraz* respecto del previo quebrantamiento culpable de la norma de conducta.

Respecto de la atenuante analógica regulada en el art. 21.7 CPE, entonces, se propicia aquí una interpretación similar a la que en su momento propuso MONTIEL. En este sentido, muchos de los casos que caen bajo el ámbito de aplicación de esa disposición, no suponen la previa realización de una analogía *in bonam partem*, pues no se presenta laguna axiológica alguna que requiera aplicar este procedimiento de *integración* del Derecho. Lo que se presenta, en verdad, es una laguna de reconocimiento que se soluciona mediante interpretación de la ley.¹²⁴⁸

¹²⁴⁸ MONTIEL, *Analogía...*, 2009, pp. 551 ss. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido aquí, MONTIEL entiende que los casos de colaboración procesal serían supuestos efectivamente comprendidos en la atenuante analógica: «*El juez no ha solucionado ninguna laguna axiológica cuando atenúa la pena a un caso en el que el imputado ha colaborado intensamente con las autoridades una vez conocido el proceso*».

5.3. La «confesión involuntaria»: una atenuante creada mediante «analogía institutionis in bonam partem»

Como ha quedado mencionado en el punto anterior, el modelo aquí sustentado impide considerar a la «confesión involuntaria» (si es que cabe hablar en esos términos) como una circunstancia atenuante de análoga significación a la confesión (art. 21.7 CPE). En este sentido, si el comportamiento del agente no es voluntario (en términos cuantitativos y cualitativos), entonces no podrá considerarse análogo al fundamento de la atenuante de confesión, independientemente de su carácter contributivo para con la investigación judicial.

Ahora bien, de lo anterior no se sigue, por cierto, que la «confesión involuntaria» del agente deba ser siempre dejada de lado a efectos de una eventual rebaja de pena. Cuando se trata de la determinación de la pena, parece claro que la eventual existencia de ciertos equivalentes funcionales (totales o parciales) del deber de soportar la punición, no es el único factor relevante a tener en cuenta. Dicho de otro modo: la intensidad de la reacción punitiva puede verse disminuida por una multiplicidad de razones que nada tienen que ver con el injusto cometido, ni el deber de tolerancia punitiva surgido en consecuencia.¹²⁴⁹ A partir de aquí, es posible afirmar que, incluso cuando el agente tiene conocimiento de que el procedimiento penal se dirige contra él, su declaración puede ser tenida en cuenta en términos de atenuación de pena. Sucede que tal disminución del reproche punitivo, por las razones expuestas, no puede ser fundamentada con los mismos principios que gobiernan la confesión voluntaria del delito (en tanto equivalente funcional de la pena retributiva).

En el modelo aquí adoptado, entonces, múltiples casos de declaración involuntaria del agente quedarán excluidos del catálogo de atenuantes previsto por el legislador español. En la medida en que consideremos que dicha exclusión es injusta, en el sentido de que tales declaraciones deberían tener algún impacto en la determinación de la pena, nos encontraremos ante una laguna axiológica que, en mi opinión, debe ser colmada mediante el recurso integrador del Derecho, a saber, la analogía *in bonam partem*; en concreto, aquella modalidad que MONTIEL ha identificado como «analogía institutionis».¹²⁵⁰ La utilización de este recurso, si no voy errado, implica crear jurisprudencialmente una atenuante no regulada y, para ello, sería necesario identificar la institución jurídica de referencia que engloba todos los casos y los principios que la

en su contra. En realidad, aquí el juez habrá tenido que realizar esfuerzos extras para interpretar la ley y saber cuáles son los casos regulados por la norma» (p. 561).

¹²⁴⁹ Tal como destaca FRISCH, *ZStW* (99), 1987, p. 379, a este grupo de factores pertenecen, entre otros, el transcurso del tiempo desde la comisión del hecho, las dilaciones procesales indebidas, etc.

¹²⁵⁰ En detalle, MONTIEL, *Analogía...*, 2009, pp. 566 ss. Según el autor, es precisamente esta modalidad de analogía la que, en su momento, permitió la creación de atenuantes de dilaciones indebidas y la de participación de un *extraneus* en un delito especial propio.

inspiran para, desde allí, justificar la disminución del reproche punitivo para la «*confesión involuntaria*».

Pues bien, según creo, la institución de referencia a la que cabe reconducir la confesión involuntaria es la *punibilidad*. Sin embargo, como es sabido, dicha categoría es sumamente heterogénea, pues aglutina un universo de figuras altamente disímiles entre sí. Por tanto, y a efectos de lograr una mínima sistematización que permita identificar los *principios* aplicables al caso concreto, puede ser útil conceptualizar la punibilidad, en la línea sugerida por SILVA SÁNCHEZ, como una categoría gobernada por *tres principios rectores* diferentes. En este sentido, la razón por la cual queda excluida la punibilidad de una determinada conducta, puede responder a razones de [a] *equidad o justicia distributiva*, [b] *oportunidad política*, o [c] *utilidad*.

Establecido lo anterior, la pregunta es, entonces, bajo qué principio debería fundamentarse la potencial atenuación de pena en los casos de «*confesión involuntaria*». Según creo, la respuesta a esta cuestión pasa por reconocer la utilidad, en términos de colaboración procesal, que posee este particular comportamiento postdelictivo. En efecto, el carácter involuntario de la declaración efectuada por el agente, ya hemos dicho, no excluye –necesariamente– la utilidad probatoria que puede extraerse de su respectiva declaración. Más bien al contrario: es perfectamente posible que, en términos probatorios, esa declaración sea crucial para tener por acreditada la maniobra delictiva. De hecho, en el ámbito de la criminalidad económica son frecuentes los supuestos en los que la plataforma fáctica presenta un alto grado complejidad (o ha sido tan bien encubierta), de modo que la posibilidad real de que estas sean acreditadas en un proceso penal son prácticamente nulas.

Esto permite conectar la «*confesión involuntaria*» con la dimensión procesal del instituto y retomar aquí el argumento del carácter instrumental del proceso penal, como mecanismo de realización del Derecho penal sustantivo. En este sentido, el agente que conoce la existencia de un procedimiento en su contra, pero aporta los elementos probatorios indispensables para tener por acreditado el hecho delictivo (que de otra manera hubiera sido muy difícil demostrar), contribuye de forma especialmente útil a alcanzar el objetivo central del proceso penal. Una confesión involuntaria, entonces, no es un equivalente funcional de la pena retributiva (dimensión sustancial): no aminora el deber de tolerancia punitiva del agente y, por tanto, tampoco disminuye la facultad punitiva del Estado. Sin embargo, puede configurar un atenuante de pena por contribución procesal del imputado, en la medida en que el propio autor contribuye en la configuración de las condiciones necesarias para la legítima formulación del reproche punitivo. No se trata aquí de razones de equidad, sino de razones utilitarias; como consecuencia, esta atenuante de «*confesión involuntaria*» (creada por «*analogía institutionis in bonam partem*») debería dar lugar a una atenuación facultativa de pena.

V. CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista jurídico-penal, el instituto de la confesión posee dos dimensiones diferentes. En su *dimensión procesal*, la declaración del agente contribuye al establecimiento de la plataforma fáctica. En su *dimensión sustancial*, la confesión consiste en el reconocimiento voluntario de la propia responsabilidad y atenúa la intensidad de la reacción punitiva. En esta dimensión, la confesión constituye un comportamiento *voluntario y posterior* al hecho delictivo, de carácter *supererogatorio e imputable* al agente responsable del previo quebrantamiento culpable de una norma, que da lugar a una *atenuante extrínseca* de la pena.

2. La doctrina mayoritaria asienta el fundamento de la confesión en argumentos de tinte utilitario. De esta raíz común cabe extraer dos vertientes:

2.1. Efectos útiles para la Administración de Justicia: la atenuante de confesión constituye una contraprestación, que el Estado hace al autor, como pago por su declaración auto-inculpatoria, en la medida en que esta facilita la tarea probatoria y reduce la carga laboral.

2.2. Efectos útiles para determinados sujetos procesales: la atenuante de confesión se justifica por el impacto positivo que tiene para los intereses de testigos y víctimas del delito. Si el autor confiesa, le ahorra al testigo su deber de declarar y, en caso de que se trate de la propia víctima, los beneficios se incrementan, pues se evita la re-victimización. La confesión es aquí una especie de renuncia voluntaria, por parte del autor, al legítimo ejercicio combativo de su derecho de defensa en juicio.

3. La fundamentación utilitaria adolece de múltiples deficiencias.

3.1. Desde un punto de vista metodológico, en la medida en que la atenuación de pena se justifica en la potencial utilidad probatoria, se confunden las dimensiones del instituto. Nos encontramos ante una especie de falacia naturalista: el fundamento no es más que una simple remisión al efecto procesalmente útil que *generalmente* produce.

3.2. Se trata de una fundamentación débil: la utilidad procesal, en términos de la teoría del acto de habla, no es más que un efecto perlocucionario, esencialmente contingente.

3.3. Si se asienta el fundamento de la confesión en su valor de resultado, se distorsionan los requisitos de la atenuante. En relación con el *elemento objetivo*, se exige al agente que aporte todos los datos útiles a su alcance y, con ello, provoca un solapamiento con la delación. El elemento *subjetivo-cognitivo* no puede ser explicado y termina convirtiéndose en una especie de límite temporal, fuera del cual no es posible conceder la atenuación de pena. Como consecuencia de esta distorsión, el campo de

aplicación del instituto queda demarcado de modo deficitario, tanto por sobre-inclusión como por infra-inclusión.

3.4. Respecto de la «*atenuante de análoga significación*» (prevista en el art. 21.7 CPE), se cae en una insalvable contradicción. Al aplicar la atenuante analógica a los casos de «confesión tardía» (afirmando estamos ante un caso de identidad de fundamento con la confesión genérica), se contradice la fundamentación utilitaria del propio «elemento cronológico». Si dicha exigencia debe garantizar la utilidad procesal del acto, entonces la «confesión tardía» no puede compartir fundamento con la confesión genérica pues, por definición, aquella no puede ser útil al proceso.

4. En esta investigación, se ha explorado una vía alternativa de fundamentación. El punto de partida radica en considerar a la atenuante de confesión como equivalente funcional de la pena retributiva. Su fundamento, entonces, debe buscarse en los lineamientos de la justificación de la praxis punitiva. Este comportamiento postdelictivo expresa una toma de posición revisionista con respecto al previo quebrantamiento culpable y, de ese modo, expresa un reconocimiento positivo de esa norma quebrantada.

5. Para garantizar la capacidad expresiva de la confesión, el legislador rodea el instituto de ciertos requisitos. El más importante radica en que la confesión tenga lugar «*antes de conocer el culpable que el procedimiento judicial se dirige contra él*». No se trata de un elemento objetivo-cronológico, sino de un elemento subjetivo-cognitivo que pretende garantizar la *voluntariedad* del comportamiento (el punto pivote de todo equivalente funcional de la pena retributiva). La normativización de la voluntariedad debe llevarse a cabo mediante la distinción de dos dimensiones distintas.

5.1. En su dimensión cuantitativa, la declaración debe haber tenido lugar sin la influencia material de un determinado factor coercitivo: el conocimiento de que el procedimiento judicial se dirige contra él. Debe distinguirse entre un elemento *objetivo-procesal* (la efectiva existencia del procedimiento judicial contra el agente) y un elemento *subjetivo-intelectual* (el conocimiento sobre el elemento objetivo). A partir de aquí, pueden formarse dos grupos de supuestos: casos de coincidencia y casos de divergencia. La solución de los primeros está prevista en el ordenamiento; la solución de los últimos, depende de la racionalidad epistémica de la creencia que motiva esa divergencia.

5.2. En su dimensión cualitativa, la voluntariedad implica la expresión de un sentido comunicativo contrario al manifestado con la acción delictiva (una toma de posición revisionista). Quien mantiene su afirmación precedente (como falta de disposición personal para la construcción de la praxis jurídica), no realiza una confesión voluntaria funcionalmente equivalente a la pena retributiva.

6. Respecto de los requisitos objetivos, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria exigen que la confesión sea veraz en lo sustancial, siendo inadmisibles una confesión parcial o tergiversada. Aquí se acompaña esta posición: para expresar una toma de posición revisionista, basta con referir los datos relevantes para evidenciar la propia responsabilidad por el quebrantamiento de *esa* concreta norma. No se exige una auto-entrega inmediata, sino una simple puesta a disposición de las autoridades (que el agente no eluda el accionar de la justicia).

7. La identidad del agente que confiesa y el carácter personalmente imputable de la misma encuentran un sustento natural en este modelo. Un equivalente funcional del deber de soportar la acción punitiva, solo puede recaer sobre el agente responsable y ser normativamente imputable al mismo.

8. Dado que la voluntariedad es la piedra angular de todo equivalente funcional, la (mal) llamada «confesión tardía» no debe considerarse una circunstancia atenuante de análoga significación a la confesión, pues no puede equipararse a ella ni en su fundamento ni en su naturaleza jurídica. A lo sumo, se trata de una colaboración procesal que puede dar pie a la creación de una atenuante por «*analogía institutionis in bonam partem*».

CAPÍTULO A-I

LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DE LA PENA EN FEUERBACH

La doctrina es unánime al reconocer la trascendencia de la obra de FEUERBACH para el Derecho penal moderno. Sus aportes en materia de principio de legalidad, concepto material de delito (como lesión de derechos subjetivos ajenos) y teoría de la pena, son indiscutibles. Aquí nos concentramos exclusivamente en esto último; en concreto, nos limitaremos a formular un brevísimo resumen sobre las estructuras de análisis introducidas por el autor en el marco de la justificación de la pena estatal.¹²⁵¹

Según hemos dejado establecido en el Capítulo I, Apartado II, punto 3 de esta investigación, FEUERBACH introdujo, en el ámbito de la justificación del castigo, *dos estructuras analíticas* fundamentales. Por un lado, dijimos, es posible hablar de una «*estructura formal*» de la teoría de la pena, según la cual pueden distinguirse dos clases de consideraciones teóricas diferentes, dependiendo de cuál sea el momento específico del fenómeno punitivo que pretendamos analizar. Por otro, y ahora desde un punto de vista sustancial, es posible hablar de una «*estructura material*» de la teoría de la pena, según la cual es posible distinguir entre el *fin o utilidad* y el *fundamento jurídico* de la coacción punitiva.

1. LA «ESTRUCTURA FORMAL» DE LA TEORÍA DE LA PENA

Una vez que Feuerbach introduce el principio de legalidad como un elemento básico de la práctica punitiva, la estructura formal de la teoría de la pena parece surgir como una consecuencia natural de ese postulado normativo. En efecto, si la coacción psicológica presupone la existencia de un enunciado legal, que asocie la realización de un hecho con la imposición de una pena, entonces parece evidente que cualquier imposición de pena debe venir precedida de esa conminación penal. Solo se puede prevenir la comisión de un delito, mediante coacción psicológica al ciudadano, en la medida en que exista una ley penal (un enunciado normativo) que relacione un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica. Como consecuencia, toda actividad punitiva debe poder distinguir, necesariamente, entre dos bloques temporales bien diferentes: la *conminación* penal y la *imposición* concreta de una pena.

Esta distinción formal, perfectamente sustentable desde el punto de vista de la teoría de las normas, ha sido particularmente útil para la filosofía del Derecho penal. En este sentido, esta distinción analítica permite diferenciar dos ámbitos completamente diferentes de la praxis jurídica. Desde el punto de vista institucional, porque el fenómeno de la criminalización de conductas, en un Estado de Derecho, generalmente

¹²⁵¹ Para un análisis detallado de su pensamiento, GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015.

está a cargo del Poder Legislativo; mientras que la imposición de una pena, a cargo del Poder Judicial. Pero, además, las razones por las que se puede considerar legítimo *criminalizar* un determinado comportamiento, de hecho, deben ser radicalmente diferenciadas de las razones por las que se puede considerar legítimo imponer una pena. Y es que, a decir verdad, la conminación y la imposición de pena implican una restricción de la libertad completamente diferente para los ciudadanos.

2. LA «ESTRUCTURA MATERIAL» DE LA TEORÍA DE LA PENA

Aquello que denominamos estructura material, no es más que una distinción interna y sustancial que, en la teoría de la pena, tiene por objeto diferenciar *dos clases* de razones que pueden esgrimirse al momento de justificar la coacción punitiva. En este sentido, FEUERBACH distingue claramente entre el *fin o utilidad* y el *fundamento jurídico* de la coacción punitiva. La estructura, entonces, tiene por objeto diferenciar entre los argumentos relativos a la necesidad o los fines útiles que pueden perseguirse a través de la coacción, y el carácter permitido o legítimo de dicha coacción.

Con esta distinción, a decir verdad, FEUERBACH deja entrever su fuerte influencia kantiana y su resistencia a abandonar, al menos en el plano teórico, la cuestión deontológica. Y es que, en efecto, la distinción solo puede tener lugar en la medida en que se considere a las razones de tinte utilitaristas (los fines perseguibles a través de la utilización de la pena) como una condición necesaria pero no suficiente de la justificación. Y en este sentido, Feuerbach afirma –à la KANT– que la distinción procede porque no todo aquello que resulta necesario o útil puede considerarse, por el solo hecho de serlo, permitido o legítimo.

Como consecuencia, al menos desde el punto de vista de su estructura, la teoría de la pena que inicialmente pretendió construir FEUERBACH, no puede calificarse como estrictamente utilitaria. Las razones de utilidad, por el contrario, deberían encontrar fuertes limitaciones a través de los principios deontológicos que se agrupan bajo la denominación de *fundamento jurídico* de la conminación e imposición de la pena. Sin embargo, como veremos a continuación, estas afirmaciones no parecen haber sido tomadas muy en serio por el propio FEUERBACH. Los fundamentos jurídicos de la conminación legal y la imposición judicial de la pena, en tanto límites deontológicos impuestos a las razones utilitarias –fines perseguibles con la pena–, nunca fueron verdaderamente desarrollados por el autor.

3. FINES Y FUNDAMENTOS EN LA CONMINACIÓN E IMPOSICIÓN DE PENAS

a.- El fin de la conminación penal

La *criminalización* de conductas es una instancia de la praxis punitiva que se mueve en la dimensión política del fenómeno jurídico; por esa razón, el punto de partida de estas consideraciones, necesariamente, debe conectar con la teoría del Estado. Al respecto, puede ser útil recordar aquí que FEUERBACH, en este punto, seguía de cerca los pasos trazados por KANT: la existencia del Estado solo puede justificarse en la medida en que este constituye el mecanismo idóneo para asegurar las condiciones externas de la libertad de los ciudadanos. Este «estado de juridicidad», de hecho, solo puede existir si los derechos de los ciudadanos son plenamente respetados; en esta medida, el Estado es una especie de «*sociedad destinada a proteger los derechos*». No sorprende, entonces, que FEUERBACH entienda que el Estado tiene como misión primordial el «*procurar que jamás se produzcan lesiones de los derechos subjetivos*». ¹²⁵²

Ahora bien, dado que para FEUERBACH (a diferencia de lo sostenido por KANT), la dimensión de la persona que resulta relevante para el Derecho es aquella que lo define como *hombre fenomenológico* (que actúa siempre guiado por motivos sensibles), «*todas las infracciones tienen su origen psicológico en la sensibilidad*». ¹²⁵³ Desde esta perspectiva, resulta lógico que la conminación legal de la pena se introduzca como mecanismo de *contra-impulso sensual* de manera tal que a través de ella se pueda neutralizar el impulso criminal. ¹²⁵⁴ FEUERBACH pretende, mediante una premisa de psicología asociativa, asentar la *finalidad* de la conminación de la pena en su capacidad para generar una relación mental indisoluble entre el antecedente (la acción delictiva) y el consecuente (el mal sensorial de la pena). De esta forma, frente al impulso delictivo natural, se proporcionaría una especie de contra-impulso, que no permite al agente siquiera conceptualizar mentalmente el delito sin asociarlo, también y al mismo tiempo, con el mal de la pena. En breve: el fin de la conminación penal radica en «*hacer imposible el delito por medio de la intimidación general*». ¹²⁵⁵

¹²⁵² Véase, en detalle, GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 41 ss. Sobre el tenor literal utilizado por el autor, en relación con el objetivo de *eliminar todo delito* del ámbito de la sociedad civil y que se ha utilizado como elemento central de todas las críticas a su teoría, autores especializados recomiendan no tomar la frase más que como una forma de expresión referente al ámbito ideal –no a un logro como fin concreto– al que se refiere la teoría y como una forma del discurso que resultaba común en la época.

¹²⁵³ FEUERBACH, *Lerhbuch*, 14ª ed., §13. La cita ha sido tomada de GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 50.

¹²⁵⁴ «*No le queda por ello al Estado ningún otro medio que incidir sobre la sensibilidad a través de la sensibilidad misma, y anular la inclinación a través de la inclinación contrapuesta*», FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, t. I, p. 45. La cita ha sido tomada de GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 51, nota 72.

¹²⁵⁵ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 51.

Debe destacarse que, a través de esta estructura, FEUERBACH perseguía un objetivo más que loable: dar recepción definitiva al principio de legalidad. Lo sostenido tenía cierta coherencia sistemática: a fin de permitir la operatividad de la coacción psicológica, mediante el contra-impulso sensorial sobre el *homo phaenomenon*, es indispensable que los delitos y las penas se encuentren previamente especificados en la legislación.¹²⁵⁶

b.- El fundamento jurídico de la conminación penal

A diferencia de los argumentos utilitarios, aquí se trata de esgrimir razones jurídicas que permitan *legitimar* el establecimiento de leyes penales. Más preciso: se trata de aquellas razones que, sin entrar a analizar la utilidad social que de ello deriva, permiten restringir la libertad del ciudadano mediante la imposición de prohibiciones o mandatos. Para FEUERBACH, esto no resulta un aspecto verdaderamente problemático, en la medida en que, a través de la mera conminación penal, el Estado no lesiona los derechos de nadie. Sin daño efectivo al espacio de libertad del individuo, no hay aquí nada que necesite ser legitimado, al menos en el sentido de demandar un *particular* fundamento jurídico.

Esta afirmación, como ha puesto de relieve GRECO, fue rápidamente reconocida como algo «*carente de contenido*».¹²⁵⁷ El fundamento jurídico de la conminación penal que nos entrega FEUERBACH, a decir verdad, no es más que una promesa incumplida. A pesar de su fuerte vínculo con la filosofía kantiana y su pretensión de no identificar la legitimidad con la utilidad, el fundamento deontológico que pretende ofrecer no tiene ningún contenido que pueda calificarse de verdaderamente independiente de los argumentos utilitaristas.

c.- El fin de la imposición de la pena

Debido a su impronta kantiana, FEUERBACH formuló incesantes críticas hacia las tesis preventivas, especialmente aquellas que pretenden buscar la utilidad de la imposición de las penas sobre un individuo, en su efecto intimidante para con los terceros. Esta instrumentalización del condenado, también para FEUERBACH, implicaría una violación flagrante del imperativo categórico: al mezclarlo con el Derecho de cosas, le quita al hombre su dignidad innata. Por el contrario, el análisis que propone Feuerbach respecto de la finalidad de la imposición judicial de la pena resulta, por más simple que parezca, lógicamente correcto: la utilidad de la aplicación concreta de pena al individuo radica en que, con ello, se confirma la realidad efectiva de la conminación legal. Dicho en breve: la utilidad de la imposición de la pena consiste en posibilitar la finalidad que cumple la conminación; si se quiere: la finalidad de la imposición judicial es la intimidación mediata o indirecta.

¹²⁵⁶ Durante la etapa en la que FEUERBACH asentó el *fundamento de la imposición* de la pena sobre el consentimiento previo del autor, esto también resultaba consecuente con el principio de legalidad.

¹²⁵⁷ GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, p. 164.

El problema de este argumento, como ha puesto de relieve GRECO, es que solo sirve para justificar la utilidad de la imposición de *algunas* penas, a saber, aquellas que son necesarias para que la conminación de pena no pierda el efecto intimidatorio que le es propio. Sin embargo, el argumento no puede justificar la imposición de pena frente a todos los hechos delictivos cometidos, como el propio FEUERBACH pretendía.¹²⁵⁸

d.- Fundamento jurídico de la imposición de la pena

En un primer momento, para legitimar la imposición judicial de la pena, FEUERBACH recurrió a la *teoría del consentimiento*. Con ello, la argumentación relativa al fundamento entroncaba de forma coherente con el objetivo último del autor: garantizar la consagración definitiva del principio de legalidad. En efecto, si el cumplimiento del fin de la conminación penal (la intimidación general) requiere, como condición necesaria, el establecimiento previo de una ley penal (que asociara el delito con la pena), entonces el fundamento de su imposición debía relacionarse con el conocimiento que el agente tuviera de dicha conminación. Así las cosas, según la teoría del consentimiento, Feuerbach fundamentaba la imposición de la pena de la manera siguiente: dado que la ley penal vincula de forma indisoluble el delito con la pena, si el agente responsable ha querido la realización del hecho delictivo, necesariamente debe querer también la pena.

Sin embargo, las fuertes críticas dirigidas contra la idea del consentimiento obligaron al autor a abandonar, posteriormente, esta línea argumentativa. A partir de aquí, se limitó a afirmar que el fundamento jurídico de la imposición de la sanción se agota en el hecho de haber sido conminada la conducta con pena. En este punto, la teoría de FEUERBACH presenta las mayores incoherencias sistemáticas y vacíos argumentativos: si el único fundamento de la imposición de la pena radica en el simple hecho de su previa conminación legal, el esquema analítico de las razones deontológicas luce bastante pobre. Adviértase lo siguiente: si la conminación penal (reforzar la norma de comportamiento mediante el establecimiento de pena) es una actividad para la cual no se necesita fundamento jurídico alguno (pues no lesiona los derechos de nadie); y si el fundamento de la imposición de la pena al autor (que efectivamente lesiona la libertad

¹²⁵⁸ La demostración se desarrolla con base en el '*argumento del jarrón de porcelana*': si a un jarrón se lo arroja al suelo y no se rompe; se lo arroja una vez más, tampoco se rompe. Sólo la tercera vez que el jarrón cae al suelo se hace trizas. Nadie dudará de la fragilidad del jarrón. De la misma forma, «[para] que la predisposición a ejecutar Y bajo la condición de X siga resultando creíble, no es necesario ejecutar Y siempre que también tenga lugar la condición X. Es suficiente ya con que Y sea ejecutada ocasionalmente. Referido [...] a la pena [...] la fundamentación empírica de la imposición [...] puede a lo sumo explicar por qué es necesario imponer ocasionalmente la pena conminada, pero no que deba hacerse siempre»; GRECO, *Lo vivo y lo muerto*..., p. 341.

concreta) se agota en la mera conminación; entonces también la imposición de pena adolece de una vacuidad de fundamento intolerable.¹²⁵⁹

*Para un análisis crítico,
véase [Capítulo III, Apartado III, punto 2.3](#) (pp. 106 ss.)*

¹²⁵⁹ HENKE, *Über den Streit der Strafrechtstheorien*, 1811, p. 62: «para procurar un fundamento jurídico a la pena, se presenta a la conminación de pena como algo meramente vacío, completamente inocente que no le toca un pelo a nadie. Pero cuando se trata de penar con la muerte a un delincuente, entonces solapadamente le atribuye a la conminación inicialmente vacía, un contenido real: justificar la ejecución de la pena de muerte, precisamente, por medio de la conminación precedente. ¡Cómo se conjugan estas contradicciones!».

CAPÍTULO A-II

KANT Y HEGEL: ¿TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA?

En el cuerpo principal, pusimos de relieve que la doctrina ampliamente mayoritaria traza un fuerte paralelismo entre las teorías absolutas y la filosofía idealista alemana. Sin embargo, hemos visto que tal identificación no es más que un recurso argumentativo bastante tendencioso, y no constituye una herramienta teórica leal para con los postulados filosófico-jurídicos de esos autores. Este desfase se advierte, con bastante claridad, en la medida en que uno se apresta a realizar un repaso por la filosofía del idealismo alemán, representada en KANT y, sobre todo, en HEGEL.

1. KANT

La filosofía del castigo de KANT, tradicionalmente, ha sido entendida como el paradigma de las teorías absolutas de la pena. Sin embargo, también existen múltiples autores, de renombrada autoridad respecto de la filosofía kantiana, que disienten con esa premisa. En esta línea, p. ej., SCHEID afirma que la filosofía de KANT no puede ser entendida como expresión de un retribucionismo *total*, sino a lo sumo *parcial*.¹²⁶⁰ En una posición similar –con algunos matices–, BYRD y HRUSCHKA han manifestado su preferencia por una interpretación más amplia y sistemática de los pasajes contenidos en la *Metafísica de las costumbres*, pues solo así se vuelve compatible dicha obra con la totalidad del sistema filosófico kantiano. Según estos autores, sería perfectamente plausible sostener que KANT haya mantenido, en verdad, una *teoría mixta* sobre la justificación del castigo (incluso una teoría vinculada a la idea de prevención general).¹²⁶¹ También SCHILD se ha mostrado favorable a interpretar la teoría de KANT como una posición compleja, que tendría más elementos propios de una teoría preventiva que de una teoría absoluta del castigo,¹²⁶² llegando a matizar la relevancia que el principio de merecimiento tiene en la obra del filósofo alemán.¹²⁶³

¹²⁶⁰ A continuación, veremos que el argumento principal de este autor gira sobre la flexibilización del principio de no-instrumentalización del hombre; véase SCHEID, «Kant's retributivism», *Ethics* (93-2), Enero 1983, pp. 262-282. Para las objeciones y críticas de esta interpretación, PRIMORATZ, «On 'partial retributivism'», *ARSP* (71-3), 1985, pp. 373-377; La réplica, SCHEID, «Kant's retributivism again», *ARSP* (72-2), 1986, pp. 224-230. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2ª ed., 2010, pp. 334 ss.

¹²⁶¹ BYRD/HRUSCHKA, «Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat», *JZ* (20), 2007, pp. 957-964; también HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien...», en V. HIRSCH *et al* (eds.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*, 2011, pp. 17-18.

¹²⁶² Véase SCHILD, «Ende und Zukunft des Strafrechts», *ARSP* (70), 1984, pp. 71-112.

¹²⁶³ SCHILD, «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens –und Straffphilosophie von Immanuel Kant», en ZACZYCK *et al.* (eds.), *FS-Wolff*, 1998, p. 437: [El] *concepto de merecimiento de pena no puede interpretarse como el único contenido determinante de la filosofía jurídico-penal de Kant. Relevante es, y sigue siendo, la caracterización de la pena como medida estatal de prevención con la cual se reacciona frente al delito, que es su razón de ser*.

Haciendo una reducción esquemática, puede afirmarse que, en apoyo de estas tesis interpretativas, se han esgrimido tres clases de argumentos principales. El primero de esos argumentos (y quizás el más débil) intenta flexibilizar la literalidad del imperativo categórico de prohibición de instrumentalización. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, según dicen estos autores, KANT expresa tal imperativo afirmando que el comportamiento humano debe orientarse de modo tal que el agente use a la humanidad «*siempre y al mismo tiempo como un fin, y nunca exclusivamente como un medio*». ¹²⁶⁴ A partir de esta formulación, es dudoso que, para KANT, en ningún caso la persona pudiera ser instrumentalizada; más bien, el imperativo categórico estaría indicando que la persona no puede ser utilizada *solo* como un medio. En esa medida, no existe instrumentalización si el trato dispensado a esa persona implica *también* considerarla, al mismo tiempo, como un fin en sí misma. ¹²⁶⁵ En esta línea, SCHEID entiende que tal imperativo categórico no se opone *en todo caso* a la instrumentalización del hombre para fines preventivos. La prohibición solo rige en la medida en que dicha instrumentalización implique, al mismo tiempo, la vulneración de la dignidad de la persona. Y esa vulneración tiene lugar, exclusivamente, cuando en la imposición de la pena no se respeta la proporcionalidad derivada del *ius talionis*. Por esa razón, sostiene que una correcta interpretación de la filosofía de KANT necesita incorporar la distinción entre pena como *institución* y pena como *acto particular*. ¹²⁶⁶ Solo con esto sería posible dar cuenta de la diferencia entre el fundamento del sistema punitivo (relativo a fines y no retributivo) y el fundamento de la imposición de la pena (la distribución concreta del castigo, con fundamento retributivo).

Sin embargo, flexibilizar el tenor literal del imperativo categórico (al menos en el marco de la teoría de la pena) encuentra un escollo difícil de salvar, especialmente si se tiene en cuenta la redacción que KANT le dio en su última obra sistemática. Allí el filósofo introduce una variante significativa cuando el imperativo se dirige específicamente al castigo: la expresión *jederzeit zugleich* (siempre y al mismo tiempo) es reemplazada por otra más restrictiva, que no permite una interpretación tan flexible: *jederzeit nur* (siempre solamente). En la medida en que se quiera otorgar alguna relevancia a la modificación

¹²⁶⁴ El destacado me pertenece. Efectivamente, la expresión alemana utilizada es «*jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest*»; véase KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; disponible online <http://www.morelightinmasonry.com/wp-content/uploads/2014/06/Kant-Grundlegung-Zur-Metaphysik-Der-Sitten.pdf>.

¹²⁶⁵ En esta línea, HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2008, p. 244, nota 38: «*Kant nunca comete el error de decir que nunca debemos tratar a los hombres como medios. Insistió en que nunca debemos tratarlos sólo como medios, sino también y en todos los casos como fines en sí mismos*».

¹²⁶⁶ La introducción terminológica de esta distinción es generalmente atribuida a un temprano trabajo (sobre el utilitarismo de regla y de acto) en el que RAWLS distinguía las consideraciones que resultaban relevantes para evaluar la adopción de una determinada práctica social y sus reglas, de aquellas otras consideraciones que eran relevantes para evaluar la realización de una acción concreta cuyo sentido se inspiraba o dependía de la observancia de las reglas constitutivas de esa práctica; véase RAWLS, «Two concepts of rules»; *The Philosophical Review* (64), 1955, pp. 3-32.

introducida –lo cual puede ser más o menos discutible–, la frase *jederzeit nur* debe necesariamente ser interpretada de forma más restrictiva. Pero lo cierto es que, con ello, se pierde la posibilidad de hacer una interpretación amplia de la expresión *niemals bloß*, dado que ambas se excluyen mutuamente.¹²⁶⁷

El segundo argumento es de carácter sistemático y requiere vincular el contenido del imperativo categórico, el concepto de Derecho y la filosofía política de este filósofo. El punto de partida consiste en recordar que, para KANT, la esencia del Derecho se asienta en dos ideas centrales: la *libertad* como coexistencia reglada, y la *coacción* como instrumento de realización de esa libertad.¹²⁶⁸ A partir de allí, la coacción estatal no es más que una condición necesaria para la existencia del Derecho y éste, a su vez, un requisito indispensable para garantizar la libertad institucionalizada. Dicho en breve: también la coacción punitiva es una condición necesaria para el desarrollo de la idea de la libertad, *un medio* para el mantenimiento de la libertad institucionalizada en el Derecho. Como tal, la coacción punitiva solo puede justificarse en la medida en que sea utilizada para garantizar la existencia de una sociedad civil libre (ya sea a través de la *prevención* o mediante la *restitución*).¹²⁶⁹ Según esta lectura, comprensiva del Derecho en general y de su concreta visión del Estado, la teoría kantiana de la pena difícilmente pueda ser catalogada de absoluta. Como parte de la coacción estatal, la punición no puede ser completamente ajena a la estructura de pensamiento teleológico que KANT tiene sobre el Estado (como entidad destinada a la protección de los derechos de los ciudadanos).¹²⁷⁰

¹²⁶⁷ Una exposición del concepto de dignidad humana en KANT, a la luz de las variantes del imperativo categórico en su formulación segunda (el hombre como fin en sí mismo) y tercera (la autonomía legislativa o auto-legislación), puede encontrarse en SEELMANN, «Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual», en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, pp. 27-38. Según sostiene el autor, si bien ambas formulaciones estaban estrechamente vinculadas, sus raíces históricas son totalmente distintas. El concepto de dignidad del hombre, en los tiempos de la obra de KANT, se encontraba mayormente vinculado a la *tercera* formulación. Actualmente, en cambio, el concepto de dignidad se ha ido acercando cada vez más a la *segunda* formulación, culminando en el siglo XX con una clara identificación entre dignidad y prohibición de instrumentalización. Sobre las interpretaciones posibles del imperativo categórico en su formulación segunda (posiciones idealistas y empíricas sobre la prohibición de instrumentalización del hombre), véase también GRECO, *Lo vivo y lo muerto...*, 2015, pp. 129-156; BETEGÓN, *La justificación...*, 1992, pp. 31-33.

¹²⁶⁸ El Derecho constituye un medio o condición formal indispensable para el surgimiento de la libertad jurídica o racional y la realización de esta libertad jurídica en el mundo de la coexistencia real sólo puede alcanzarse a través de la coacción, entendida como acto restaurador de libertad que se impone frente a un uso incorrecto o abusivo del arbitrio individual y que, como tal, resulta contrario a la libertad institucionalizada.

¹²⁶⁹ LESCH, *Función de la pena*, 1999, p. 11: «Kant caracteriza la coerción jurídica exclusivamente como la facultad de impedir el ilícito mediante el ejercicio de coerción, bien mediante prevención, o bien mediante restitución».

¹²⁷⁰ En este sentido, BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, pp. 264 ss.

Por último, existe otro argumento, también de carácter sistemático, que habla en contra del supuesto carácter absoluto de la teoría kantiana. Como es sabido, dicha caracterización se sustenta, en no pocas ocasiones, sobre la concepción de la ley penal como un imperativo categórico y su consecuencia central: la existencia de un supuesto *deber* de castigar. Pues bien, según ha puesto de relieve JAKOBS,¹²⁷¹ este supuesto deber de castigar sería absolutamente inconsistente en el sistema filosófico de KANT. El centro de la cuestión, según JAKOBS, no radica en la pregunta de si la sociedad puede disolverse sin antes cumplir con sus deberes. La pregunta central es si la retribución fundamenta un *deber ineludible* de aplicar el castigo o solo puede fundamentar la existencia de una *mera facultad*. Para responder a ello, debe recordarse que el imperativo categórico es *la ley* penal, no la aplicación misma de la pena. Que la ley penal se describa como imperativo categórico, solo puede justificar la *vinculación conceptual* entre delito y pena; de ninguna manera implica que la imposición de la pena sea, frente a todo delito, un deber categórico.¹²⁷² En este sentido, es dudoso que el argumento de la isla verdaderamente sirva para justificar la existencia de un *deber de castigar* por parte de la sociedad civil.¹²⁷³ Esto constituye un elemento pragmático que es necesario tener en cuenta a los fines de comprender que KANT, en verdad, no concebía en términos absolutos el deber de castigar –o al menos no en la manera en la que clásicamente se lo presenta–.

El carácter contradictorio de esta afirmación es puesto de relieve de manera magistral por JAKOBS: si KANT hiciera recaer sobre la sociedad civil un deber categórico de castigar todo delito, ello supondría caer en una contradicción intra-sistemática, pues con esto se estaría afirmando que esa sociedad civil constituye el propio agente de realización de la idea de la razón práctica.¹²⁷⁴ Por el contrario, la realización de esa idea presupone la asunción de un orden de cosas dado, no uno que esté pendiente de construcción mediante la realización de esa idea. Por lo demás, también ha sido frecuentemente señalado que ese supuesto deber categórico de castigar fue relativizado por el propio filósofo mediante el reconocimiento del *casus necessitatis*.¹²⁷⁵

Con lo expuesto, espero haber puesto de relieve que la discusión acerca del carácter *absoluto* de la filosofía penal kantiana no parece estar destinada a encontrar un punto final, o al menos no se avizora que esto pueda suceder en tiempos próximos. Por el contrario, es más razonable pensar que la trascendencia del carácter retributivo de la

¹²⁷¹ JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, pp. 23 ss.

¹²⁷² Si existiera un deber categórico de castigar, entonces el ejercicio de la acción punitiva sería una *consecuencia necesaria ineludible* de la comisión de todo injusto culpable. Sobre la imposibilidad de afirmar esto, ampliamente, Capítulo III Apartado III, punto 3 (pp. 109 ss.).

¹²⁷³ En idéntico sentido, MAÑALICH, *Revista de Ciencia Política* (38-3), 2018, p. 512.

¹²⁷⁴ JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, pp. 23-24.

¹²⁷⁵ Aquel caso en el que han participado de la comisión de la acción delictiva un número tal de ciudadanos cuya ejecución conduciría a exterminar la población.

pena en KANT, durante el siglo XIX, constituye una cuestión más bien abierta.¹²⁷⁶ Además, la repercusión del autor depende en gran medida de la forma en la que haya sido interpretado, de manera tal que parte de su influencia bien puede tratarse –en realidad– de la influencia de un equívoco o acierto interpretativo de su teoría.¹²⁷⁷ Teniendo esto en cuenta, no parece descabellado concluir que «[nunca] *se cerrará el debate de si KANT solo trata cuestiones universales relativas a la moralidad o si pretendía vincular su pena ya a la existencia de un orden estatal*». ¹²⁷⁸

2. HEGEL

Incluso si fuera posible afirmar que la filosofía de KANT representa una *teoría absoluta*, en los términos de la clasificación tradicional, la historia puede ser bien diferente con HEGEL. El hecho de que este autor haya sido tradicionalmente caracterizado como representante de una *teoría absoluta* de la pena, puede encontrar una parcial explicación en lo siguiente: la doctrina ha sido generalmente reacia a tomar en consideración las estructuras fundacionales de su sistema filosófico. En este sentido, creo que el obstáculo principal para calificar su posición como una teoría absoluta de la pena proviene, precisamente, del carácter sistemático que presenta la filosofía hegeliana,¹²⁷⁹ y que se echa en falta en la filosofía kantiana.¹²⁸⁰

En este sentido, la doctrina generalmente se inclina por ofrecer una versión más bien simplificada de su pensamiento, reducida a las consideraciones vertidas por el autor en el *Derecho abstracto* de los *Grundlinien*, afirmando que la pena es un mecanismo desnudo de afirmación del Derecho a través de la supresión del delito –que es su inicial negación–. Sin embargo, es evidente que HEGEL concibió esta obra como parte de un

¹²⁷⁶ Abogando por una interpretación retributiva de los textos de la *Rechtslehre* de Kant (donde esto significa, «*fundada en una implementación multidimensional del principio de respeto*»), MAÑALICH, *Revista de Ciencia y Política* (38-3), pp. 507 ss.

¹²⁷⁷ En este sentido, NAUCKE, «Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jh.», en BLÜHDORN *et al.* (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (v. VIII), 1969, p. 29.

¹²⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 14; similar LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 9.

¹²⁷⁹ La obra de HEGEL ha sido ampliamente valorada por dar a conocer los lineamientos fundacionales de un *sistema* de justificación de la praxis punitiva, como expresión de una metodología dialéctica para la obtención de un concepto social del delito y de la pena. Véase, entre otros y con mayores referencias, JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, pp. 35 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht...*, 2012, pp. 53 ss., v. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum? ...*, pp. 79-158. En contra WOOD, en *Hegel's Ethical Thought*, 1990, p. XIII: «*si usted no es tan sensato, se engañará pensando que hay alguna clase de verdad esotérica en la lógica dialéctica hegeliana que proporciona una clave oculta en su pensamiento social*».

¹²⁸⁰ Si bien es cierto que sería un error concebir los esfuerzos teóricos kantiano como si se trataran de un [fallido] intento de crítica de las teorías instrumentales, también lo es que la principal crítica a su obra radica en que no ha podido erigirse como pilar sobre el cual asentar los lineamientos de un *sistema* filosóficamente coherente del castigo estatal. Señalan el carácter asistemático, MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review* (3), 1987, pp. 509 ss.; WOOD, «Punishment, Retribution, and the Coercive Enforcement of Right», en DENIS, (ed.), *Kant's Metaphysics of Morals*, 2010, pp. 111 ss.

sistema filosófico más amplio.¹²⁸¹ Incluso afirmó, en el prólogo de sus *Fundamentos*, que todo lo allí contenido debía de ser entendido y juzgado a partir del *espíritu lógico*; lo que significa: con pretensión sistemática y coherente respecto de los postulados oportunamente sostenidos en su *Ciencia de la Lógica*.¹²⁸² Al margen de las discrepancias doctrinales sobre la relevancia que presentan esos postulados para la interpretación de las afirmaciones contenidas en los *Fundamentos*,¹²⁸³ es indudable que HEGEL se ocupa del castigo más allá del *Derecho abstracto* y que, su filosofía del castigo, no es más que un engranaje dentro de un sistema filosófico más amplio.

Por presentar un carácter sistemático, no sería didácticamente prudente realizar una exposición que pretenda dar cuenta de un sector del sistema (la coacción punitiva), obviando por completo el marco filosófico en el cual aquel se inserta. A mi parecer, sin una mínima consideración de contexto que la haga inteligible, se dificulta la exposición y también la comprensión de la filosofía del castigo hegeliana. Por estas razones, las aclaraciones siguientes (extremadamente breves y centradas en los elementos que considero imprescindibles), construyen la antesala conceptual de la justificación hegeliana del castigo.

2.1. Antesala conceptual

A los fines de proporcionar una exposición contextualizada de la filosofía del castigo hegeliana, cabe aquí una mínima referencia a las cuatro cuestiones siguientes: la *lógica*, la *ubicación sistemática* del injusto (en el Derecho abstracto), el papel que desempeña la *experiencia de lo ilícito* y el concepto de delito como *juicio infinito negativo*.

La *lógica* hegeliana nos provee algunas nociones conceptuales básicas. Por un lado, al centrar su atención en los *procesos* a través de los cuales los *conceptos* se convierten en *Ideas* (entendiendo a la filosofía como un devenir), la *lógica* –objetiva– de HEGEL toma

¹²⁸¹ BROOKS, «Is Hegel a Retributivist», *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain* (49/50), 2004, pp. 113-126; SCHILD, «The Contemporary Relevance of Hegel's Concept of Punishment», en PIPPIN/HÖFFE (eds.), *Hegel on Ethics and Politics*, 2004, pp. 150-180; CORDUA, *Explicación sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel*, 1992.

¹²⁸² HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., 1968, p. 24, manifiesta que «la naturaleza del saber especulativo ha sido ampliamente desarrollada en mi *Ciencia de la Lógica*; en este tratado, por eso, han sido agregadas aquí y allá algunas aclaraciones acerca del procedimiento y del método. [...] Desde este punto de vista, también quisiera especialmente que fuese entendido y juzgado este compendio, porque lo que importa en él es el saber y en el saber, el contenido está ligado esencialmente a la forma». Según PAWLIK, «Hegel y la racionalidad de lo real», en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 20, el hecho de que no se haya cumplido este deseo de HEGEL (de ser interpretado en forma sistemática) es, en gran parte, responsabilidad del propio filósofo pues, a decir verdad, en su obra de los *Fundamentos* resultan escasas las remisiones a las figuras de la *lógica*.

¹²⁸³ Cierta parte de la doctrina cree que no poseen valor alguno o que, a lo sumo, añaden cuestiones menores a la estructura argumental central (por ej., FINDLAY, STILLMAN y COOPER). Otros, por el contrario, otorgan a esas consideraciones un valor interpretativo fundamental en el análisis sistémico del pensamiento hegeliano (p. ej., BROOKS, DU-BOIS PEDAIN y PAWLIK).

el lugar que antiguamente ocupaba la metafísica. Por otro, puesto que para este filósofo no existe ley o principio que no esté sometido al cambio (y que no sea susceptible de ser negado), la lógica –subjetiva– hegeliana no pretende fijar leyes intangibles, sino dar cuenta del espíritu concreto de su tiempo; se trata de una «*ciencia del devenir*» histórico. Esta «ciencia» se desarrolla a través de un proceso de clarificación de categorías conceptuales, de modo que el paso de una categoría a la siguiente es de fundamental importancia. En efecto, es esta relación entre ambas categorías lo que determina que cada ‘*movimiento*’ conceptual esté verdaderamente justificado (no sea calificado de arbitrario); en resumen: la precisión del movimiento define el grado de ‘*corrección*’ del proceso.

A través de «movimientos clarificadores», se transita un camino que comienza en un nivel de *menor complejidad, pero mayor abstracción*, hacia un nivel de *mayor complejidad, pero menor abstracción*;¹²⁸⁴ se progresa lentamente hacia una perspectiva *más concreta* de la realidad. Lo más relevante de esta idea, y que aquí será necesario recordar, radica en lo siguiente: con cada movimiento, lo alcanzado en la categoría previa no desaparece, sino que se mantiene o acumula, adoptando una forma más concreta. En este sentido, el punto de partida nunca queda atrás, sino que está presente durante todo el proceso y hasta que culmina en la *Idea*: la realización práctica y concreta –más o menos exitosa– del *Concepto*.¹²⁸⁵

Las consideraciones realizadas, aunque breves, son importantes para interpretar su *Filosofía del Derecho*. Por un lado, porque el *objeto* principal de dicha ciencia –según el propio HEGEL– consiste en lograr establecer el concepto de Derecho y dar cuenta de cómo se *realiza* en la praxis.¹²⁸⁶ En otras palabras: el objetivo es analizar, en detalle, el proceso mediante el cual *la libertad abstracta* se convierte en *libertad concreta*, en realidad efectivamente practicada. Como es sabido, esa explicación consta de tres estadios o niveles de análisis: el Derecho abstracto (*Das abstrakte Recht*), la Moralidad subjetiva (*die Moralität*) y la Eticidad (*die Sittlichkeit*). Por otro, el *método* para llevar adelante esta empresa, nunca puede adoptar un punto de vista estático. Por el contrario, HEGEL adopta una perspectiva *dinámica*: hace foco en el proceso y da cuenta del *movimiento* entre los diversos niveles. Lo importante es el *devenir* que parte de una

¹²⁸⁴ DU BOIS-PEDAN, «Hegel justification of real-world penal sanctions», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (29-1), 2016, p. 40.

¹²⁸⁵ JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 35. En este sentido, si bien cada avance categorial, individualmente considerado, representa algo incompleto en sí mismo, también es *más concreto* que lo anteriormente existente; véase BROOKS, *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain* (49/50), 2004, pp. 116-117; DU BOIS-PEDAN, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (29-1), 2016, p. 40.

¹²⁸⁶ HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural y ciencia política*, 2ª ed., 1999, § 1: «La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la *Idea del Derecho*, es decir, el concepto del derecho y su realización».

comprensión abstracta del Derecho y transita hacia una comprensión [cada vez más] concreta; y que, finalmente, culmina con un entendimiento capaz de explicar, cabalmente, cada una de las fases anteriores. En ese camino, nuestra comprensión inicial acerca del fenómeno jurídico debe comenzar por las nociones más básicas y, por esa razón, el primer estadio –Derecho abstracto– tratará sobre la capacidad jurídica de la persona para ser titular de derechos y deberes, la propiedad, el contrato y, por último, lo *injusto*.¹²⁸⁷

El hecho que HEGEL divida las consideraciones sobre el Derecho abstracto en tres secciones, dedicando la tercera y última (los párrafos §§ 82 a 103) al análisis sobre ‘lo injusto’,¹²⁸⁸ no es una casualidad. La *ubicación sistemática* de ‘lo injusto’ (mejor: el *no-Derecho*) en el Derecho abstracto, en verdad, solo puede comprenderse si se adopta esa perspectiva metodológica dinámica: lo fundamental es el proceso, el *movimiento* de una categoría a otra. La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿qué papel juega, en este proceso o devenir conceptual, la *experiencia de lo ilícito*?

HEGEL, a diferencia de KANT, considera que un ordenamiento jurídico establecido *a priori* no puede regir la conducta de los hombres.¹²⁸⁹ Tal Derecho abstracto, a lo sumo, se trata de un mero proyecto de «*cristalización de un plexo de relaciones intersubjetivas, fundadas sobre el reconocimiento recíproco*» [pero cuya objetividad] *es solo aparente y abstracta, vale decir, supuesta*.¹²⁹⁰ Su carácter coactivo, que es aquello que le da especificidad jurídica y lo vuelve *verdadero* Derecho –un orden efectivamente practicado–, solo puede venir a cuento en la medida en que dicha objetividad aparente o supuesta del Derecho abstracto, resulta cuestionada mediante el ilícito.

¹²⁸⁷ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 36; véase también JAKOBS, en EL MISMO, *Función de la pena...*, 2006, p. 35.

¹²⁸⁸ Esta es la traducción tradicional del término «*das Unrecht*», que también ha sido traducido como ‘lo ilícito’ y como ‘la injusticia’ (éste último, p. ej., en la traducción de los *Grundlinien* realizada por Juan Luis Vermal, 2ª ed., 1999). En el texto se utiliza también la noción del *no-Derecho*, sugerida por el Prof. SILVA SÁNCHEZ y que, a decir verdad, se acopla mejor a la idea que aquí se quiere transmitir.

¹²⁸⁹ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 94: «*Definir [...] el derecho abstracto o estricto desde un principio como un derecho al que se puede forzar equivale a aprehenderlo a partir de una consecuencia a la que sólo se llega haciendo el rodeo que pasa por la injusticia*». En este punto, señala MIZRAHI, «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 9, que se advierte una diferencia sustancial con la filosofía kantiana: «*resulta improcedente la metodología seguida por Kant en la metafísica de las costumbres en tanto allí presenta al derecho como un concepto puro a priori ligado a la facultad de coaccionar*».

¹²⁹⁰ MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 9. El carácter objetivo *aparente* en este estadio abstracto es importante de remarcar, porque antes del Estado (*eticidad*), no existe verdadero delito ni pena: el delito aquí sólo constituye un juicio infinito negativo y, por tanto, el *Aufhebung* en el Derecho abstracto no es más que venganza. Por el contrario, el delito –en tanto lesión del Derecho en cuanto Derecho– solo presenta una estructura completa una vez dejado atrás ese estadio abstracto y ha nacido el Estado. En este sentido, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 2016, p. 47: «*solamente en la sociedad civil, es decir bajo el dominio de estructuras estatales, es posible hablar de Derecho penal en sentido propio. [Solo aquí] le corresponde al delito un significado también más complejo*».

La realización del injusto (la negación del Derecho), es el fenómeno frente al cual el ordenamiento jurídico tiene la posibilidad de *reaccionar* y, con ello, adquirir carácter efectivo. Por tanto, en la filosofía hegeliana, la experiencia de lo ilícito constituye el único mecanismo a través del cual el *Derecho abstracto*, en tanto mera posibilidad, pasa al siguiente estadio y adquiere la esencia del verdadero fenómeno jurídico: su carácter coactivo (*Zwangsrecht*). En otras palabras: la ubicación sistemática del *Injusto* responde a que este constituye el momento fundacional del fenómeno verdaderamente jurídico. Su concurrencia permite al Derecho abstracto convertirse en Derecho real, dotándolo con ello de su característica específica: ser un ordenamiento coactivo con verdadera capacidad para obligar.¹²⁹¹

La experiencia de lo ilícito, no solo resulta determinante para comprender el movimiento entre categorías (desde el Derecho abstracto hacia algo más concreto y real). Esa idea, también nos da pie para analizar el concepto hegeliano de *injusto* (*Unrecht*) y de *crimen o hecho punible* (*Verbrechen*). Para ello, debemos comenzar con la noción de *acción ilícita*,¹²⁹² género conceptual respecto del cual *el crimen* representa una especie. Las acciones ilícitas son clasificadas, por HEGEL, a partir de un criterio análogo al de las formas del juicio de existencia: *particulares* positivos o negativos, *infinitos* positivos o negativos. Dado que el injusto es juicio de índole negativa, no es necesario considerar aquí los juicios positivos.

Las acciones ilícitas, entonces, pueden ser de dos clases: bien responden a la estructura de un juicio de existencia negativo *particular* (mediante el cual sólo se niega la particularidad del contenido de una determinación)¹²⁹³ o bien responden a la estructura de un juicio negativo *infinito* (en el que se niega también la universalidad, el Derecho en toda su extensión).¹²⁹⁴ En HEGEL, los injustos civiles solo constituyen juicios particulares negativos porque, mediante su realización, el autor no realiza una afirmación con pretensión de validez universal; solo pone en tela de juicio una cuestión particular. Si el ilícito consiste en que un sujeto \emptyset afirma que una cosa determinada no

¹²⁹¹ MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 9: «solo de esta manera gana el concepto de derecho su condición de órgano que regula efectivamente las relaciones intersubjetivas». En este punto puede advertirse la primera conexión y la primera diferencia con el sistema de Kant. En cuanto a la conexión, recuérdese que entre las dos ideas centrales que permiten explicar el fenómeno jurídico se encuentra, además de la libertad, la coacción. La primera, en tanto el Derecho se define como «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»; y la segunda, en tanto resulta indispensable para asegurar la existencia de la primera: «al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola...»; KANT, *La metafísica...*, 2005 (trad. Cortina Orts/Conill Sancho), pp. 38 y 40, respectivamente. Sobre la aparente contradicción entre los conceptos de libertad y coacción como elementos esenciales del concepto de Derecho en Kant, véase BETEGÓN, *La justificación...*, 1992, pp. 33 ss.

¹²⁹² El concepto de acción o actividad agencial como elemento común a los conceptos de delito y pena será fundamental para este trabajo. Sobre el particular, Capítulo III, Apartado III, punto 1.

¹²⁹³ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 85.

¹²⁹⁴ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 95.

le pertenece al sujeto Π , sino a él mismo, el sujeto \emptyset cuestiona la subsunción de esa cosa bajo una determinada voluntad particular, pero el derecho subjetivo de Π a *ser propietario*, como tal, no se ve puesto en duda (la calidad de *persona* en Derecho de Π no sufre menoscabo alguno). El Derecho en cuanto ordenamiento efectivamente practicado (en tanto Idea) no es negado sino más bien reconocido, puesto que el individuo \emptyset –al negar que la cosa pertenezca a Π – afirma, al mismo tiempo, *su propiedad* –respaldada en el Derecho– sobre la cosa. En esta estructura de juicio particular negativo, la disputa descansa sobre el contenido concreto de un derecho determinado que dos o más voluntades se disputan.

Por el contrario, las acciones ilícitas que constituyen delitos son juicios infinitamente negativos, ya que se trata de comportamientos que niegan el Derecho en cuanto Derecho. Aquello que el agente pone en tela de juicio, con su delito, es la *capacidad jurídica* del otro y, con ello, su condición de persona en Derecho.¹²⁹⁵ Con ello, el delito revela su propio carácter paradójico y contradictorio, que lo hace materia específica del ámbito jurídico penal. Para comprender esto último, debe recordarse que, en HEGEL, el Derecho constituye un sistema auto-referencial: solo pueden considerarse como actos jurídicamente relevantes aquellos que realiza una persona, un sujeto de derechos. En este sentido, dado que solo una persona (en sentido estrictamente jurídico) puede impugnar el Derecho, la negación del ordenamiento jurídico presupone necesariamente su propia existencia. El carácter paradójico y nulo de los comportamientos delictivos, entonces, sale a la luz: para negar el carácter de persona a otro, y con ello negar el Derecho en sí, primero hay que ser persona con capacidad jurídica, de manera tal que el autor de un injusto penal niega la existencia de aquello que al mismo tiempo (a través de su capacidad para negarlo) afirma.¹²⁹⁶

2.2. La teoría hegeliana de la pena

Las consideraciones anteriores nos proveen herramientas importantes para aproximarnos a la teoría hegeliana sobre la justificación de la praxis punitiva. Especialmente, debe recordarse aquí una cuestión metodológica: a diferencia de KANT (y FEUERBACH), el punto de partida que toma HEGEL no está en la coacción estatal (como algo necesitado de justificación), sino en el delito –*lo Injusto*– como el presupuesto necesario para que, a través de la respuesta reactiva, el Derecho abstracto pueda transformarse en verdadero Derecho. Ahora bien, en relación con el delito, las consideraciones de HEGEL pueden ser distinguidas en dos líneas argumentativas

¹²⁹⁵ PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 2016, pp. 45 ss.

¹²⁹⁶ Al respecto, MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, pp. 12-13: «[...] esta acción pone al descubierto la unilateralidad de la voluntad individual y subjetiva que hace caso omiso de la objetividad que su existencia misma supone. Este modo de obrar se revela como auto-contradictorio, pues la objetividad [...] es la condición de posibilidad de la voluntad del sujeto que delinque».

distintas. La primera de ellas se asienta sobre la idea de *afirmación universal* que, mediante la comisión del injusto culpable, realizaría el autor del hecho delictivo (y cuyo contenido le resulta a él mismo aplicable). La segunda, por su lado, se asienta sobre la idea del delito como ruptura de la relación de *reconocimiento intersubjetivo*.¹²⁹⁷

La primera línea argumentativa de HEGEL tiene su desarrollo en la época de Frankfurt, y concibe el actuar delictivo como una *acción legisladora*: con su delito, el autor hace una afirmación con pretensión de universalidad.¹²⁹⁸ Dado que el autor es un ser racional, la comisión de un delito expresa la pretensión subjetiva de instaurar una pauta orientativa de conducta con alcance universal. En esta interpretación del delito como actividad legisladora, de hecho, reside el fundamento que permite aplicarle la pena al autor: castigar al autor, no es más que el acto de subsumir a dicho agente bajo la ley que él mismo se ha dado. Solo bajo esta forma se hace inteligible la concepción hegeliana del castigo como *derecho del autor* y, por ello, esta línea de argumentación se denomina «*justificación subjetiva del castigo*», queriendo referir que el argumento se esgrime frente al autor que sufre la imposición de la pena.¹²⁹⁹

Bajo la segunda línea argumentativa, que es la más relevante y desarrollada posteriormente por HEGEL, el delito constituye una *acción* mediante la cual el autor desconoce el carácter de sujeto de derechos de la víctima: se trata de una negación de la capacidad jurídica de otra voluntad subjetiva. Como tal, constituye un comportamiento a través del cual el autor se *auto-sustraе* de la trama de reconocimientos recíprocos que configuran la base de la vinculación personal en el Derecho. La ruptura o desconocimiento de la intersubjetividad básica –que es «*la figura culminante* [o punto

¹²⁹⁷ SEELMANN distingue entre el ‘argumento de la auto subsunción’ (*Selbstsubsumtionsargument*) y el ‘argumento de la pérdida de reconocimiento’ (*Anerkennungsargument*). Véase SEELMANN, *Anerkennungsverlust und Selbstbehauptung. Hegels Strafrechtstheorie*, 1995; EL MISMO, «Hegels Strafrechtstheorien», en v. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum? ...*, 2011, pp. 79 y ss. En todo caso, se trata sustancialmente de lo mismo.

¹²⁹⁸ De hecho, esta pretensión de universalidad es un carácter que se encuentra implícito en todo acto libre expresivo de la autodeterminación y, por ello, también en el delito. Sobre el «actuar constitutivo de injusto» (*Unrechtstun*), como toma de posición cualificada (*qualifizierte Stellungnahme*) y, por tanto, como expresión concreta del principio de autodeterminación (*Selbstbestimmungsprinzip*) del agente, PAWLIK, *Normbestätigung ...*, 2017, pp. 29 ss.

¹²⁹⁹ DU BOIS-PEDAN, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (29-1), 2016, pp. 39 ss. Sin embargo, aclara el autor (p. 39) que en su tarea de revisión hegeliana acerca del papel del Estado en el castigo y la legitimación de su imposición frente al autor, «[...] tanto el argumento “objetivo” de Hegel (que la pena manifiesta la nulidad del crimen), como el argumento “subjetivo” (vinculación de la justificación del castigo a la voluntad racional del infractor), pueden configurar herramientas a las que deba recurrirse a fin de responder a cada una de las preguntas aquí formuladas. [Pero que] no es necesariamente el caso de que la justificación “objetiva” sea el único argumento con el que se pueda contar para explicar el papel del Estado en el castigo; ni puede ser suficiente para la justificación de la pena vis-à-vis con el delincuente, que su castigo es producto de su “libre voluntad” en el sentido de la justificación “subjetiva” de Hegel acerca del castigo». También la denominación es utilizada por LESCH, *La función de la pena*, 199, pp. 14 y 16; y por FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución ...*, 2014, pp. 33 y 36.

de inflexión] *del espíritu subjetivo*»¹³⁰⁰ retrotrae al autor a la instancia previa al espíritu objetivo, negando con ello la libertad toda en su existencia, como «*principio y fundamento sustancial de todo Derecho*». ¹³⁰¹ Su contraparte conceptual, la acción punitiva del Estado, manifiesta la nulidad de esta negación del Derecho y restituye el reconocimiento intersubjetivo que el autor ha desconocido, reparando el lazo que este ha quebrantado con su hecho. ¹³⁰² La doctrina se refiere a esta línea argumental como la «*justificación objetiva del castigo*». ¹³⁰³

Estas dos líneas de argumentación se encuentran íntimamente entrelazadas. En virtud de la primera, el autor del delito no podrá esgrimir ninguna razón válida para evitar ser castigado: frente a él, la pena se encuentra justificada, en la medida en que se trata de una aplicación del contenido de la máxima que él mismo ha esgrimido como vinculante. Sin embargo, esta dimensión subjetiva no nos dice nada acerca de la prestación retributiva de la pena. Esta prestación solo entra en escena con la justificación objetiva: una vez cometido el injusto, las acciones punitivas solo deben imponerse cuando resulten imprescindibles para el (re)establecimiento del lazo jurídico que vincula a las personas en Derecho (*Wiederherstellung*). Sin embargo, en la medida en que esta segunda dimensión no se ponga en conexión con la primera, será inentendible la exigencia de que la acción punitiva recaiga sobre el autor del delito. Esta exigencia, de hecho, solo puede ser entendida cuando uno vuelve a la primera línea argumentativa y, a partir de allí, se afirma que es el autor quien debe ser castigado, porque es para él su derecho. ¹³⁰⁴

La dimensión más relevante del delito, aquello que lo define como acción nula en sí misma, según dijimos, es su pretensión de negar la personalidad de otro sujeto. Por lo tanto, la respuesta jurídica capaz de restablecer el vínculo debe poner de manifiesto esa nulidad y, por tanto, la prestación de la pena debe consistir en una «*supresión conceptual*» del delito. Lo que debe determinarse, entonces, es *cómo* opera esta especie de supresión conceptual. Para ello, podría ser útil recordar el verbo literal por el autor utilizado para designarla: *aufheben*. Este significante, si bien en el lenguaje coloquial es traducido generalmente como «*derogar, revocar, neutralizar o anular*», en '*lenguaje hegeliano específico*' –esto es, de acuerdo con su *Ciencia de la Lógica*– posee un significado más preciso y, también, de carácter doble. Ganar en claridad justifica aquí la transcripción completa:

¹³⁰⁰ La terminología pertenece a PAWLIK, en EL MISMO, *La libertad...*, 2010, p. 25.

¹³⁰¹ HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Obras, t. XII, 1986, p. 254. La cita ha sido tomada de PAWLIK, *Normbestätigung...*, 2017, p. 25.

¹³⁰² MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 15.

¹³⁰³ DU BOIS-PEDAN, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (29-1), 2016, p. 39; LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 16.

¹³⁰⁴ En este sentido, MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 15.

«El eliminar (aufheben), [...] representa uno de los conceptos más importantes de la filosofía, una determinación fundamental, que vuelve a presentarse absolutamente en todas partes, y cuyo significado tiene que comprenderse de manera determinada, y distinguirse especialmente de “la nada”. Lo que se elimina (lo eliminado) no se convierte por esto en la nada. La nada es lo inmediato; un eliminado, en cambio, es un mediato; es lo [ahora] no existente pero como resultado, salido de un ser. Tiene por lo tanto la determinación, de la cual procede, todavía en sí. La palabra aufheben [eliminar] tiene en el idioma [alemán] un doble sentido: significa tanto la idea de conservar, mantener, como, al mismo tiempo, la de hacer cesar, poner fin. El mismo conservar ya incluye en sí el aspecto negativo, en cuanto que se saca algo de su inmediatez y por lo tanto de una existencia abierta a las acciones exteriores, a fin de mantenerlo; -de este modo, lo que se ha eliminado es a la vez algo conservado, que ha perdido solo su inmediatez, pero que no por esto se halla anulado-».¹³⁰⁵

Aplicado a la justificación (objetiva) del castigo, la *supresión* del delito implica tanto la cancelación conceptual del mal delictivo, como también la preservación de la voluntad común: *la negación de una negación* a través de la cual se *restaura el Derecho*. A ese doble efecto de las acciones punitivas, de *cancelación* del delito y *restauración* del Derecho, HEGEL se refiere como ‘*compensación retributiva*’ o ‘*restitución*’.¹³⁰⁶ Sin embargo, es fundamental advertir que esta secuencia conceptual no puede ser entendida como algo que tiene lugar exclusivamente en el nivel del Derecho abstracto. Si la práctica punitiva tuviera por objeto restaurar ese Derecho abstracto, entonces el castigo bien podría ser impuesto a manos de particulares, pues ese ordenamiento *a priori*, dijimos, no es más que contingencia a plena disposición de los particulares. En la lógica hegeliana, la secuencia no puede quedar encerrada eternamente en sí misma, en el mismo nivel inicial de complejidad mínima y de máxima abstracción [*Derecho abstracto*].¹³⁰⁷ Por el contrario, la experiencia de *lo ilícito* y su *supresión* constituyen un mecanismo *dialéctico* que, como tal, debe impulsar el movimiento entre categorías que

¹³⁰⁵ HEGEL, *Ciencia de la lógica* (trad. de Augusta y Rodolfo Mondolfo), 5ª ed., v. I, 1982, Libro I, Sección I, Capítulo 1, C., nota 8. Por esta razón es erróneo afirmar, como hace QUINTON, «On punishment», *Analysis* (14-6), Junio 1954, pp. 133-142, que en la doctrina hegeliana de la pena –entendida como «anulación del delito»– la función del castigo es *lograr un estado de cosas similar* al que existiría si jamás se hubiere producido el injusto. «Aufheben» no es hacer desaparecer ni retrotraer a un estado anterior. La filosofía dialéctica sólo se mueve hacia delante y la experiencia de lo ilícito es una instancia fundamental para el movimiento entre el Derecho abstracto y la moralidad. En idéntico sentido, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 54, destaca que el «aufheben» hegeliano «*tiene el doble sentido de ‘contener’ [erhalten] y ‘poner fin’ [ein Ende machen]*».

¹³⁰⁶ El vocablo específico utilizado por HEGEL es «*Wiedervergeltung*» y ha sido traducido de diversas formas.

¹³⁰⁷ SCHILD, «Hegels Theorie der Strafrechtsinstitution», en v. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?...*, 2011, p. 106: todo lo que podemos decir acerca del castigo, en el nivel dialéctico del Derecho abstracto, es que se trata de una segunda instancia coercitiva, que responde al acto de primera coerción del autor (el injusto como negación del Derecho), y que solo respecto a esta cualidad –la de ser una respuesta coercitiva– es legítima.

nos acerca hacia la Idea del Derecho (que aglomera el concepto y la realización del Derecho).

La pena re-construye la trama de reconocimientos recíprocos de la cual el autor se ha auto-sustraído mediante su delito. Debe recordarse, sin embargo, que esa auto-sustracción del autor, mediante el injusto, es necesaria para que efectivamente el Derecho se constituya como tal. De esta manera, queda en evidencia el carácter dinámico de la construcción hegeliana: la pena no restablece un *status quo* que existía de forma previa a la comisión del hecho, como si se tratara de reparar algo que «se ha roto». La acción punitiva del Estado *contribuye* a la (re)construcción del Derecho que, en HEGEL, no es más que una praxis en constante movimiento.¹³⁰⁸

Es por ello que los castigos impuestos en el estadio del Derecho abstracto no constituyen verdaderas *penas*, sino que se trata de actos de venganza a manos de particulares (que bien podrían ser justos en su contenido, pero que jamás podrían ser justos en su forma). Si la teoría hegeliana del castigo estuviera completamente contenida en la sección del Derecho abstracto, entonces el delito y su supresión mediante la pena deberían ser cuestiones absolutamente independientes del Estado de Derecho y de las instituciones judiciales. La instancia del Derecho abstracto, entonces, solo nos permite dar cuenta de la relación estrictamente *conceptual* entre delito y pena, pero no del delito y la pena en su *existencia*. En palabras de SCHILD «una teoría de la sanción penal propiamente estatal no se encuentra en estos parágrafos [del Derecho abstracto]». ¹³⁰⁹

Para clarificar el «contenido existencial» de esa relación y dar una visión completa acerca del castigo, es indispensable tener en cuenta los demás niveles en los que se desarrolla la libertad hasta convertirse en la Idea del Derecho.¹³¹⁰ En esas consideraciones posteriores, HEGEL no abandona el núcleo retributivo de su estructura argumental (recuérdese que cada estadio incluye el anterior y que la pena en su *concepto* es retribución, de manera tal que el Derecho abstracto *reaparece* en el nivel de la sociedad civil). Sin embargo, al exponer la forma en la que ha de determinarse la

¹³⁰⁸ Sobre esto, véase Capítulo III, Apartado III (pp. 94 ss.).

¹³⁰⁹ SCHILD, «Hegels Theorie der Strafrechtsinstitution», en V. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?...*, 2011, p. 106.

¹³¹⁰ En este sentido, DU-BOIS PEDAN, «Hegel and the Justification of Real-world Penal Sanctions», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (XXIX-1), Febrero 2016, 37-70, p. 48: «el castigo y el crimen son, [...], conceptos mucho más complejos en esta etapa [moralidad y eticidad] que cuando se introduce el concepto desnudo de castigo retributivo (como infracción anulatoria de la primera infracción del derecho) en el derecho abstracto. En la moralidad, el delito adquiere las ‘determinaciones cuantitativas y cualitativas’ de lesiones reales a intereses específicos». Idéntico, FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución...*, 2014, p. 41: «No se debe olvidar, si se quiere entender correctamente el pensamiento hegeliano, que estas referencias a la pena concreta ya no se hacen en el ámbito del Derecho abstracto, sino de la eticidad».

medida del castigo, lo hace en términos explícitamente sociales, alejándose de la visión retributivo-idealista o metafísico que tradicionalmente se le pretende asignar.¹³¹¹

*«Lo importante es que el Derecho abstracto efectivamente reaparece en esta discusión. Recordemos que, para Hegel, el auto-desarrollo de la lógica especulativa –desde una concepción abstracta a una más concreta y verdadera de la realidad– implica que cada avance conceptual contiene todos los que le preceden. Del mismo modo, la visión de HEGEL sobre el castigo en la sociedad civil “contiene” su visión del castigo en el Derecho abstracto».*¹³¹²

Existen aquí dos dimensiones complementarias que deben ser necesariamente distinguidas: por un lado, una *dimensión conceptual* del comportamiento delictivo, como destrucción de la relación de reconocimiento recíproco o «ataque contra la existencia de la libertad»,¹³¹³ y, por el otro, una *dimensión fáctica concreta* –el delito es aquí un ataque dirigido contra la «existencia de la libertad en su aspecto exterior»¹³¹⁴ protegido por la ley positiva-. Bajo la dimensión conceptual, es evidente que cada acto delictivo es siempre igual a otro, pues todos lesionan la libertad en cuanto existencia como tal. Lo mismo sucede con la pena, pues conceptualmente cada acción punitiva es siempre igual a otra, pero las diferencias cuantitativas y cualitativas entre los distintos delitos encuentran también reflejo en la cuantía de acción punitiva, esto es, en función del ataque a la existencia concreta de la libertad.¹³¹⁵

El restablecimiento del Derecho posee en HEGEL una «*dimensión histórico-dialéctica*, [pero] *también* [una dimensión] *funcional-social* y *por tanto* [el autor] *diferencia una necesidad interna y una necesidad externa de la pena*».¹³¹⁶ Respecto de la primera, el autor remite al delito y su superación –tal y como los concibe en el Derecho abstracto– pero la necesidad externa de la pena sólo puede quedar en evidencia si se repara en la *función social* que desempeña el castigo dentro del marco de una determinada y concreta sociedad civil. Si el fenómeno del castigo se mantuviera encerrado en el Derecho abstracto, serían los individuos [en el marco de ese «...*plexo de relaciones intersubjetivas fundadas sobre el reconocimiento recíproco* [cuya objetividad] *es sólo aparente y abstracta*»] quienes determinarían la medida e impondrían el castigo.¹³¹⁷ En

¹³¹¹ En el mismo sentido, BROOKS, *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain* (49/50), 2004, p. 123.

¹³¹² BROOKS, *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain* (49/50), 2004, p. 121.

¹³¹³ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 12.

¹³¹⁴ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 94

¹³¹⁵ HEGEL, *Principios...*, 2ª ed., 1999, § 96. Dado que solo puede vulnerarse una voluntad *existente*, y que la *existencia concreta* de una voluntad, como la de cualquier otro ente, posee una cierta extensión cuantitativa y determinadas cualidades que la hacen, en cada caso, diferente, el aspecto objetivo del crimen será diferente si esa existencia determinada es vulnerada en toda su extensión o solo en una parte.

¹³¹⁶ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 17. La distinción entre necesidad interna y externa es propiamente hegeliana.

¹³¹⁷ MIZRAHI, *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, p. 9.

este esquema, más allá de la plausible justicia material del castigo privado, la venganza es –en su forma– una mera voluntad subjetiva y, como tal, puramente contingente.¹³¹⁸ Para que el restablecimiento del Derecho tenga lugar de forma correcta, es necesario incorporar la segunda, el concepto de la sociedad civil (que sólo se presenta en un nivel dialéctico posterior), pues el colectivo es quien determina la gravedad de los castigos. Dicho de otro modo, la pena restablece la validez de las leyes de una concreta sociedad determinada, de una realidad conforme a Derecho y no del Derecho abstracto *per se* en solitario considerado, pues «*el delito nunca puede afectar el concepto de Derecho, sino solo su idea; es decir, a su realización en la sociedad*». ¹³¹⁹ No resulta particularmente necesario insistir aquí en que, como consecuencia de esto, la medida de la pena concreta en HEGEL no viene determinada a través de una relación constante e invariable entre el delito y la pena, sino a partir de una vinculación histórica y mutable entre ambos que depende del estado de evolución de una sociedad concreta.¹³²⁰

2.3. Conclusión

Tomando una visión de conjunto sobre la obra de Hegel, no resulta extraño que los cuestionamientos acerca del carácter *absoluto* de su teoría de la pena comiencen a ser cada vez más frecuentes y alcancen un nivel de intensidad cada vez mayor. En esto, como es usual, las actitudes adoptadas por la doctrina han sido dispares. Algunos sectores se han mostrado más cautos, señalando HÖRNLE que «*tanto para Hegel como también para Kant, rige la posibilidad de lecturas acentuadas de forma distinta*». ¹³²¹ Otros sectores han ido un poco más lejos, calificando a la teoría hegeliana directamente como relativa y, en algunos casos, incluso como algo con tintes preventivos. En esta línea, NAUCKE ha dicho que «*la teoría absoluta de la pena de los seguidores de Hegel,*

¹³¹⁸ LESCH, *La función de la pena*, 1999, p. 18.

¹³¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución ...*, 2014, p. 42. El delito es coacción contra la existencia concreta de la voluntad y, como tal, solo puede afectar el Derecho en cuanto Derecho, esto es, en tanto ordenamiento efectivamente practicado. La pena, por tanto, no confirma el contenido estático de una norma de comportamiento (quebrantada de modo culpable), sino la praxis jurídica en sentido total, de la cual esa norma solo forma parte.

¹³²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución ...*, 2014, p. 40, aduce que para «*entender correctamente el pensamiento hegeliano en esta materia, habría que relacionar este § 101 con las consideraciones del § 214 en el que Hegel afirma rotundamente que la determinación de la cantidad de pena es algo arbitrario y casual que no tiene nada que ver con una medida ideal de acuerdo al concepto de justicia, así como con las del § 218, donde insiste Hegel en que la determinación de la pena depende del estado de la sociedad. [...] Es decir, el tema de la pena concreta ya no es un problema conceptual, sino una cuestión de racionalidad pragmática*».

¹³²¹ HÖRNLE, en V. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?...*, 2011, p. 16. Razón por la cual entiende la autora que «*no es obligatoria una clasificación [de partidarios de una teoría absoluta] para aquellos que utilizan los textos clásicos*». Con anterioridad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 2010, p. 328, se pronunció en esta misma línea: «*resulta más que discutible que los demás autores tradicionalmente calificados de retribucionistas conciben a la pena como desprovista de fines sociales. Tal misión social aparece ya en el planteamiento de Hegel a través de la idea de “restablecimiento del Derecho” y, a mi entender, no está ausente en el planteamiento de ningún declarado retribucionista*».

es solo una teoría de la pena relativa encubierta». ¹³²² FROMMEL entiende, en esta línea, que las doctrinas sobre el castigo predominantes en el siglo XIX eran «teorías relativas encubiertas bajo el manto de lo absoluto», ¹³²³ puesto que la retribución clásica constituye, en realidad, una teoría *preventiva* que tiene (y siempre ha tenido) como función primordial, el mantenimiento del Derecho. ¹³²⁴ En lengua castellana, FEIJOO SÁNCHEZ se ha mostrado también cercano a esta perspectiva al afirmar que «[en] el modelo hegeliano, la concreta configuración de la pena [es] **relativa** de acuerdo con la estabilidad de la sociedad. [...]». ¹³²⁵ Sea como fuere, espero haber demostrado la pretensión inicial: toda teoría hegeliana del castigo que pretenda ser coherente con el sistema filosófico del autor, necesita incorporar la dimensión social del delito y de la pena, ¹³²⁶ su prestación retributiva en el marco de un proceso de realización práctica del Derecho y, en consecuencia, calificarla de *absoluta* (en los términos clásicos) es evidentemente erróneo.

¹³²² NAUCKE, en BLÜHDORN *et al.* (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (v. VIII), 1969, p. 42. Véase también CUELLO CONTRERAS, «La Ideología de los fines de la pena», *ADPCP* (33-2), pp. 423 ss.

¹³²³ FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, p. 97.

¹³²⁴ Así, FROMMEL, «Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht», en ALBRECHT *et al.* (eds.), *FS-Schüler*, 1993, p. 271, arguye que «la pena en el modelo clásico de retribución... es protección de la norma. La teoría era y es preventiva: su finalidad es el mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada». Véase también ALCACER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa* (25), 2002, pp. 139-175.

¹³²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 41.

¹³²⁶ LESCH, *Función de la pena*, 1999, pp. 11-12 y, fundamentalmente, 46-49.

CAPÍTULO A-III

WARUM NICHT MIT BLUMEN? (¿POR QUÉ NO CON FLORES?)

Según dijimos en el cuerpo principal del texto, cualquier justificación de la praxis punitiva que quiera introducir la dimensión comunicativa entre sus premisas, deberá lidiar con la objeción de los símbolos con los que pretende comunicar el reproche punitivo. La versión más difundida de esta objeción, se conoce como el «*argumento del ramo de flores*» y asienta su eje principal en el carácter convencional y contingente de los símbolos punitivos: si la restricción de derechos del culpable no es más que un mecanismo convencional para la expresión del reproche, entonces ¿por qué no modificarlo? En este brevísimo Capítulo auxiliar, se ofrece una descripción detallada de los pasos que da el «*argumento del ramo de flores*» (1), pues puede ser útil para descubrir cuáles son sus fortalezas y cuáles sus debilidades. En el punto siguiente (2), analizamos con un poco más de detalle si, desde el punto de vista de la teoría de la comunicación y del lenguaje, las cosas son tan sencillas como el argumento pretende hacernos creer.

I. Los pasos del argumento del *Blumenstrauß-Argument*

1. La acción punitiva es una acción comunicativa de expresión de reproche merecido.
2. Las convenciones (C) son las que determinan cómo debe ser expresada la reprobación merecida.
3. Por lo dispuesto en 2., la convención social al uso ha determinado que una restricción de derechos (RD) del agente es el mecanismo adecuado para la expresión del reproche merecido.
4. La (RD) de un agente constituye un estado de cosas jurídicamente disvalioso en sí mismo y que, en lo posible, debemos evitar (o reducir).
5. Las (C) son modificables o revisables.
6. En virtud de lo afirmado en 4., en caso de que existan prácticas alternativas (PA) para la expresión del reproche merecido, que no impliquen un estado de cosas jurídicamente disvalioso (o impliquen uno menos disvalioso), entonces esas (PA) deben ser elegidas de modo preferente.
7. En virtud de 2. y 5., es posible convenir que la reprobación merecida se exprese, p. ej., mediante la entrega de un ramo de flores.
8. Entregar un ramo de flores no es una (RD) ni un tratamiento severo, pero sí puede erigirse en una (PA).
9. Por aplicación de 6. y 7., debe preferirse la (PA) «entrega de flores».
10. Las restricciones de derechos que implican nuestras prácticas punitivas, entonces, no están justificadas y, en consecuencia, deben ser abolidas.

II. El análisis del argumento

Como es fácil de advertir, la premisa número 3. es el centro de gravitación de toda teoría comunicativa de la pena, pues reconoce expresamente que ciertas restricciones de derechos constituyen una adecuada forma de expresar el reproche merecido por la realización de una conducta que se considera incorrecta. En este sentido, si la premisa 3. fuera del todo incorrecta, entonces no tendríamos ninguna posibilidad de construir una teoría retributivo-comunicativa de la pena. Sin embargo, negar esta premisa es algo particularmente difícil y, por esa razón, el argumento del ramo de flores no dirige sus ataques contra ella. Los críticos de toda teoría comunicativa de la pena, en verdad, no desconocen el hecho de que ciertas restricciones de derechos pueden considerarse mecanismos adecuados de desaprobación. La objeción del *Blumenstrauß-Argument*, ataca nuestras concretas prácticas punitivas asumiendo también, como puntos de partida, tanto el carácter convencional de los mecanismos de expresión punitiva, como el carácter jurídicamente disvalioso de toda restricción de derechos de un agente. Los problemas que genera esta última afirmación ya han sido afrontados en el Capítulo III de esta investigación. Por eso, a continuación, nos ocuparemos de analizar, con un poco más de detalle, si las *derivaciones* que se hacen del primer punto de partida son correctas.

El carácter convencional de los mecanismos de expresión punitiva es algo evidente. Quien no acepte las premisas 2. y 5., evidentemente, tendrá serias dificultades para explicar la evolución de las formas de expresar desaprobación en nuestras sociedades modernas. La continua pero incesante sofisticación y disminución de la crueldad que han experimentado nuestros mecanismos punitivos solo puede comprenderse a partir de esta premisa. El problema del argumento analizado radica, esencialmente, en el salto lógico que se hace a partir de dichas premisas. En efecto, a partir del carácter convencional de un símbolo determinado, el argumento deriva una conclusión provisional que es absolutamente injustificada: dichas convenciones pueden ser reemplazadas discrecionalmente. Si se observa de forma detenida el argumento, la premisa 7. recurre precisamente a la premisa 5. para sostener, livianamente, la posibilidad de reemplazar nuestros actuales mecanismos de expresión punitiva por una práctica alternativa: regalar flores. Pero esto es absolutamente falso: nuestros símbolos punitivos, como hemos visto en el Capítulo III, no constituyen una elección completamente arbitraria, sino el producto de un complejo entramado de prácticas reactivas, que tienen su eje de rotación en el principio de autodeterminación y la libertad del individuo.

Por esa razón, el contenido de la premisa 9. no tiene capacidad de convencimiento alguna. En este sentido, dicha premisa pretende fundamentar la posibilidad de modificar nuestras prácticas punitivas a partir de una *mera posibilidad abstracta* de una práctica

alternativa (sostenida en la premisa 8.). Pero lo cierto es que regalar flores, como forma de reproche, no constituye una práctica alternativa inmediatamente disponible en la sociedad actual. Más bien, resulta evidente que dicha práctica alternativa no está disponible; y aún más: es probable que, sencillamente, no lo esté nunca. Nuestras sociedades y sus ordenamientos jurídicos (al menos en un Estado democrático de Derecho) están organizadas con base en la idea de autodeterminación del ciudadano y, por tanto, el centro de gravitación es la idea de *libertad*; no la botánica.

Lo mismo cabe decir de otras prácticas alternativas que, a pesar de representar una menor restricción de los derechos del agente, tampoco pueden ser adoptadas como mecanismos de expresión de reproche. Un ejemplo cinematográfico puede ser útil: cuando *Cersei Lannister* ha sido acusada y se encuentra privada de libertad, el *Corrión Supremo* le concede la opción de confesar y transitar el «camino de la vergüenza». El ritual consiste en atravesar la ciudad caminando, completamente desnuda y con el pelo rapado, a la vista de todo el pueblo, quien escupe y arroja basura sobre ella. En la actualidad, es muy probable que cualquier sujeto, si le diéramos la posibilidad de elegir, prefiera pasar –al igual que *Cersei*– por una experiencia personal altamente degradante antes que ser privado de su libertad por varios años. Sin embargo, tales mecanismos de reproche no están disponibles porque, sencillamente, los consideramos vejatorios: rompen el reconocimiento recíproco que es la base de nuestra praxis punitiva.¹³²⁷

Al margen de lo sostenido, cierto sector de la doctrina señala que el argumento del ramo de flores adolece de una dificultad lógica adicional: la afirmación contenida en la premisa 8. presenta dificultades epistémicas, pues resulta del todo cuestionable concluir, en el vacío, que la entrega de un ramo de flores no pueda representar un tratamiento severo. Para juzgar si algo constituye o no un *tratamiento severo*, deberíamos considerar la situación en la que nos encontramos *luego* de que han sido modificadas las convenciones. Debemos preguntarnos ¿cómo sería una sociedad en la que se exprese desaprobación regalando flores?, ¿qué prácticas sociales hay en ella y cómo se relaciona esta nueva práctica alternativa con las demás? Para que el argumento sea epistemológicamente viable, deberíamos proponer un *sistema* de convenciones completamente nuevo –al cual la convención alternativa debería de pertenecer–, de manera tal que pudiéramos distinguir allí qué es un tratamiento severo y qué no. La objeción, entonces, puede resumirse como sigue: puede que la entrega de un ramo de flores no constituya un tratamiento severo, pero resulta que esa afirmación solo es viable en la medida en que ya se ha introducido la práctica alternativa, y no como premisa o razón *para* introducirla.¹³²⁸

¹³²⁷ Acerca de la admisibilidad de las denominadas «penas vergonzantes», véase, con mayores referencias, MARKEL, «Are Shaming Punishments Beautifully Retributivist? Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate», *Vanderbilt Law Review* (54-6), 2001; HARRIS/MARUNA, «Shame, Shaming and Restorative Justice: A critical appraisal» en SULLIVAN/TIFF (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, 2006, pp. 452 ss.

¹³²⁸ Véase ZÜRCHER, *Legitimation...*, 2014, pp. 161-162.

CAPÍTULO A-IV

EL CONCEPTO DE FUNCIÓN EN LA BIOLOGÍA Y SU TRASLADO A LAS CIENCIAS SOCIALES

En el cuerpo principal del texto, destacamos que la introducción del concepto de función a las ciencias sociales, concretamente a la sociología, se produjo a través de la vinculación con las ciencias biológicas. Asimismo, destacamos que la identificación entre el concepto de función y la idea de «*efecto útil*», no es más que el producto de una «*transición semántica ilícita*». En este breve capítulo auxiliar pretendemos identificar, con un poco más de precisión, cómo se produjo esa transición semántica en el ámbito de la propia biología. Para ello, debemos especificar los distintos sentidos en los que se utiliza el término función dentro de las ciencias biológicas. En este campo, el término función admite –al menos– *cinco significados* distintos, vinculados entre sí por una relación de *implicancia sucesiva*. El orden de exposición que aquí se sigue, justamente, responde a esa relación de implicancia, pues la comprensión de los dos primeros resulta imprescindible para dar cuenta de los siguientes tres. Las relaciones entre los conceptos se expresan, finalmente, mediante un pequeño gráfico.

1. La función como actividad (biótica) interna

En un primer sentido, la función se define, simplemente, como «*la actividad interna de un determinado sistema o subsistema orgánico*».¹³²⁹ Este significado se corresponde, prácticamente, con la etimología de la palabra y, por tanto, el hecho de que esas actividades puedan presentar (o no) alguna *utilidad*, resulta aquí *completamente irrelevante*. Simplemente se trata de la actividad *en sí misma* considerada, de «*todos los procesos que ocurren dentro*»¹³³⁰ de esa entidad. A este concepto de función lo designaremos aquí con la abreviatura $[f_{(x)}^1]$.

2. La función como actividad (biótica) externa

En la ciencia biológica, sin embargo, parece evidente que ninguna entidad orgánica opera en el vacío ni se encuentra aislada; por esa razón, las actividades internas de las entidades $[f_{(x)}^1]$ siempre se encuentran, de algún modo, *relacionadas*: bien con otras entidades distintas y/o directamente con el organismo al cual todas ellas pertenecen.¹³³¹

¹³²⁹ MAHNER/BUNGE, *Philosophy of Science* (68), 2001, p. 76. Esta definición de la función como actividad interna es tan amplia que puede designar tanto procesos a nivel micro como también a nivel macro, razón por la cual su ámbito de aplicación es generalmente reducido mediante el calificativo de “biológicamente relevante”.

¹³³⁰ MAHNER/BUNGE, *Philosophy of Science* (68), 2001, p. 76.

¹³³¹ Acerca del carácter o *propiedad contributiva* de la actividad como elemento restrictivo del concepto de función, afirma MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, p. 195, que «*el énfasis aquí*

A partir de aquí, la actividad puede ser considerada desde el punto de vista de las *relaciones* que mantiene con otras entidades o con el organismo total; por ello, la función puede definirse aquí como «*actividad externa o rol*». ¹³³² En este segundo sentido, la palabra función designa el *impacto* que la actividad produce en el sistema al cual pertenece; y a este concepto de función lo designaremos como $[f_{(x)}^2]$.

Valga el ejemplo siguiente: si el corazón es la entidad, al menos una de sus actividades internas consiste en realizar contracciones rítmicas $[f_{(x)}^1]$. Si se considera esa actividad (interna) desde el punto de vista del impacto que produce en organismo al que pertenece $[f_{(x)}^2]$, la función se concibe como una *externalidad o rol* (bombear sangre al resto de los órganos).

Al igual que en el caso de $[f_{(x)}^1]$, este concepto de función como actividad externa debe ser distinguido de la noción de utilidad. Las $[f_{(x)}^2]$ comprenden *todas* las externalidades (negativas, positivas y neutras) que la actividad interna genera.

En el ejemplo citado: la actividad externa de bombear sangre puede generar también externalidades negativas, pues si una arteria está rota, la $[f_{(x)}^2]$ tendrá un impacto negativo para el organismo. ¹³³³

3. La función como actividad total: «internal cum external activity»

En el ámbito de la biología, entre $[f_{(x)}^1]$ y $[f_{(x)}^2]$, necesariamente existe una relación de *interdependencia causal*. Desde el punto de vista de la relación misma, entonces, es posible combinar ambos sentidos previos y dar lugar a una tercera noción del concepto de función, como *actividad total*, y que aquí designamos con la sigla $[f_{(x)}^3]$.

está dado en la contribución de los órganos específicos a la vitalidad total del organismo, y la función ha sido definida a veces en este sentido restrictivo [...]».

¹³³² Estas dos connotaciones son bien diferenciadas en la lengua alemana o la francesa, pues existen términos específicos para cada una de ellas: *funktionieren – fungieren (Rolle); fonctionnement - fonction*. Sin embargo, resulta difícil creer que en la lengua castellana no sea posible encontrar términos capaces de reflejar el sentido de la distinción, tal como los que aquí utilizan (*actividad y externalidad*).

¹³³³ En este sentido, MAHNER/BUNGE, *Philosophy of Science* (68), 2001,, p. 77: «*el rol [actividad externa o $f_{(x)}^2$] de un subsistema orgánico es lo que hace en el súper sistema del cual forma parte. De nuevo, esta noción comprende todos los roles de un subsistema dado, y no está involucrada con la utilidad de ninguna actividad*»; Una aclaración más: el hecho de que la externalidad no necesariamente signifique una *utilidad*, no implica la ausencia total de *valoración*. Toda noción de función como externalidad presupone una cierta valoración por parte del observador que la describe. Tal como señala SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, p. 33-34: «*las funciones [en este sentido $f_{(x)}^2$] nunca son intrínsecas a la física de ningún fenómeno, sino que son externamente asignadas por observadores [...] “Descubrimos”, en efecto, funciones en la naturaleza. Mas el descubrimiento de una función natural puede tener lugar solo en el marco de un conjunto de asignaciones previas de valor [...]*». Sólo cuando aceptamos que la supervivencia tiene un cierto valor para el organismo podemos hacer una afirmación del estilo “*la función del corazón es bombear sangre*”. En una palabra: «*en lo que atañe a la naturaleza, intrínsecamente considerada, no hay hechos funcionales más allá de los hechos causales. El añadido de la función es relativo al observador*».

Desde esta perspectiva unificadora, la $[f_{(x)}^1]$ del corazón -producir contracciones rítmicas- resulta de interés si y solo si constituye el mecanismo causal a través del cual se realiza la $[f_{(x)}^2]$ -bombear sangre-. Dicho de otro modo, desde la perspectiva de un concepto de actividad total $[f_{(x)}^3]$, la $[f_{(x)}^1]$ solo se considera relevante si con ella podemos *explicar causalmente* la existencia de la $[f_{(x)}^2]$.

El sentido de este concepto de función $[f_{(x)}^3]$, está claro, no agrega más que una *propiedad relacional*, haciendo ver la existencia de una vinculación causal entre los dos conceptos de función anteriores. Por esta razón, tampoco la $[f_{(x)}^3]$ implica *per sé* una noción de utilidad; en otras palabras: la existencia de una relación causal entre $[f_{(x)}^1]$ y $[f_{(x)}^2]$, nada dice acerca de la utilidad de esa vinculación para otra entidad o para el organismo al cual las entidades pertenecen.

4. La función como «aptation», una externalidad positivamente valorada

En este punto debemos poner particular atención, pues aquí se produce la identificación del concepto de función con la idea de *efecto útil*; identificación que MUNCH caracteriza como una «*transición semántica ilícita*». El sentido inicial del término de función, que designaba la existencia de una cierta actividad (acorde a su etimología) adoptará, a partir de aquí, un sentido completamente diferente: se trata de una *actividad instrumental beneficiosa*.¹³³⁴

Esta transición sucede porque la $[f_{(x)}^3]$ de una determinada entidad (actividad interna que causa un impacto) puede ser *objeto de un juicio de valoración instrumental* que se lleva a cabo, generalmente, desde el punto de vista del sistema global al que la entidad pertenece. Tal juicio puede concluir, evidentemente, con tres resultados posibles: *neutro, positivo o negativo*. Si la $[f_{(x)}^3]$ resulta positivamente valorada, se denomina *aptation*; si resulta negativamente valorada, *malaptation*; y, en caso de considerarse neutral, se la designa como *nullaptation*. Aquí, solo resultan de interés las *aptation*, en la medida en que solo cuando una cierta $[f_{(x)}^3]$ sea *positivamente valorada*, dará lugar al cuarto sentido del término función, al que designamos con la sigla $[f_{(x)}^4]$.

En el ejemplo que venimos considerando, el sonido que produce el corazón al realizar la una contracción rítmica puede ser, evidentemente, una $[f_{(x)}^3]$: se trata de una externalidad

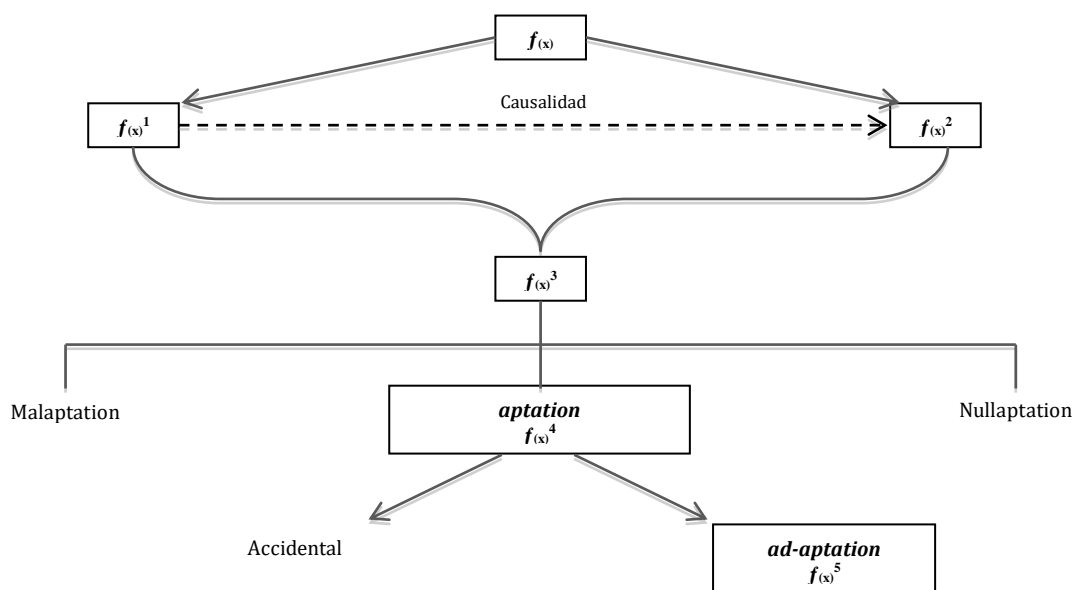
¹³³⁴ MUNCH, *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, p. 197: de esta manera, «[...] *el aspecto funcional de una actividad o performance ya no radica en la actividad en sí misma, sino en su efecto*». Esta nueva propiedad somete el impacto o consecuencia a un juicio de valor, lo cual «*es fuertemente enfatizado con la introducción del concepto negativo de disfunción*». Este nuevo concepto, a la luz del primer significado asignado al término (como actividad en sí misma considerada), «*constituye un absoluto sinsentido*» (p. 198). Pero esto no es todo pues, según señala este autor, a partir de la generalización de esta idea, se ha confundido directamente el concepto de función con el de utilidad. En este sentido, ya no se requiere que el efecto útil provenga de una determinada *actividad*: cualquier efecto útil se equipara a función, incluso si tal efecto se obtiene de un objeto inanimado del cual alguien hace uso: «*una cueva sirve a la función de refugio*».

producida por la contracción rítmica. Sin embargo, no puede considerarse una $[f_{(x)}^4]$, pues tal sonido no representa un efecto que pueda valorarse como positivo para el sistema (es más bien neutro).

5. La función como «ad-aptation»: una externalidad positivamente valorada que es el resultado de una selección natural

Está claro que las $[f_{(x)}^4]$ pueden ser el producto de un mero accidente o casualidad; pero también puede ser posible que, muchas de ellas, representen el resultado de un proceso natural evolutivo. MAHNER/BUNGE denominan a estas últimas (aquellas $[f_{(x)}^4]$ que son el producto de un proceso selectivo natural) como «ad-aptations». A los fines de completar la exposición, nosotros las designamos con la sigla $[f_{(x)}^5]$ pero, en el marco de nuestra investigación, no representan utilidad alguna.

Los diferentes significados del término función que hemos presentado, según dijimos al comienzo, guardan entre sí una relación de implicación lógica: el último de los conceptos *implica* el anterior y así sucesivamente. Dicho gráficamente:



CAPÍTULO A-V

EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA EN EL MODELO DEL DELITO IMPERFECTO

En el texto principal, hemos destacado que el fundamento de la punibilidad de los delitos consumados y de la tentativa, es idéntico. Parece evidente, entonces, que en este ámbito de consideraciones no encontraremos un terreno fértil para explicar por qué el desistimiento solo es posible en el marco de la tentativa (y del delito consumado). Para ello, dijimos, es necesario dirigir la mirada hacia el interior de la propia tentativa; allí debemos encontrar *algo particular*, que explique ese carácter interno o exclusivo de la tentativa que presenta el desistimiento. Una vez que hemos hecho foco en la figura de la tentativa, distinguimos dos caminos teóricos bien diferentes.

Uno de esos caminos, dijimos, concibe a la figura de la tentativa como un *quebrantamiento imperfecto* de la norma de conducta y, en tiempos recientes, ha dado lugar al modelo de la tentativa como una *excepción*; más preciso, como un *delito performativamente imperfecto*. En este sentido, actualmente existe un (reducido) grupo de (destacados) autores que, con base en la «*teoría analítica de la imputación*» y adoptando una particular concepción acerca de las normas de comportamiento, han modificado sustancialmente el contenido de las categorías conceptuales que utiliza la dogmática tradicional.¹³³⁵ De hecho, es precisamente esa diferente visión acerca del contenido de las normas de comportamiento, lo que se manifiesta, de forma particularmente intensa, en la figura de la tentativa y en el instituto del desistimiento. La pretensión de este capítulo auxiliar no es más que proporcionar una breve descripción y análisis crítico de este modelo alternativo, en aras de fundamentar el rechazo que hemos hecho de él en el cuerpo principal del texto.

1. Punto de partida: el contenido de la norma de comportamiento

En la actualidad, la teoría de las normas parece haber llegado a un punto de indubitable acuerdo: todo «enunciado legal o norma secundaria» está precedido, desde un punto de vista lógico, por una «norma de comportamiento o norma primaria». Sin embargo, lo que distingue a la teoría analítica de la teoría tradicional (no exclusivamente, pero sí en lo que aquí interesa), radica en el *contenido o la materia de prohibición* que cada orientación les asigna a las normas primarias o de comportamiento.

Según la doctrina tradicional, las normas de comportamiento constituyen prescripciones o directivas que prohíben (u ordenan) acciones que, desde una perspectiva *ex ante*, son *potencialmente conducentes a la producción* del resultado (que la norma pretende

¹³³⁵ Un análisis comparativo entre ambos modelos (y al mismo tiempo con la perspectiva alternativa), en DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...?*, 2019.

evitar). Por el contrario, los partidarios de la teoría analítica de la imputación (en particular KINDHÄUSER) rechazan esa comprensión de la norma de conducta porque, según afirman, el modelo tradicional confunde la dimensión semántica (el contenido) de la norma con su dimensión pragmática. Desde su punto de vista, las normas de comportamiento solo pueden prohibir (o mandar) conductas que *efectivamente produzcan* el resultado, pues solo esas acciones materializan el estado de cosas que la norma pretende evitar. Mejor dicho: «[la] norma solo se refiere [...] a las acciones efectivamente productivas del resultado típico». ¹³³⁶ Sin entrar en demasiados detalles, dado que aquí es innecesario, cabe reparar en que, una vez modificado el contenido de la norma de comportamiento, se producen tres importantes consecuencias:

a) *El contenido o materia de la prohibición* de estas normas de comportamiento (la dimensión semántica, si se quiere) se identifica exclusivamente con las acciones constitutivas de *delitos consumados*. Las acciones que forman parte de esa materia de prohibición, entonces, se distinguen de las acciones que quedan fuera (aquellas que no causan el resultado) porque solo las primeras se consideran, en sentido propio, *antinormativas*.

b) El carácter *antinormativo* de una determinada acción constituye una *propiedad superviniente*, en la medida en que esa característica (que la conducta ha causado efectivamente el resultado del tipo), es evidente, solo puede predicarse mediante un juicio, para cuya formulación, debemos adoptar una perspectiva *ex post*. ¹³³⁷

c) En la teoría analítica, es indispensable distinguir entre *antinormatividad e infracción de un deber*. En este sentido, cuando el agente realiza una determinada conducta que *todavía* no ha producido el resultado, no es posible predicar el carácter *antinormativo* de su comportamiento, pero sí es posible calificar ese comportamiento como la *infracción de un deber*.

Frente a esto último, la pregunta que surge es: si la norma no prohíbe esas *infracciones de deber no-antinormativas*, ¿de dónde surge el deber infringido por el agente? En la teoría analítica, el deber de abstenerse de realizar ciertas acciones está *fundamentado* en la norma, pero *no está contenido* en ella. Dicho de modo técnico: el quebrantamiento culpable de una norma, mediante la realización de una conducta, es algo que pertenece a la *dimensión pragmática* de esa norma (entendida como razón para la acción), no a su dimensión semántica. En este sentido, tomando como punto de referencia el estado de cosas que la norma pretende evitar, el destinatario de la misma debe realizar un razonamiento individual, un *silogismo práctico* que le permita deducir cuáles son las acciones (previas al resultado) que debe omitir para evitar la producción de ese estado de

¹³³⁶ DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...*, 2019, p. 41.

¹³³⁷ MAÑALICH, *Revista de Estudios de la Justicia* (12), 2010, pp. 172, 177 y ss.

cosas.¹³³⁸ Por eso es que la ejecución de las acciones que no causan efectivamente el resultado, pero que debieron ser omitidas por el agente en virtud del razonamiento práctico, se consideran *una infracción de deber no antinormativa*.

2. La tentativa como «*quebrantamiento declarativamente imperfecto*» de la norma

A partir de la distinción entre antinormatividad (propiedad superviniente – dimensión semántica) e infracción de deber (falta de reconocimiento de la norma como razón vinculante para la acción – dimensión pragmática), una conducta puede ser considerada «*incorrecta*» por dos motivos diferentes. En primer lugar, se puede tratar de una infracción de deber que también son antinormativas (el delito consumado); en segundo, podemos encontrar infracciones de deber no antinormativas (la tentativa). En el primer caso, afirma el modelo analítico, estamos ante un *quebrantamiento declarativamente perfecto* de la norma; en el segundo, ante un *quebrantamiento declarativamente imperfecto* de la norma.

La distinción previamente formulada produce sus consecuencias más fuertes, es evidente, en el ámbito de la tentativa: bajo el modelo de la teoría analítica, no existe ninguna norma de comportamiento cuyo contenido prohíba las conductas de tentativa. Las acciones de tentativa son, en este sentido, «*atípicas*», pues esas conductas –por definición– no producen el estado de cosas establecido en el tipo correspondiente. Para decirlo de modo preciso: las conductas de tentativa no exhiben las «*propiedades respectivamente fundantes de antinormatividad*»,¹³³⁹ de modo que no es posible afirmar que el autor se comporta de modo contrario a la norma.

Como consecuencia, la teoría analítica define la tentativa, en primer término, a partir de lo que *no es*: la propiedad definitoria de la tentativa es el hecho de ser un *delito no consumado* o conducta *deficitaria*,¹³⁴⁰ un «*delito imperfecto*».¹³⁴¹ Y es por esta razón que, en este modelo, la punibilidad de ese comportamiento aparece como una verdadera «*anomalía*»¹³⁴² que debe justificarse. En efecto, la punibilidad de ese comportamiento

¹³³⁸ Para una explicación sucinta, MAÑALICH, «La tentativa como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, pp. 469 ss. En detalle, DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben...?*, 2019, pp. 79 ss.

¹³³⁹ MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, p. 469.

¹³⁴⁰ KINDHÄUSER, «La lógica de la construcción del delito», *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, t. 14, 2009, p. 502; MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, pp. 461 ss. En el modelo tradicional, por el contrario, las acciones previas a la producción del resultado también están prohibidas por la norma de comportamiento y, por tanto, la tentativa implica un quebrantamiento (aquí, culpable) de la norma de comportamiento.

¹³⁴¹ MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, pp. 469: «*toda tentativa de delito consiste en una instancia de quebrantamiento imperfecto de la norma respectiva*»; donde eso significa, según expresa el autor en pp. 475 ss., que lo propio de la tentativa es ser un quebrantamiento de la norma que exhibe una «*imperfecta congruencia performativa*».

¹³⁴² MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, pp. 465 ss.

depende de que podamos justificar que el agente, a pesar de no haberse comportado de forma contraria a la norma, merece ser reprochado por la ejecución de esa conducta. El reproche por esa ejecución se asienta en la idea siguiente: a pesar de que su comportamiento no es contrario a la norma, el agente debió haberlo omitido (debió transformar la norma en motivo para su acción);¹³⁴³ si no ha omitido ese comportamiento, entonces se comporta de modo contrario a deber (la tentativa constituye un verdadero quebrantamiento culpable de un deber que, si bien *no está contenido* en la norma, *está fundamentado* en ella).

3. El desistimiento

3.1. La bidimensionalidad del desistimiento

El punto de partida para entender la propuesta de la teoría analítica en relación con el desistimiento, radica, precisamente, en definir a la tentativa por lo que *no es*; mejor dicho: concebir a la tentativa como *no-consumación*. En efecto, esta premisa es fundamental para comprender por qué MAÑALICH caracteriza el desistimiento como un instituto *bidimensional*, en tanto exhibe una «referencia a la consumación» y, también, una «referencia a la tentativa».

[+] En su *referencia-a-la-consumación*, el desistimiento es aquel comportamiento que *evita o impide la consumación* del hecho y, en esa medida, es la razón última por la que un determinado quebrantamiento culpable (una infracción de deber) no exhibe las propiedades fundantes de la antinormatividad.¹³⁴⁴ El desistimiento es, entonces, un comportamiento posterior que, si bien no puede borrar la existencia de un previo quebrantamiento culpable del deber, impide que este se califique *–ex post–* como antinormativo. Dicho de modo preciso: *el desistimiento es un presupuesto-fundante-negativo del carácter antinormativo del comportamiento que, en esa medida, co-define a la tentativa.*¹³⁴⁵

[+] En su *referencia-a-la-tentativa*, el desistimiento «opera, precisamente, como una condición de exclusión de la punibilidad de la tentativa».¹³⁴⁶ Más preciso: en esta dimensión, *el desistimiento constituye un presupuesto-fundante-negativo de la tentativa-punible.*

¹³⁴³ MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, p. 466.

¹³⁴⁴ La terminología de «referencia a la consumación», según creo, proviene de la idea de «*tatbestandsbezogen*» de BELING.

¹³⁴⁵ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 267: «*por la vía de evitar o impedir (eficazmente) la consumación, el autor co-determina que su comportamiento delictivamente relevante llegue a exhibir el estatus de una tentativa, en vez del estatus de un delito consumado.*».

¹³⁴⁶ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 267.

3.2. «Ubicación normativa» y «función del desistimiento»

A pesar de adoptar un punto de partida diferente en cuanto a la teoría de las normas, los representantes de la teoría analítica de la imputación llegan, en ciertos puntos, a resultados similares a los expuestos en esta investigación. Estas coincidencias respecto de la naturaleza jurídica y la posición sistemática del desistimiento no deberían sorprendernos pues, a decir verdad, el punto neurálgico del debate entre ambas perspectivas se asienta más bien en el *estatus normativo* de las *acciones previas* al resultado; esto es, respecto de la tentativa. En este sentido, los puntos de contacto son perfectamente comprensibles porque, al menos en su *referencia-a-la-tentativa*, la teoría analítica también concibe al desistimiento como un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción (que habilita la punición de la tentativa). En consecuencia, tampoco para la teoría analítica se trata de que el desistimiento borre (o impida) el nacimiento del *injusto* de tentativa, sino que más bien impide la *punibilidad* de ese injusto de tentativa.

Una vez acordada esta «ubicación normativa» resulta que, también para estos autores, el desistimiento debe ser contemplado a partir de la *función* característica que se le atribuye a la norma de sanción. De hecho, KINDHÄUSER tematiza el desistimiento como una toma de posición mediante la cual el agente expresa un reconocimiento positivo de la norma de comportamiento.¹³⁴⁷ Y es precisamente este reconocimiento positivo de la norma previamente quebrantada lo que, según MAÑALICH, «puede volver retributivamente innecesaria la reacción punitiva a la respectiva tentativa».¹³⁴⁸

3.3. El «estatus deóntico» del desistimiento

Ahora bien, la toma de posición revisionista que implica el desistimiento, puede tener lugar a través de dos modalidades distintas. Para especificarlas, la teoría analítica –al menos en el modelo de la tentativa como delito imperfecto expuesto por MAÑALICH– pretende rescatar la utilidad de la distinción fáctica entre tentativa acabada e inacabada. Sin embargo, debe tenerse presente que dicho rescate tiene lugar mediante herramientas completamente diferentes a aquellas que utiliza la teoría tradicional. En efecto, a diferencia de lo que sostiene el modelo dominante, el acabamiento de la tentativa no determina aquí el carácter *omisivo/activo* que debe adoptar el comportamiento del agente que desiste, sino que modifica el *estatus deóntico* del mismo.

[+] Mientras la tentativa permanezca como *inacabada*, el comportamiento mediante el cual el agente desiste debe *evitar* la consumación del hecho delictivo. En este caso y desde el punto de vista deóntico, el comportamiento adopta el estatus de «cumplimiento

¹³⁴⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung...*, 1989, pp. 217 ss.; en detalle, MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 271 ss.

¹³⁴⁸ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 273.

*todavía posible del mismo deber cuya infracción ya es imputable al agente».*¹³⁴⁹ En otras palabras: el agente responsable de una tentativa inacabada que evita la consumación, no hace más que cumplir con el **mismo deber** inicialmente infringido con el comienzo de ejecución de esa tentativa.

[+] En los casos de tentativas *acabadas*, el comportamiento mediante el cual el agente desiste, debe *impedir* la consumación del hecho delictivo. En este caso, nos encontramos ante un estatus deóntico distinto, a saber: se trata de un *comportamiento relativamente supererogatorio*, pues «*trasciende el deber cuya infracción ya es imputable al agente*».¹³⁵⁰

Esta transformación de naturaleza deóntica se produce, según MAÑALICH, porque el deber inicialmente impuesto por la norma de comportamiento se encuentra, en la tentativa acabada, irremediablemente infringido (de manera tal que ya no resulta susceptible de ser cumplido). En un ejemplo: una tentativa acabada de homicidio implica la infracción de un deber de abstenerse de disparar (derivado del silogismo práctico y fundamentado en la norma de comportamiento del homicidio). Respecto de ese deber, el comportamiento posterior que impide la consumación, p. ej., llevar a la víctima al hospital donde es salvada por los médicos, solo puede considerarse un comportamiento *relativamente supererogatorio*.¹³⁵¹

4. Breve consideración crítica

4.1. «Bidimensionalidad», «ubicación normativa» y «función» del desistimiento

Si lo he comprendido correctamente, la teoría analítica (en el modelo expuesto por MAÑALICH) presenta el desistimiento como un instituto que posee una *doble* posición normativa. En este sentido y, por un lado, el desistimiento se erige como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción de la tentativa (esta dimensión del desistimiento es aquella que sale a la luz cuando se lo analiza en su «*referencia-a-la-tentativa*»). Sin embargo y por el otro, el desistimiento parece constituir un presupuesto negativo de la *antinormatividad* del comportamiento y, en consecuencia, una especie de presupuesto negativo del *tipo-de-delito* consumado (esa es precisamente la imagen que se obtiene del desistimiento, cuando se lo analiza en su «*referencia-a-la-consumación*»).

¹³⁴⁹ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 275.

¹³⁵⁰ MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, p. 275.

¹³⁵¹ El carácter *relativo* tiene que ver con el hecho de que este comportamiento solo resulta supererogatorio respecto de la infracción del deber de acción (consiste en impedir el homicidio por comisión). Pero desde el punto de vista del deber de garante por injerencia derivado de esa tentativa acabada, el desistimiento constituye una forma de dar cumplimiento al mismo. Véase MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 276-277.

Según creo, esta doble posición normativa del desistimiento (con una pata en cada mundo normativo) produce tensiones importantes en relación a la función que el instituto está llamado a desempeñar. En tanto presupuesto negativo de la *punibilidad de la tentativa*, el desistimiento parece estar destinado a cumplir la prestación retributiva que caracteriza a la norma de sanción (de hecho, similar a la que se propone en esta investigación: *reconocimiento positivo* de la norma previamente quebrantada). Por el contrario, en tanto presupuesto negativo de la *antinormatividad* del comportamiento, el desistimiento parece estar cumpliendo la *función protectora de bienes jurídicos* que caracteriza a la norma de comportamiento.

Como consecuencia de esta *doble ubicación normativa*, algunos requisitos del desistimiento parecen inspirarse en la función retributiva de las normas de sanción (esta dimensión, constituye el marco interpretativo a partir del cual el propio MAÑALICH explica la exigencia de *voluntariedad* del comportamiento);¹³⁵² mientras otros se inspiran en la función protectora de la norma de comportamiento (es por eso que la *evitación o impedimento imputable* de la consumación está condicionada a una exigencia de *eficacia causal*). Veamos los problemas que esto genera.

4.2. La eficacia del desistimiento como requisito derivado de la función protectora de bienes jurídicos

En su *referencia-a-la-consumación*, se nos ha dicho que el desistimiento *co-define* a la tentativa: es el desistimiento lo que, precisamente y desde una perspectiva *ex post*, impide que el comportamiento adquiera carácter antinormativo (que es la propiedad que define a la tentativa). Si esto es así, entonces parece evidente que es esta dimensión donde habita la exigencia de *eficacia* del desistimiento. De lo contrario, no podría afirmarse que el desistimiento *«solo puede consistir, stricto sensu, en la evitación o el impedimento de la consumación del delito que, por esa vía, queda constituido como delito tentado»*.¹³⁵³

Entender a la eficacia del desistimiento a partir de su *referencia-a-la-consumación*, implica que esta exigencia de eficacia parece exigir que el autor evite o impida *«el menoscabo típicamente relevante del bien jurídico protegido por la norma quebrantada»*.¹³⁵⁴ Dicho de otro modo: el requisito de la eficacia del desistimiento

¹³⁵² El carácter *relativo* tiene que ver con el hecho de que este comportamiento solo resulta supererogatorio respecto de la infracción del deber de acción (consiste en impedir el homicidio por comisión). Pero desde el punto de vista del deber de garante por injerencia derivado de esa tentativa acabada, el desistimiento constituye una forma de dar cumplimiento al mismo. Véase MAÑALICH, *InDret* (3), 2020, pp. 276-277.

¹³⁵³ MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación»; *Política Criminal* (15-30), 2020, p. 781.

¹³⁵⁴ MAÑALICH, *Política Criminal* (15-30), 2020, p. 782.

queda estrechamente vinculado a la función protectora de bienes jurídicos que caracteriza a la norma de comportamiento. Esta vinculación, según creo, produce algunos inconvenientes.

[+] En primer lugar, la posibilidad de desistir queda *objetivamente excluida* cuando, independientemente de la representación del agente, la evitación o impedimento imputable de la consumación ya no es posible; brevemente: la eficacia del desistimiento exige que todavía sea objetivamente posible, para el autor, *consumar* el hecho. En un caso propuesto por MAÑALICH:

«Clandestinamente, A inyecta una dosis de veneno en el cuerpo de B, que con toda seguridad habría de producir su muerte dentro de los próximos dos días. Un par de horas más tarde, y sin estar al tanto de lo hecho por A, C se aproxima a B, en quien todavía no se manifiesta efecto alguno del veneno, y le propina tres disparos de bala en el tórax, que lo llevan a morir pocos minutos después».

Como consecuencia, el modelo se encuentra aquí en una incómoda posición: debe negar la posibilidad de desistir en los casos de tentativas objetivamente fracasadas, pero subjetivamente no fracasadas. En palabras del autor:

«Una vez que B es letalmente abatido por C, A objetivamente deja de tener la posibilidad de desistirse de ella, precisamente porque la consumación del potencial homicidio que le es imputable “ya” no resulta posible, configurándose así una tentativa fallida de homicidio».

Obsérvese que, en virtud de la exigencia de eficacia, idéntica conclusión debería valer también, en este modelo, para aquellos casos en los que el desenlace fatal se produce una vez que el agente ya ha *«comenzado a desistir»*. En una variante del ejemplo anterior: *«el autor A, arrepentido, se dirige a casa de B con el antídoto, pero cuando abre la puerta de su casa, se encuentra a C disparándole a B»*. Esto pone de relieve una cuestión central: si se afirma que el desistimiento *co-define* a la tentativa (en virtud de su carácter eficaz para impedir o evitar el menoscabo típicamente del bien jurídico), la extinción de ese bien jurídico (por la causa que sea) elimina de plano la posibilidad de un desistimiento eficaz y, con ello, esa tentativa siempre resultará punible.

[+] En segundo término y como consecuencia de lo anterior, todo desistimiento *no eficaz* deberá calificarse, siempre y en todo caso, como *tentativa (fallida) punible*. En efecto, si el desistimiento es aquello que *co-define* a la tentativa no-punible, cuando el sujeto *«fracasa»* en su desistimiento, la tentativa se vuelve punible (independientemente de si el bien jurídico sufre o no un menoscabo típicamente relevante). Si a esto añadimos que la teoría analítica permite desistir de una tentativa acabada (y perfecta), las consecuencias dogmáticas pueden ser difíciles de aceptar. Para graficarlo con dos casos:

Ø dispara tres veces contra el pecho de la víctima [] y se sienta a su lado a ver cómo se desangra. Luego se arrepiente y la traslada al hospital, logrando así que los médicos salven su vida.

β, un experto nadador, arroja un niño a un turbulento río para, inmediatamente después, lanzarse al agua con el objeto de rescatarlo. Sin embargo, no logra tener éxito porque, cuando estaba por coger al niño, este comienza a ser arrastrado rápidamente. Resulta que el niño ha tomado una cuerda, facilitada por el agente S, un transeúnte que casualmente se encontraba en la vera del río.

Según las premisas adoptadas por el modelo de la excepción, se debería reconocer la impunidad por desistimiento de la tentativa acabada de homicidio para Ø, pues su comportamiento ha sido eficaz a la hora de *impedir* el menoscabo típicamente relevante del bien jurídico de la víctima []. Por el contrario, el comportamiento de β no puede calificarse de eficaz, pues el impedimento del menoscabo típicamente relevante no es imputable al agente β, sino al agente S. Dicho de modo sencillo: la razón por la cual el comportamiento de β queda definido (ex post) como *tentativa*, no radica en su [fracasado] intento de salvamento del bien jurídico, sino en la intervención realizada por el agente S. Por esa razón, el comportamiento de β no puede *co-definir* una tentativa no-punible; o dicho a la inversa: aquello que *co-define* la tentativa fallida de β es la intervención de S y, por tanto, es punible.

[+] En tercer lugar, interpretar la eficacia a partir de la función protectora de la norma de comportamiento genera tensión cuando ese requisito se pone en relación con una voluntariedad interpretada a partir de la función de la norma de sanción. Analicemos el siguiente caso:

Ø encadena a la víctima [] a las vías del tren y arroja la llave del candado al río. Sin embargo, todavía se ha reservado una posibilidad de desistir: hacer caer, sobre las vías del tren, unos gigantes rollos de papel industrial que, con toda seguridad, harán descarrillar la formación, produciendo la muerte de todos los pasajeros a bordo.

La primera pregunta que cabe formular aquí, es qué sucede si el autor Ø opta, finalmente, por hacer descarrillar el tren. Según creo, el modelo del delito imperfecto concluiría que se trata de un desistimiento eficaz de la tentativa de homicidio de [] pues, tratándose de una tentativa acabada, el autor ha impedido el menoscabo típicamente relevante de ese bien jurídico. La segunda pregunta, más interesante que la anterior, es la siguiente: ¿cómo se compatibiliza esta conclusión con la idea general de que el desistimiento expresa un *reconocimiento positivo de la norma quebrantada*? Y en particular, ¿cómo se compatibiliza con la exigencia de voluntariedad entendida, por

el propio MAÑALICH, como expresión concreta de la capacidad para «realizar lo correcto»?¹³⁵⁵

Aquí nos encontramos en una incómoda situación: el comportamiento de Ø constituye un homicidio consumado (respecto de los pasajeros a bordo del tren) pero también y al mismo tiempo, debería ser capaz de expresar un reconocimiento positivo de la norma de comportamiento del tipo de homicidio (respecto de []). Formulado a modo de pregunta: ¿cómo es posible afirmar que un mismo comportamiento, a la luz de la misma norma de comportamiento, expresa dos sentidos contradictorios entre sí? La respuesta que, según creo, podría ensayar la teoría analítica frente a esta objeción, consistiría en lo siguiente: se trata de dos *deberes* distintos. En mi opinión, esa respuesta no convence: es posible que se trate de dos *deberes concretos* diferentes, pero el punto crucial de la cuestión radica en que ambos deberes están «fundamentados» en una y la misma norma de comportamiento (que es la premisa mayor del silogismo práctico del cual se derivan ambos deberes). Y el reconocimiento positivo de *esa norma*, difícilmente se logre mediante el quebrantamiento de un deber derivado de la misma.

[+] En cuarto y último lugar, supeditar la no-punibilidad de la tentativa a la eficacia del desistimiento (efectiva evitación o impedimento del menoscabo del bien jurídico) es algo que resulta difícil de compatibilizar con los textos legales del § 24 del StGB alemán, el § 16 del StGB austríaco y el art. 16.3 del CPE (este último, reducido a los casos de pluralidad de intervinientes). Todos esos textos legales, en efecto, conceden la impunidad por desistimiento al agente que, a pesar de no tener éxito, ha realizado un *esfuerzo serio y voluntario dirigido a evitar o impedir la consumación*.

4.3. ¿Dos diferentes «estatus deónticos» en el desistimiento?

Según hemos visto, el acabamiento de la tentativa constituye (en el modelo expuesto por MAÑALICH) un factor determinante para el desistimiento en la medida en que, a partir de ese momento, se modifica radicalmente el estatus deóntico del comportamiento mediante el cual se desiste. En este sentido, la teoría analítica nos dice que el desistimiento de una tentativa inacabada constituye el *cumplimiento de un deber* (el mismo que fue inicialmente infringido); mientras que el desistimiento de una tentativa acabada es, en relación con ese deber ya irremediablemente infringido, un *comportamiento supererogatorio*.

Frente a lo anterior, uno debería preguntarse si una distinción fáctica, como el carácter acabado o inacabado de la tentativa, puede modificar el *estatus deóntico* del desistimiento. La modificación de la situación fáctica, es cierto, puede hacer variar la

¹³⁵⁵ MAÑALICH, «La voluntariedad del desistimiento como orntonía motivacional», en ACEVEDO *et al.* (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, 2020, pp. 307.

forma concreta en la que el sujeto cumple un deber. Pero no está del todo claro si esa alteración fáctica puede transformar lo que era un deber, en un comportamiento supererogatorio. Más preciso: si la norma de comportamiento del homicidio en comisión por omisión es idéntica a la del homicidio en comisión, entonces los deberes que impone no pueden tener un estatus deóntico completamente diferente. En los propios términos del modelo analítico: si la premisa mayor del silogismo práctico es la misma, ¿cómo puede ser que la *naturaleza deóntica* de sus conclusiones sea diferente?

CAPÍTULO A-VI

EL «DOMINIO DE LA SALVACIÓN» COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE AUTORÍA EN EL DESISTIMIENTO

En el texto principal, nos inclinamos por rechazar la utilización del criterio del «*dominio del hecho*» en la dogmática del desistimiento; la pretensión de este capítulo auxiliar, es fundamentar brevemente ese rechazo. Para ello, y a pesar de que una exposición detallada no puede ser afrontada en este trabajo, puede ser útil comenzar introduciendo una primera distinción, formulada por ALCÁCER GUIRAO, entre *dos ámbitos de imputación* en el desistimiento.

En el primero de esos ámbitos, se trataría de una «*imputación del hecho*» en tanto salvamento. Aquí se trata de las exigencias objetivas que se imponen al desistimiento y, respecto de lo cual, ALCÁCER GUIRAO propone el criterio de la *prestación óptima* (según la representación del autor) *objetivamente adecuada* (desde una perspectiva *ex ante*).¹³⁵⁶ En el segundo, en cambio, se trataría de una «*imputación de autoría*», es decir, de especificar criterios para atribuir el salvamento al sujeto como obra suya; y aquí opera, en términos generales, el criterio del dominio del hecho.¹³⁵⁷

Según hemos manifestado en el Capítulo V, coincidimos con la necesidad de exigir al autor una prestación objetivamente adecuada y subjetivamente óptima. Por el contrario, es la utilización del criterio del dominio del hecho, en el ámbito del desistimiento, lo que nos parece problemático. Recurrir a la idea del dominio del hecho como criterio de imputación en el marco del desistimiento, es una tendencia que ha sido motorizada especialmente por HERZBERG y JÄGER en Alemania. Sin embargo, es el propio ROXIN quien ha efectuado denuncia contra esta manera de proceder, afirmando que tal utilización termina por *deformar* completamente ese instituto dogmático.¹³⁵⁸ Frente a esta objeción, ALCÁCER GUIRAO ha formulado una propuesta alternativa que, en mi opinión, constituye la más desarrollada hasta el momento.

Según afirma el profesor español, el «*carácter abierto*» del concepto del dominio del hecho permitiría «*amoldarlo a las estructuras de imputación intrínsecas al desistimiento, que no tienen por qué coincidir con las manejadas para la autoría en el injusto [...]*». La objeción podría sortearse, entonces, si se distingue «*con nitidez el*

¹³⁵⁶ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 81 ss. Aquí se afirma que «*la opción tomada por el autor como la más segura desde su perspectiva, deberá ser además intersubjetivamente adecuada para la salvación del bien jurídico*».

¹³⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 105 ss. Para el autor, ambos criterios de imputación deben verificarse de forma *cumulativa*.

¹³⁵⁸ ROXIN, en WEIGEND/KÜPPER (eds.), *FS-Hirsch*, 1999, pp. 340-341.

ámbito de aplicación: “dominio del hecho” vs. “dominio de la salvación”».¹³⁵⁹ En este sentido, p. ej., sería posible conceder la exención de pena por desistimiento a supuestos fácticos en los que, si se trasladaran al ámbito del injusto culpable, solo se podría atribuir responsabilidad a título de inductor. Desde esta perspectiva y según ALCÁCER GUIRAO, en la medida en que sea posible argumentar que el comportamiento del autor ha jugado «*un papel central en el proceso de salvación*», estamos ante casos de «*dominio de salvación*» y debe concederse la exención de pena.

Desde mi punto de vista, la propuesta de ALCÁCER GUIRAO tiene un punto de partida sólido y correcto: los criterios de imputación en el desistimiento no pueden considerarse un mero reflejo especular de los criterios de imputación del injusto culpable (de contenido idéntico, pero de sentido inverso). Sin embargo, la distinción entre «*dominio del hecho*» y «*dominio de salvación*» no ha sido precisada de forma suficiente, pues el contenido de este último concepto no está para nada claro. A decir verdad, para la idea del «*dominio de salvación*», solo se hace una mera referencia al «*papel central en el proceso de salvación*» que debe desempeñar el autor.

Al margen de la objeción genérica anterior, entiendo que la utilización del criterio del «*dominio de la salvación*», en tanto criterio cumulativo a la prestación óptima, resulta *sobreabundante y confuso*. El carácter *sobreabundante* se percibe ya en la propia propuesta de ALCÁCER GUIRAO, quien expresamente reconoce que

«[...] *en la mayoría de los supuestos de participación de varias personas en la salvación, quien ostenta el papel de autor, que por definición es el rol central del suceso, realizará la aportación óptima; o quizá a la inversa: quien realice la aportación óptima tendrá por ello el dominio de la salvación*».¹³⁶⁰

La coincidencia entre ambos criterios se verifica, de forma prístina, en los casos de autoría mediata o de autor único con participación marginal de terceros en la salvación. Sin embargo, existirían casos en que esa coincidencia, según ALCÁCER GUIRAO, no se produciría, por lo que es necesario distinguir entre ambos criterios y exigir su concurrencia de forma cumulativa (prestación óptima + dominio de salvación); esos supuestos son los *casos de coautoría*. Cuando dos o más intervinientes toman parte en la ejecución de un hecho a título de coautor, es posible que exista, en caso de desistimiento, un «*co-dominio de la salvación*». Sin embargo, la existencia de *co-dominio* puede no presentarse, de forma conjunta, con la concurrencia de una prestación óptima y, por tanto, no debe reconocerse impunidad por desistimiento. Dicho con un ejemplo: en el conocido «*caso del teléfono*», es evidente que el autor tiene el *co-*

¹³⁵⁹ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 105.

¹³⁶⁰ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 105-106.

dominio de la salvación, pero no ha realizado la prestación óptima y, por tanto, no hay desistimiento alguno.

Ahora bien, si se mira con atención, puede advertirse que la afirmación de ALCÁCER GUIRAO *no demuestra el carácter necesario* del «dominio de la salvación» para el desistimiento, *sino más bien su carácter insuficiente*. Dicho de otro modo: que el sujeto tenga el co-dominio del curso salvador, y aporte causalmente a su configuración, constituye una *condición insuficiente* para otorgar la exención de pena; pero, a decir verdad, a esa conclusión habíamos llegado ya por vía del requisito de la prestación óptima. Lo que necesitamos saber es si, en verdad, ese co-dominio del curso salvador representa *una condición necesaria*.

Entre los casos que demostrarían, según este autor, el carácter necesario del «*dominio de la salvación*», se encuentran aquellos en los que el agente inicia un proceso salvador, pero *traslada* el control del riesgo a otro agente y, especialmente, los casos en que el agente actúa como «*mero cómplice*» de la salvación ejecutada por un tercero. En relación con los primeros, debe hacerse una distinción ulterior entre casos en que el agente:

- a) *traspasa, explícitamente*, el control del riesgo a sujetos *expertos* en el salvamento;
- b) *traspasa explícitamente* el control del riesgo a terceros *no expertos* en el salvamento;
- c) *traspasa implícitamente* el control del riesgo a terceros *expertos* en el salvamento (mediante la creación de una situación que obliga a estos a intervenir).

Para el primer (a) y el tercer (c) supuesto reseñados, ALCÁCER GUIRAO utiliza la figura de la *autoría mediata*, afirma la existencia de «*dominio de la salvación*» y, por tanto, concede la exención de pena. Para el segundo (b) supuesto, sin embargo, entiende que se trata de casos de *inducción a la salvación* y, por tanto, no puede hablarse de dominio de salvación ni exención de pena por desistimiento.¹³⁶¹ Brevemente: no habría desistimiento porque el agente ha desempeñado un «*papel marginal*» en el salvamento.

Como puede advertirse, los casos que deberían demostrar el carácter *necesario* de este criterio del «*dominio de la salvación*» para imputar el desistimiento, son aquellos en que el agente responsable interviene en el curso salvador, a título de «*mero cómplice*» de un tercero. Sin embargo, frente a este esquema podría uno preguntarse: ¿por qué el título de la intervención del tercero (y del autor) en el proceso salvador depende, en última instancia de su profesionalidad o experticia? En efecto, en el esquema expuesto por ALCÁCER GUIRAO, el carácter experto del tercero interviniente –en el primer y tercer supuesto– fundamenta que dicho sujeto se convierta en *instrumento* del agente responsable de la tentativa precedente, a quien se considera *autor mediato* de la

¹³⁶¹ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, pp. 112 ss.

salvación. En el supuesto segundo, el carácter inexperto del tercero interviniente convierte a este en *autor directo* de la salvación, degradando el título de intervención del agente responsable de la tentativa precedente, al de mero *inductor*.

ALCÁCER GUIRAO reconoce la existencia de una excepción a este «*dominio de la salvación*»: cuando el agente realiza un aporte de tal magnitud que se considera «*cooperación necesaria en la salvación, en el sentido que aumenta la seguridad del bien jurídico, procederá el desistimiento*». El argumento central para esta excepción, es el siguiente: el cooperador necesario del desistimiento posee el dominio *negativo* de la salvación. Pero, a decir verdad, aquí ya no se trata de un verdadero dominio normativo, sino de realizar una contribución que, desde el punto de vista causal, se considera *condicio sine qua non* para el resultado positivo de salvamento. El concepto de dominio es tan elástico que, en verdad, su contenido parece diluirse rápidamente.¹³⁶²

Con el criterio sustentando, si el agente Ø comienza la tentativa de homicidio mediante el incendio de la casa de la víctima e inmediatamente llama a los bomberos, se transforma en un autor mediato de la salvación, siendo los bomberos meros instrumentos de la evitación. Pero si Ø llama a la puerta de su vecino β –no experto– para que le ayude a apagarlo (cosa que Ø logra a través de una bomba de agua que le facilita β), el vecino no puede considerarse un instrumento, por lo que el agente responsable Ø no puede ser considerado autor con dominio del salvador. Dicho de otro modo, por el mero hecho de no ser experto, β se convierte en autor mismo de la salvación, impidiendo así que el agente obtenga la impunidad por desistimiento.

Según creo, este enredo dogmático podría solucionarse de manera más sencilla: si el sujeto llama a los bomberos desiste, sencillamente, porque esa es la prestación objetivamente apta y subjetivamente óptima de la que dispone; la cuestión nada tiene que ver con los criterios de autoría o del dominio del proceso causal salvador. Lo mismo cabe decir de aquellos casos que ALCÁCER GUIRAO describe como de renuncia «*a ejercer el papel central en la salvación*»:¹³⁶³ se trata, en verdad, de casos de prestación *ex ante* inidónea o bien subjetivamente sub-óptima. Recurrir al dominio de la salvación para solucionar el conocido «*caso del bate de béisbol*»,¹³⁶⁴ es innecesario: no se trata de que el sujeto haya *renunciado* a ejercer un papel central en la salvación, sino

¹³⁶² ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 110

¹³⁶³ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien...*, 2002, p. 111, donde hace mención al caso del bate de béisbol. Véase la nota siguiente.

¹³⁶⁴ BGH 9.12.1998, *NStW*, 1999, pp. 128 ss. En términos breves: el autor encontró a su novia infiel con su amante; presa de un ataque de ira, le propinó al hombre tres golpes en la cabeza con un bate de béisbol, quien cayó inconsciente. Luego abandonó el lugar del hecho, junto con la mujer, en su coche. Ante los ruegos de la mujer, para que volviera a ayudar a la víctima, el autor dio la vuelta y la dejó en la puerta del domicilio de la víctima. La mujer llamó a una ambulancia y, tras una compleja cirugía, se logró salvar la vida de la víctima.

de que la prestación por él realizada no es una prestación subjetivamente óptima (de hecho, podría discutirse su carácter objetivamente apta).

Vale aclarar que, en el modelo propuesto en esta investigación, el caso constituye una tentativa perfecta no susceptible de ser desistida. Pero, en cualquier caso, a fin de evidenciar la irrelevancia del criterio del papel central en la salvación, puede preguntarse uno lo siguiente: si la mujer en cuestión fuese una profesional de la salud, una experta especializada en urgencias traumatológicas graves, ¿cómo se resolvería el caso?

El criterio del dominio de la salvación, según creo, podría conducirnos a soluciones deficientes cuando se lo combina con la idea de la prestación óptima, dando lugar a contradicciones valorativas importantes. En este sentido, resulta posible imaginar casos en los que la propia realización de una prestación óptima, suponga que el agente responsable precisamente *renuncie a ejercer un papel central* en el curso salvador. Dicho de otro modo: es posible que existan constelaciones fácticas en las que el desempeño de la prestación óptima se limite a garantizar ciertas condiciones externas para que un tercero, en la medida en que ostenta una mejor capacidad para la evitación del resultado, lleve a cabo la prestación de salvamento. En la variante introducida al caso del bate de béisbol:

Si la mujer en cuestión es experta en urgencias traumatológicas graves y cuenta con los recursos suficientes, parece que el agente responsable debe renunciar «*a ejercer un papel central*». Es esa renuncia la que permite ahorrar el valioso tiempo de demora que tardaría el autor en trasladar la víctima al hospital. Se advierte nuevamente aquí el problema anteriormente señalado: el título de intervención no puede depender de la experticia del tercero que colabora con el agente responsable.

CONCLUSIONES GENERALES

En el estado actual de la dogmática jurídico penal, existe un marcado déficit de sistematización: no contamos con herramientas sólidas para analizar, de forma sistemática, muchos de los comportamientos posteriores al injusto culpable que poseen una relevancia –no despreciable– para la formulación de un juicio de responsabilidad personal. En el marco de dicho déficit y bajo la denominación de equivalentes funcionales de la pena retributiva, esta investigación ha pretendido establecer los lineamientos teóricos básicos para identificar y clasificar algunos de esos comportamientos. Para hacerlo, hemos recurrido al estudio de dos bloques de conocimiento (la teoría de la pena y el método comparativo del funcionalismo de las equivalencias) y hemos puesto a prueba su capacidad de rendimiento a través de tres institutos concretos (desistimiento de la tentativa, regularización tributaria y confesión). A continuación, se resumen las conclusiones más importantes que hemos alcanzado.

I. Tradicionalmente, la teoría de la pena ha sido concebida como un debate (entre teorías absolutas y relativas) acerca de las razones que justifican o hacen permisible la imposición de un mal o un sufrimiento a un ciudadano (por parte del Estado). Esta forma de concebir la «teoría de la pena» no resulta del todo satisfactoria, pues aporta una visión reduccionista del problema de la praxis punitiva (solo incluye el plano justificativo). Una adecuada comprensión acerca de la teoría de la pena nos exige ampliar su objeto: no se trata de una discusión restringida al plano justificativo, sino que posee una importante dimensión conceptual.

II. Cuando se introduce la dimensión conceptual en este bloque de conocimientos, se modifica el criterio relevante para clasificar las distintas orientaciones teóricas. La verdadera dicotomía es más bien metodológico-conceptual y radica en determinar si y, en su caso, cómo se relaciona el plano conceptual con el plano justificativo. Existen, a este respecto, dos perspectivas básicas. Una primera opción metodológica pretende aislar y jerarquizar estos planos: el concepto de la pena es, en este modelo, una entidad previa y lógicamente independiente de la justificación de la praxis punitiva (un punto de partida para el debate justificativo). La segunda, pretende vincular los niveles conceptual y justificativo de la teoría de la pena: el concepto de pena no es previo ni independiente de la justificación de la praxis punitiva sino, en gran medida, el producto de ese debate (un punto de llegada).

II.1 El primer modelo trabaja con una premisa metodológica básica: ningún elemento proveniente de la justificación puede «invadir» el plano conceptual (este es previo y lógicamente independiente). El objetivo es obtener un concepto «valorativamente neutro» de pena (ecuménico) que todos podamos aceptar para luego discutir sobre la legitimidad de su utilización. Por esa razón, los conceptos de pena presentados por estos modelos se construyen a través de la «*abstracción*» y presentan la siguiente estructura: una yuxtaposición de propiedades

que adjetivan un sustantivo (un *mal o sufrimiento*, comunicativo, fáctico, infligido por, que recae sobre, etc.).

II.2 Desde el punto de vista metodológico, este primer modelo posee deficiencias: en una ciencia valorativa (cuyo discurso no se limita a describir un objeto sino que lo construye), la supuesta subordinación entre planos no es más que una ilusión teórica. Desde el punto de vista de los resultados, el modelo adolece de dos deficiencias básicas. En primer lugar, un concepto valorativamente neutro de pena es más bien inútil («el problema de la individuación»), pues no nos permite distinguir la pena de otros institutos que poseen idénticas propiedades (prisión preventiva, medidas de seguridad, comisión de delitos, etc.). En segundo lugar, un concepto a-valorativo no puede explicar por qué son (o deben ser) precisamente esas las propiedades del concepto de pena («*el problema de la relevancia*»).

III. La construcción de un concepto útil de pena (que pueda dar respuesta a las deficiencias señaladas) exige vincular ambos planos y reconocer que el discurso sobre la justificación impacta de manera decisiva sobre el plano conceptual. El concepto de pena es, en gran medida, el producto de una determinada posición sobre la justificación de la praxis punitiva estatal. Hasta donde alcanzo, ninguna de las objeciones que se han formulado a esta perspectiva funcional resultan decisivas. Desde lo metodológico-formal, ni el argumento '*intuitivo–open question*' ni la objeción del '*fraude de etiquetas*' pueden considerarse razones de peso para adoptar un concepto funcionalmente aséptico de pena. El argumento del '*definitional stop*', por último, no representa una objeción a esta metodología; sin embargo, pone en evidencia la existencia de un problema metodológico, común a toda ciencia valorativa: ¿cómo es posible debatir sobre la justificación de algo, si el concepto de ese algo está en proceso de construcción?

IV. Para contestar esa pregunta, conviene recordar que los conceptos no se justifican, se construyen; lo único que puede justificarse son acciones. Por eso, recurrimos aquí al método de la reconstrucción racional de los conceptos y distinguimos entre acciones punitivas –como objeto de la justificación– y el concepto de pena estatal –el producto de ese debate justificativo–. Una descripción de las acciones punitivas no es un verdadero concepto, sino una noción preliminar orientada a permitir el debate sobre su permisibilidad; por eso, una adecuada descripción debe poner de relieve aquella característica que las vuelve particularmente necesitadas de una justificación. Las acciones punitivas consisten en una actividad agencial, estatal y reactiva, cuya permisibilidad puede ser cuestionada debido a que su ejercicio implica la heteroadministración del espacio de libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae.

IV.1 Si una acción necesita ser justificada, es porque existen razones que, *prima facie*, hablan en contra de su permisibilidad. A esas razones, les denominamos «demandas de

justificación». La formulación de esas demandas debe ser concreta y adaptada al contexto en que se pretende obtener una respuesta, esto es, debe expresar cuáles son las *concretas razones jurídicas* por las que esas acciones punitivas necesitan ser justificadas.

IV.2 En la descripción realizada, la base de demanda viene dada por el carácter coactivo de las acciones punitivas, en la medida en que dicha coacción parece contradecir el contenido del *axioma jurídico fundamental* sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico: la autodeterminación del ciudadano. Brevemente: en su existencia, la acción punitiva aparenta ser una nueva infracción del Derecho. Las respuestas a esa demanda, configuran nuestra justificación de la praxis punitiva.

VI. En esta investigación, la justificación de las acciones punitivas adopta los lineamientos de una teoría retributivo-comunicativa asentada en una concepción del Derecho (penal) como praxis colectivamente construida. Estos lineamientos pueden ser clasificados en dos grupos distintos: aquellos que derivan del binomio sinalagmático *libertad-responsabilidad* y aquellos que se vinculan a la secuencia conceptual *delito-pena*.

VI.1 En relación con el primer grupo, existen tres premisas fundamentales. En primer lugar, debe concebir a la libertad de voluntad como un presupuesto pragmático y según el cual los ciudadanos son capaces de orientar su conducta conforme a razones socialmente comprensibles. Por eso y en segundo lugar, todos los intervinientes en esta praxis punitiva son agentes comunicativamente relevantes: sujetos con capacidad de expresión cuyo actuar (delictivo o no) siempre comunica. En tercer lugar, esta praxis consiste en exigir responsabilidad, precisamente y en términos reactivos, por el ejercicio de ese espacio de libertad atribuido al agente.

VI.2 En relación con el segundo grupo, también tres cuestiones importantes. En primer lugar, la secuencia conceptual delito/pena se *construye* sobre la idea del diálogo ciudadano: se trata de discurso-respuesta, atribución de sentido comunicativo. En segundo lugar, en el marco de la praxis punitiva, la atribución de sentido a la conducta tiene lugar a través de normas. En el caso del comportamiento ciudadano, a través de las normas de conducta: el comportamiento conforme a la norma expresa una toma de posición favorable al deber de cooperar en la construcción colectiva del orden de libertades jurídicamente garantizado; quien quebranta la norma de modo culpable, expresa una toma de posición contraria. Lo mismo cabe decir de las acciones punitivas y la norma secundaria: la restricción de derechos del agente solo puede adquirir *sentido punitivo* en la medida en que se trate del ejercicio estatal de una facultad punitiva legítimamente habilitada por el enunciado legal. En tercer y último lugar, cabe referirse a la relación que vincula el quebrantamiento culpable de la norma con la facultad punitiva del Estado. En la teoría retributiva aquí defendida, la comisión del injusto culpable no desvincula al ciudadano de su proto-deber de cooperar. Dicho deber adopta, en virtud del enunciado legal, la forma de un concreto deber de soportar la coacción punitiva, que es la contracara de la facultad punitiva del Estado.

VII. En toda teoría retributivo-comunicativa, el merecimiento está llamado a jugar un papel importante. Respecto de su alcance, debe recordarse que no todo injusto culpable acarrea la imposición automática de una pena. El enunciado legal no constituye una verdadera norma imperativa, sino que se trata de una norma habilitante: solo concede una facultad punitiva (como reflejo del deber de soportar la acción punitiva que recae sobre el agente). Respecto de su contenido, todo juicio de merecimiento tiene una estructura triádica, compuesta por un destinatario, una base de merecimiento y un objeto de merecimiento («*el agente α merece β en virtud de ε* »). En una teoría retributivo-comunicativa, el «*destinatario*» (α) es siempre un agente comunicativamente relevante, la «*base de merecimiento*» (ε) es una actividad ya realizada (un presente irritado por el pasado) y el «*objeto de merecimiento*» (β) es la formulación de un reproche.

VIII. El objeto de merecimiento pone de relieve la dimensión comunicativa de la justificación retributiva: la formulación de un reproche es siempre un acto de habla. Como tal, su justificación solo puede lograrse aludiendo a aquello que *se hace* cuando se lo formula. A esto le llamamos «*prestación retributiva*» y consiste en la confirmación dinámica del Derecho (como praxis colectivamente construida). En este marco, la restricción de derechos del agente no es más que un mecanismo convencional y contingente –que no arbitrario– para la expresión del reproche merecido por la realización de un comportamiento desaprobado.

IX. Para la construcción de un concepto funcional de pena estatal, la materia prima proporcionada por el plano justificativo debe ordenarse bajo una estructura trimembre, compuesta por tres elementos: un principio regulador de sentido, propiedades fenoménicas o normativas y un elemento funcional. La pena es un acto comunicativo (estatal) que, *a través de la restricción de los derechos del destinatario*, expresa el *reproche merecido* por el ciudadano en virtud del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento y, con ello, *confirma en sentido dinámico el Derecho* (en tanto ordenamiento jurídico efectivamente practicado). Este concepto funcional de pena retributiva logra sortear los déficits señalados en la conclusión II.2 y, además, nos provee una herramienta conceptual idónea para identificar potenciales equivalentes funcionales al deber de soportar la acción punitiva.

X. El funcionalismo de las equivalencias es un método de análisis comparativo que permite encontrar la similitud *en la diferencia*. Una *equivalencia funcional* es una clase muy específica de *similitud*; a saber, aquella que presentan dos institutos cuando son comparados entre sí a partir de la relación que cada uno de ellos mantiene con un mismo problema de referencia.

X.1. Nuestro problema de referencia puede resumirse del siguiente modo: si la normatividad es un fenómeno intrínsecamente contingente (toda norma, por definición, es

susceptible de ser infringida), ¿cómo es posible que el Derecho, en cuanto colectivamente construida, tenga éxito?

X.2 Una vez establecido el problema de referencia, es necesario preguntarse cuál es el mecanismo mediante el cual se disminuye esa contingencia y, en particular, cuál es el papel que juegan aquí las acciones punitivas. Respecto de lo primero, dicho éxito depende, en mayor medida, del cumplimiento libre y voluntario de la norma. La conducta conforme a Derecho constituye el mecanismo *principal* mediante el cual se pone en concordancia el concepto y la existencia del Derecho. Respecto de lo segundo, debe recordarse la conclusión VI.2: el deber de soportar la punición no es más que una novación material que, desde el punto de vista funcional y a través de la *prestación retributiva*, resuelve el mismo problema de referencia que el cumplimiento de la norma.

X.3 Una vez esclarecida la relación entre *acción punitiva* y *problema de referencia*, se abre la posibilidad de introducir alternativas materialmente distintas, pero funcionalmente equivalentes al deber de soportar la coacción punitiva.

XI. El concepto funcional de pena retributiva y los lineamientos de este método comparativo constituyen las bases sobre las que edificamos el modelo teórico de los equivalentes funcionales de la pena retributiva. El objetivo es reemplazar las acciones punitivas por otros comportamientos (posteriores a la realización del injusto culpable) para comprobar si, y en qué medida, pueden materializar la prestación retributiva y, con ello, afectar la dimensión comunicativa del *hecho punible*. El primer paso consiste en identificar algunos comportamientos como potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. El segundo, clasificar esos comportamientos para, finalmente y en un tercer paso, seleccionar algunos que nos permitan poner a prueba la capacidad de rendimiento del modelo.

XI.1 Para llevar a cabo esta identificación provisional, se proponen tres criterios básicos, a saber: debe tratarse de comportamientos realizados por un agente capaz de lenguaje, a título de reacción comunicativa (vinculada a la previa comisión de un injusto culpable) y no puede consistir en una nueva acción delictiva.

XI.2 La clasificación de estos potenciales equivalentes funcionales se realiza a través de tres criterios. El primero hace foco en el grado de equivalencia funcional, distinguiendo entre equivalentes funcionales totales y parciales. El segundo, atiende al grado de similitud estructural y distingue entre equivalentes funcionales con y sin similitud estructural. El último, responde al alcance o ámbito de aplicación de cada instituto, distinguiendo entre equivalentes funcionales de alcance general y particular.

XI.3 En esta investigación, seleccionamos tres institutos para poner a prueba la capacidad de rendimiento del modelo: desistimiento de la tentativa, regularización tributaria y confesión.

XII. El desistimiento es un comportamiento posterior al injusto culpable que posee un restringido ámbito de aplicación: solo la tentativa puede ser desistida. Para explicar esto, es imprescindible tomar posición en algunas cuestiones relativas al injusto de la tentativa.

XII.1 El fundamento de la punibilidad de la tentativa es idéntico al de los delitos consumados. Como consecuencia, este es un terreno estéril para explicar el carácter «interno a la tentativa» del desistimiento. Para obtener una explicación satisfactoria, debemos incorporar una dimensión material en nuestro concepto de injusto culpable, el cual nos permite distinguir dos clases de injustos de tentativa: *perfecta* e *imperfecta*. La tentativa es, en este modelo, un instituto *normativamente heterogéneo*: las acciones de tentativa imperfecta no suponen el quebrantamiento de la norma de comportamiento de la tentativa perfecta, sino otra distinta.

XII.2 El tipo de tentativa imperfecta es un «injusto precario» porque criminaliza conductas que, por sí mismas, no afectan la autonomía ajena. Su capacidad lesiva solo puede entrar en consideración si esas acciones (ya realizadas) se ponen en relación con el compromiso práctico del agente de realizar *acciones futuras*. En esa medida, la punibilidad de esas conductas no posee un fundamento retrospectivo, sino fundamentalmente prospectivo: nos encontramos ante una norma de comportamiento de *legitimidad retributivamente precaria*. Por ello, la punibilidad de esas conductas queda condicionada a la no-realización de un desistimiento. Esto explica el carácter *interno a la tentativa-imperfecta* del desistimiento.

XIII. El desistimiento posee una específica consecuencia jurídica: acarrea la impunidad por el injusto culpable de tentativa. Para explicar esto, es imprescindible analizar la naturaleza jurídica del instituto a partir de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción. Una primera posibilidad es considerar al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta. Este modelo debe ser rechazado, pues conceptualiza al desistimiento como un reverso especular del injusto culpable de la tentativa («*Spiegelbild-axiom*»), generando una multiplicidad de problemas dogmáticos. Además, obliga a determinar los requisitos del instituto a través de una inversión especular de los criterios de imputación utilizados en el injusto culpable. Esta inversión genera muchos problemas pues, en el ámbito del desistimiento, no disponemos de las categorías conceptuales necesarias para ubicar esas herramientas dogmáticas y, además, la imputación positiva no puede concebirse como reverso especular de la imputación negativa.

XIV. En esta investigación, el desistimiento se concibe como un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción. No está vinculado con el deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento, sino con el deber de soportar la acción punitiva (que surge a partir de su quebrantamiento culpable). El desistimiento impide castigar el injusto culpable de tentativa imperfecta porque dicho comportamiento es funcionalmente equivalente al deber de soportar la punición. A partir de aquí, el desistimiento pierde su carácter de reflejo-especular del tipo de injusto de la tentativa.

De las numerosas consecuencias que esto acarrea, nos hemos ocupado de analizar en detalle: la oportunidad normativa para desistir y los requisitos del desistimiento.

XV. Optar por una determinada concepción sobre el injusto de la tentativa imperfecta, no determina el contenido del desistimiento (no impacta sobre sus requisitos), sino que solo delimita la oportunidad normativa para desistir. Para dicha delimitación, se adopta aquí una perspectiva interpersonal: la tentativa perfecta solo concurre cuando el sujeto se ha representado (o debido representarse) que realiza una acción –u omisión– que conlleva la pérdida o renuncia objetiva al control del riesgo responsablemente creado. Una tentativa imperfecta *fracasa* cuando el sujeto se ha representado (o debido representarse) la imposibilidad fáctica de consumar el delito.

XVI. Dado que nos encontramos ante un comportamiento posterior al quebrantamiento de una norma de conducta, su capacidad expresiva adolece de un «*déficit estructural de credibilidad*». Para que dicho comportamiento pueda desempeñar la prestación retributiva, es indispensable subsanar ese déficit y, precisamente, a eso están destinados los requisitos que el legislador exige al instituto. Los requisitos de eficacia y voluntariedad del desistimiento deben determinarse, en este modelo, a la luz de la función retributivo-comunicativa que justifica las acciones punitivas.

XVI.1 En relación con la eficacia del desistimiento, impedir o evitar el resultado –de modo objetiva y subjetivamente imputable– no es una condición necesaria pero tampoco una condición suficiente para el desistimiento. Aquí, la eficacia se determina en virtud de la capacidad que tenga el comportamiento del agente para objetivar una toma de posición revisionista sobre el previo quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa imperfecta. Por esa razón, en el modelo aquí defendido, la exigencia de eficacia debe ser interpretada a partir de la fórmula legislativa del «*esfuerzo serio y decidido*» dirigido a impedir la consumación.

XVI.2 El requisito de la voluntariedad es el eje de rotación de un desistimiento funcionalmente equivalente a la pena retributiva. En esta investigación, la normativización de este requisito tiene lugar a través de la distinción entre dos dimensiones. En su dimensión cuantitativa, la voluntariedad puede definirse como el estado de independencia que, respecto de la influencia material de determinados factores coercitivos, exhibe el comportamiento. Para su concurrencia, es necesario analizar la concurrencia formal y el grado de influencia material de esos factores coercitivos. Para esto último, se proponen algunas líneas directrices. La voluntariedad cuantitativa queda excluida cuando, mediante el distanciamiento del hecho, el agente intenta evitar el menoscabo de bienes jurídico-penalmente protegidos (especialmente, cuando se trata de los *símbolos indiscutibles* de la libertad). La coerción jurídicamente relevante tiene un límite máximo (no puede tratarse de una coacción absoluta, sino siempre relativa) y dos límites mínimos (no puede ser una «coacción puramente lógica» ni tampoco de carácter *nimia* o *implícita* al desarrollo del hecho delictivo).

XVI.3 En su dimensión cualitativa, la voluntariedad exige que el comportamiento sea capaz de expresar un determinado sentido comunicativo: una toma de posición revisionista respecto del quebrantamiento culpable precedente (de la norma de la *tentativa imperfecta*), sin necesidad de que esto acredite una renuncia definitiva a la ejecución futura de nuevos hechos delictivos (*die Endgültigkeit des Rücktritt*). Sin embargo, existe aquí un límite importante: si el comportamiento *mediante* el cual se impide la consumación del delito precedente constituye un nuevo injusto culpable, no hay desistimiento voluntario de la tentativa.

XVII. Conceptualizar el desistimiento como un instituto interno a la tentativa imperfecta no impide que comportamientos posteriores a la tentativa perfecta puedan considerarse potenciales equivalentes funcionales de la pena retributiva. Debe distinguirse aquí entre comportamiento posterior a la tentativa perfecta, pero previo a la producción del resultado lesivo; y la conducta posterior a la consumación del tipo de la parte especial. Entre estos últimos, adquieren particular importancia aquellos delitos en que el estatus del bien jurídico (o del objeto lesionado por la acción delictiva), puede retrotraerse al momento previo a la lesión.

XVIII. La regularización tributaria es un comportamiento posterior al injusto culpable de la defraudación consumada que bloquea la posibilidad de aplicar pena al agente responsable de la misma. Para explicar esta particular circunstancia, se distinguen aquí dos grupos de consideraciones diferentes: por un lado, el fundamento de la punibilidad de la defraudación tributaria; por otro, el fundamento y la naturaleza jurídica de la regularización tributaria.

XIX. El análisis detallado de las posiciones doctrinales sobre el fundamento de la punibilidad de este injusto culpable, ha demostrado que la norma de comportamiento quebrantada posee un déficit de legitimidad retributiva. Este déficit queda al descubierto cuando la punibilidad de estas conductas se asientan en el paradigma del delito cumulativo, pero también cuando se la define como el quebrantamiento de un deber excepcional y fundado en un principio de solidaridad. En esta investigación, dicho déficit de legitimidad retributiva es, precisamente, lo que permite explicar que la imposición de pena por una defraudación quede condicionada a la no-regularización.

XX. La naturaleza jurídica del instituto debe analizarse a la luz de la distinción norma de comportamiento – norma de sanción. Concebir a la regularización tributaria como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de conducta, en cualquiera de sus variantes, genera numerosos problemas dogmáticos y, además, puede erosionar la dimensión prospectiva de esa norma. Por esa razón, la doctrina mayoritaria acierta al considerarla un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción; sin embargo, su conceptualización como causa de supresión de la pena es tan correcto como vacío de contenido. En relación al fundamento de la regularización tributaria, el estado de la cuestión también es deficiente: la posición fiscalista no puede explicar el carácter voluntario de la regularización; el fundamento penal (tal y como ha si

defendido por un sector de la doctrina) no puede explicar la exigencia del pago; y las teorías mixtas, por último, generan fuertes contradicciones.

XXI. Aquí se propone una reconstrucción del instituto bajo la hipótesis de que: [a] su naturaleza jurídica es la de ser un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, en concreto, un equivalente funcional de la pena retributiva; y [b] su fundamento debe ser obtenido a partir de una teoría retributivo-comunicativa de la praxis punitiva. En ese marco, nos encontramos ante la institucionalización legislativa de un comportamiento, materialmente distinto, pero funcionalmente equivalente al deber de soportar la acción punitiva. Al regularizar la deuda tributaria, el sujeto expresa una nueva toma de posición que relativiza el previo quebrantamiento culpable de la norma (modifica la dimensión comunicativa de su hecho punible) y, con ello, el deber de soportar la punición deja de ser exigible (por lo que el Estado ve inhibida la posibilidad de imponer pena).

XXII. A fin de que la regularización tributaria pueda desempeñar correctamente la prestación retributiva, es necesario subsanar el «déficit estructural de credibilidad» del que adolece este comportamiento posterior al injusto culpable. Para ello el legislador exige determinados requisitos, respecto de cuyo contenido e interpretación la doctrina discute. El modelo aquí presentado dota de un contenido particular e integra de forma coherente estos requisitos, proporcionando un ámbito de aplicación racional al instituto.

XXII.1 El papel central de la voluntariedad se explica con mayor facilidad y su normativización tiene lugar, nuevamente, a través de la distinción entre una dimensión cuantitativa y otra cualitativa. En su dimensión cuantitativa, la voluntariedad queda definida como un estado de independencia, que el comportamiento del agente presenta, con relación a la influencia material de determinados factores coercitivos. Para afirmar esta voluntariedad cuantitativa, es necesario establecer [a] las acciones y [b] los factores coercitivos. En el caso de la regularización, las acciones son el reconocimiento y pago de la deuda, mientras que las denominadas «causas de bloqueo» representan aquí *factores coercitivos*. Bajo la perspectiva aquí propuesta, es necesario revisar la posición estrictamente formalista de la doctrina dominante. La voluntariedad cuantitativa exige analizar tanto la *conurrencia objetiva* como también la *influencia material* de esos factores coercitivos. Esto permite solucionar de forma más adecuada los casos de discordancia (conurrencia formal, pero ausencia de influencia material y ausencia formal, pero influencia material). En su dimensión cualitativa, la voluntariedad exige que la regularización pueda interpretarse como una toma de posición revisionista respecto de la defraudación tributaria precedente (un reconocimiento positivo de la norma de comportamiento precedentemente quebrantada).

XXII.2 El reconocimiento y pago de la deuda son las acciones en que consiste la regularización tributaria. No se trata del cumplimiento extemporáneo del deber originariamente impuesto por la norma de comportamiento, sino mecanismos de expresión objetivada destinados a suplir el déficit de credibilidad intrínseco del mentís que supone toda regularización tributaria.

Con el reconocimiento de la deuda tributaria, el autor expone ante la autoridad la existencia de una deuda que solo puede tener origen en la previa comisión de un delito de defraudación, expresando así una nueva toma de posición respecto del deber de cooperar a la praxis colectiva. El pago, por su parte, incrementa la credibilidad de dicha toma de posición, porque el autor hace coincidir la situación fáctica con lo verdaderamente jurídico (pone en concordancia el concepto con la existencia del Derecho) y, con ello, refuerza la capacidad expresiva del comportamiento funcionalmente equivalente.

XXIII. Cuando se trata de determinar el alcance objetivo y subjetivo de la regularización tributaria, la interpretación aquí propiciada presenta algunas ventajas importantes. Respecto de lo primero, nos encontramos ante un instituto de efectos estrictamente personales: los partícipes deben colaborar en la regularización para obtener la impunidad. Respecto de lo segundo, la impunidad por los delitos conexos encuentra una explicación sólida a través del propio concepto de hecho punible (compuesto), en la medida en que este puede abarcar, perfectamente, injustos culpables diversos. Por último, la (mal) denominada «regularización tardía» no puede equipararse, ni en su fundamento ni en su naturaleza jurídica, a la regularización tributaria ni tampoco a la confesión. A lo sumo, estamos ante un caso de reparación (no voluntaria).

XXIV. En todo ordenamiento jurídico, la confesión posee dos dimensiones que, a pesar de estar relacionadas entre sí, conviene distinguir nítidamente: procesal (como medio de prueba) y sustancial (atenuante). Aquí nos hemos ocupado exclusivamente de la dimensión sustancial de la confesión: se trata de un comportamiento *voluntario* y *posterior* al injusto culpable, de carácter *supererogatorio e imputable* al agente responsable del previo quebrantamiento culpable de una norma, que da lugar a una *atenuación* de la pena eventualmente imponible.

XXV. La doctrina mayoritaria asienta el fundamento de la atenuante por confesión en argumentos utilitarios (ya sea por los efectos útiles que conlleva para la Administración de Justicia o para determinados sujetos procesales). Esta orientación utilitaria posee importantes deficiencias.

XXV.1 En relación con la propia atenuante de confesión: confunde la dimensión procesal con la sustancial, es una fundamentación débil (pues se asienta en un efecto procesal puramente contingente) y, lo más importante, distorsiona los requisitos del instituto (convierte el elemento subjetivo-cognitivo en una especie de límite temporal objetivo destinado a garantizar la utilidad de la información aportada). Como consecuencia de esta distorsión, su campo de aplicación queda demarcado de modo deficitario, de modo sobre-inclusivo e infra-inclusivo.

XXV.2 Respecto de la «atenuante de análoga significación» (prevista en el art. 21.7 CPE), la interpretación utilitaria cae en una insalvable contradicción: afirmando la identidad de fundamento con la confesión genérica, se pretende aplicar este atenuante analógica a los casos

de «*confesión tardía*»; pero, con ello, contradice su propio argumento utilitario respecto del «*elemento cronológico*» de la atenuante de referencia.

XXVI. El modelo de equivalentes funcionales de la pena que hemos propuesto, abre una vía distinta para intentar una reconstrucción de la atenuante de confesión, cuyo fundamento debe buscarse en los lineamientos de la justificación de la praxis punitiva. Este comportamiento postdelictivo permite atenuar (parcialmente) el reproche punitivo en la medida en que logra expresar una toma de posición revisionista sobre el previo quebrantamiento culpable. Con la confesión del hecho delictivo, el autor expresa un reconocimiento positivo de esa norma previamente quebrantada y, con ello, modifica la dimensión de sentido del hecho punible. Se reduce entonces su deber de tolerancia punitiva y, con ello, la extensión de la facultad punitiva del Estado.

XXVII. Para garantizar la capacidad expresiva de este comportamiento postdelictivo, el legislador exige determinados requisitos. Respecto de los requisitos objetivos, la doctrina mayoritaria exige que la declaración del agente sea veraz (en lo sustancial) y referida a su propia intervención. En esta investigación, dicha conclusión se acompaña y se fundamenta de modo más acabado: el agente solo debe declarar sobre los hechos que fundamentan su *propia* responsabilidad por el quebrantamiento de *esa* concreta norma (respecto del cual se expresa la toma de posición revisionista). Por lo demás, no se exige una auto-entrega inmediata sino una simple *puesta a disposición* de las autoridades (que el agente no eluda el accionar de la justicia).

XXVIII. El centro de gravitación de las exigencias impuestas a la confesión radica en el carácter espontáneo o voluntario de la declaración del agente (esta debe tener lugar «*antes de conocer el culpable que el procedimiento judicial se dirige contra él*»). Nuevamente, la normativización de este requisito de voluntariedad se produce a través de la distinción de dos dimensiones distintas.

XXVII.1 En su dimensión cuantitativa, la declaración debe tener lugar sin la influencia material de un concreto factor coercitivo: el conocimiento de que el procedimiento judicial se dirige contra él. Aquí distinguimos un elemento objetivo-procesal (la existencia del procedimiento judicial) y un elemento subjetivo-intelectual (el conocimiento). A partir de esta distinción, pueden formarse dos grupos de supuestos: casos de coincidencia y casos de divergencia. La solución de los primeros está prevista en el ordenamiento; la solución de los últimos, depende de la racionalidad epistémica de la creencia que motiva esa divergencia.

XXVII.2 En su dimensión cualitativa, la voluntariedad exige que la declaración del agente logre expresar un sentido comunicativo contrario al manifestado con la acción delictiva (una toma de posición *revisionista*). Por tanto, quien confesando mantiene la toma de posición contraria expresada con el injusto, no realiza una confesión voluntaria funcionalmente equivalente a la pena retributiva.

XXIX. La (mal) llamada «confesión tardía» no puede considerarse una circunstancia atenuante de análoga significación a la confesión, pues no comparten fundamento ni naturaleza jurídica. Esta atenuante se asienta en la idea de la colaboración procesal que puede dar pie a la creación de una atenuante por «*analogía institutionis in bonam partem*».

BIBLIOGRAFÍA

- ABEGG, *Lehrbuch des Strafrechts – Wissenschaft*, 1836, Wagner, Neustadt a. d. Orla.
- AL HAMWI, *Die strafbefreiende Selbstanzeige nach § 371 AO*, 2019, Lit, Münster.
- ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALCÁCER GUIRAO, «Límites al deber de socorro», en MAQUEDA ABREU *et al.* (coord.), *LH-Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 397-415.
- EL MISMO, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, 2002, Comares, Granada.
 - EL MISMO «La protección del futuro y los daños cumulativos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (4-8), 2002, pp. 1-30.
 - EL MISMO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa* (25), 2002, pp. 139-175.
 - EL MISMO «Desistimiento malogrado y reglas de imputación», *Actualidad Penal* (43), 2001, pp. 1041-1057.
 - EL MISMO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5 CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Consejo del Poder Judicial* (63), 2001, pp. 71-120.
 - EL MISMO, «Autonomía, solidaridad, y deber de socorro», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (53-1), 2000, pp. 361-411.
- ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1987, Astrea, Buenos Aires.
- ALEXANDER, *Twenty Lectures. Sociological Theory since World War II*, 1987, Columbia University Press, Nueva York.
- ALONSO GALLO, «El delito fiscal tras la ley orgánica 7/2012», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (34), 2013, pp. 15-38
- ALTPETER *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, 1990, Peter Lang, Francfort del Meno.
- ÁLVAREZ MORENO, «Los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Tribuna Social* (67), 1996, pp. 38-48.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, «El desistimiento idóneo fracasado», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (49-3), 1996, pp. 1-34.
- AMELUNG, «El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de*

legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, 2016, Marcial Pons, Madrid, pp. 221-259.

– EL MISMO, «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines Strafbefreienden Rücktritt vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (120-2), 2008, pp. 205-245.

– EL MISMO, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, Athenäum, Francfort del Meno.

ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga.

ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, 1949, Gráfica Administrativa, Madrid.

ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, 2006, Tirant lo Blanch, Valencia.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2014, Gredos, Barcelona.

ARMSTRONG, «The Retributivist Hits Back», *Mind* (70), 1961, pp. 471-490.

ARNOLD/RODRÍGUEZ, «Teoría de los sistemas sociales: las bases de la perspectiva luhmanniana», *Estudios Sociales* (69-3), 1991, pp. 93-110.

ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, 1987, Centro de publicaciones Madrid, Madrid.

ARZT, «Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung», *Juristenzeitung* (2), 1969, pp. 54 ss.

AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, Duncker & Humblot, Berlín.

ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos y sistemas de individualización de la pena*, 2009, Universidad del País Vasco, Bilbao.

ATRIA, *La forma del Derecho*, 2016, Marcial Pons, Madrid.

AUSTIN, *How to do things with words*, 1962, Oxford University Press, Londres.

AYALA GÓMEZ, «Antecedentes legislativos de los “delitos contra la Hacienda Pública”», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, Edisofer, Madrid, pp. 1797-1818.

– EL MISMO, «Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir el pago de la deuda», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO *et al.* (coord.), *LH-Ruiz Antón*, 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 97-118.

– EL MISMO, *El delito de defraudación tributaria*, 1988, Civitas, Madrid.

BACIGALUPO, «La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007», *Diario La Ley* (8076), 2013, pp. 1 ss.

- EL MISMO, *Hacia el nuevo Derecho penal*, 2006, Hammurabi, Buenos Aires.
 - EL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., 1999, Hammurabi, Buenos Aires.
 - EL MISMO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª 1997, Akal, Madrid.
 - EL MISMO, «El delito fiscal», en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, 1997, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 289-306.
 - EL MISMO, *Delito y punibilidad*, 1983, Civitas, Madrid.
 - EL MISMO, «El delito fiscal en España», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (56), 1979, pp. 79-98.
- BAEZA AVALLONE, «El arrepentimiento espontáneo», *Cuadernos de Política Criminal* (9), 1979, pp. 3-74.
- BAGARIC/AMARASEKARA, «Feeling Sorry? Tell Someone Who Cares: The Irrelevance of Remorse in Sentencing»; *The Howard Journal of Crime and Justice* (40-4), 2001, pp. 364-376.
- BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid.
- BARATTA, «Integración-prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Revista Doctrina Penal* (8-29), 1985, pp. 9-26
- BAUER, *Grundlinien des philosophischen Criminalrechts*, 1825, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen.
- BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, Springer, Berlín.
- BEADE, «La (relativa) importancia del merecimiento», *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), 2015, pp-103-122.
- BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2015, Universidad Carlos III, Madrid.
- BEDAU, «Retribution and the Theory of Punishment», *The Journal of Philosophy* (75-11), 1978, pp. 601-620.
- BEDAU/KELLY, «Punishment», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2015; disponible online en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment>.
- BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, Leipzig.
- BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, Tesis doctoral inédita, 1998.
- BERGMANN, «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (100-2), 1988, pp. 329-358.
- BERMAN, «Punishment and Justification», *Ethics* (118), Enero 2008, pp. 258-290.

BERMAN, «Two Kind of Retributivism», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, Oxford University Press, pp. 433-457.

BERMEJO, «Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena», en ALEGRE *et al.* (coord.), *Homenaje a Carlos Nino*, 2008, La Ley, Buenos Aires, pp. 183-199.

BETEGÓN, *La justificación del castigo*, 1992, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid.

BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 1913, Meiner, Leipzig.

– EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed., 1890, Leipzig.

– EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, Duncker & Humblot, Berlín.

– EL MISMO, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, 1877, Hölder, Viena.

BLOY, «Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des groß unverständigen Versuchs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (113), 2001, pp. 76-111.

– EL MISMO, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung», *Juristische Schulung*, 1987, pp. 528-535.

BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, Schwartz, Göttingen.

BOIX REIG/BUSTOS RAMÍREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública: bien jurídico y tipos legales*, 1987, Tecnos, Madrid.

BOIX REIG/GRIMA LIZANDRA, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, t. III, 2012, Iustel, Madrid, pp. 15-56.

BOIX REIG/MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.

BOONIN, *The Problem of Punishment*, 2008, Cambridge University Press, Cambridge.

BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (48-1), 1995, pp. 89-186.

BOTTKE, *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach der § 31 StGB*, 1980, Duncker & Humblot, Berlín.

– EL MISMO, «Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug», *Juristische Rundschau*, Noviembre 1980, pp. 441-444.

BRANDARIZ GARCÍA, «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Estudios Penales y Criminológicos* (24), 2003, pp. 60-126.

– EL MISMO, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.

BRANDOM, «Holismo e idealismo en la fenomenología de Hegel», *Praxis Filosófica* (50), junio 2020, pp. 289-326.

BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, 1996, Duncker & Humblot, Berlín.

BRINGEWAT, *Funktionales Denken im Strafrecht*, 1974, Duncker & Humblot, Berlín.

BROOKS, «Is Hegel a Retributivist», *Bulletin of the Hegel Society of Great Britain* (49/50), 2004, pp. 113-126.

BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2ª ed., 1985, Heymanns, Colonia.

BÜRGER, *Steuerflucht*, 2006, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín.

BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, Duncker & Humblot, Berlín.

BUSTOS RAMÍREZ, «Bienes jurídicos colectivos», en EL MISMO, *Obras completas*, t. II, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2004.

– EL MISMO, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 1989, Ariel, Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ/HOMARZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal II*, 1999, t. II, Trotta, Madrid.

BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia.

– EL MISMO, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos* (35), 2015, pp. 189-238.

BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, Cambridge University Press, Cambridge.

– LOS MISMOS, «Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat», *Juristenzeitung* (20), 2007, pp. 957-964.

CADENAS, «La función del funcionalismo: una exploración conceptual», *Sociologías* (18-41), 2016, pp. 196-214.

CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo*, 1990, Edersa, Madrid.

CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, 1974, Fischer Taschenbuch, Francfort del Meno.

– EL MISMO, «Rechtstheorie als Systemtheorie», en JAHR *et al.* (eds.), *Rechtstheorie: Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, Klostermann, Francfort del Meno, pp. 142 ss.

CARMEN ALASTUEY, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *Revista de Derecho penal y criminología* (5), 3ª época, 2011, pp. 13-54.

CASSIRER, *Filosofía de las formas simbólicas*, 3ª ed., 2016, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.

– EL MISMO, *Filosofía moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerström*, 2010, Herder, Barcelona.

– EL MISMO, *Substance and Function, and Einstein's Theory of Relativity*, 1923, Open Court Publishing Company, Chicago-Londres.

CEFFINATO, *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga.

CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, 2002, Tirant lo Blanch, Valencia.

CHOCLÁN MONTALVO, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2016, Bosch, Barcelona.

– EL MISMO, «Sobre el fundamento del injusto del delito fiscal desde los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad», *Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial* (138), 2008, pp. 9-45.

CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia.

– EL MISMO, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret* (2), 2017.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho pena Parte General*, 1999, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

COCA VILA, «Tema 17», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico*, 2020, Atelier, Barcelona.

– EL MISMO, *La colisión de deberes en el Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2016, Atelier, Barcelona.

– EL MISMO, «La legítima defensa frente a omisiones», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (69-1), 2016, pp. 75-122.

- EL MISMO, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret* (1), 2011.
- COGLEY, «Fortifying the Self-Defense Justification of Punishment», en *Public Affairs Quarterly* (31-4), 2017, pp. 325-343.
- CORTINA ORTS, «Estudio preliminar», en KANT, *La Metafísica de las costumbres*, 1989, Tecnos, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, «La Ideología de los fines de la pena», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (33-2), pp. 423-440.
- DANNECKER, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1984, Deubner, Colonia.
- DAVID, *El desistimiento de la tentativa, fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica*. Tesis doctoral inédita, Universidad Austral, Buenos Aires.
- DAVIS, «The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology», *American Sociological Review* (24-6), 1959, pp. 757-772.
- DE LA FUENTE, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, 2019, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- DE LA MATA BARRANCO, «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones viejas y nuevas, todavía controvertidas», *Revista General de Derecho Penal* (26), 2016, pp. 1-46.
- DECKERT, «Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (6), 2013, pp. 267-270.
- DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de dinero», *Revista general de Derecho Penal* (26), 2016 pp. 99-119.
- DENCKER, «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (102-1), 1990, pp. 51-79.
- DÍAZ ROCA, *Derecho penal general*, 1996, Tecnos, Madrid.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, «¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?», en DEMETRIO CRESPO (dir.)/MAROTO CALATAYUD (coord.), *Crisis Financiera y Derecho penal económico*, 2014, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- DIEZ RIPOLLES, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *Revista de Derecho penal y Criminología* (1), 1998, pp. 25-54.
- DOLD, «Versuch und Rücktritt», en KINDHÄUSER/KREß/PAWLIK/STUCKENBERG, *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 561-583.

- EL MISMO, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga.
- DOLINKO, «Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment», *Law & Philosophy* (16-5), 1997, pp. 507-528.
- DÖLLING, «Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung», en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 1181-1188.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La superatenuación por “regularización tardía” y la compra de impunidad. Motivos para una derogación», en DEMETRIO CRESPO *et al.* (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, 2019, Atelier, Barcelona, pp. 43-63
- EL MISMO, «La reforma del Derecho penal tributario. Nuevas oportunidades para el fraude fiscal», en *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho* (181), 2012, pp. 12-16.
- EL MISMO, *Omisión e injerencia en el Derecho Penal*, 2006, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DU BOIS-PEDAN, «Hegel justification of real-world penal sanctions», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (29-1), 2016, pp. 37-70.
- DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, Oxford University Press, Oxford.
- EL MISMO, «Punishment and the Duties of the Offenders», *Law and Philosophy* (32), 2013, pp. 109-127.
- EL MISMO, «Retrieving Retributivism», en WHITE, *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, 2011, Oxford University Press, Oxford, pp. 3-24.
- EL MISMO, *Answering for Crime*, 2007, Hart Publishing, Oxford.
- DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, 2001, Fondo de Cultura Económica México, Ciudad de México.
- ECHAVARRÍA RAMÍREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (16-04), 2014, pp.16-34.
- EL MISMO, *Análisis de la conducta típica y de la autoría en el delito de defraudación tributaria*, Tesis doctoral inédita, Universidad Pompeu Fabra, 2012.
- EHLERS/LOHMAYER, *Steuerstrafrecht*, Schäffer, Stuttgart.
- ESER, «§ 22-24», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28ª ed., 2010, Munich.
- ESER, «Absehen von Strafe», en SCHRÖDER *et al.* (eds.), *FS-Maurach*, 1972, C. F. Müller, Karlsruhe, pp. 257-273.

ESPIGADO GUEDES, «Amnistía fiscal: a propósito de la regularización tributaria como excusa absolutoria en el delito fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017», *Diario La Ley* (9030), 2017, pp. 1-6.

FARALDO CABANA, *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia.

– LA MISMA, *Las causas de levantamiento de la pena*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia.

– LA MISMA, «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los números 4º y 5º en relación con el número 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1), 1998, pp. 237-257.

FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 2ª ed., 2011, Edisofer, Madrid.

– LA MISMA, «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (2), 1992, pp. 711-740.

– LA MISMA, «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa», *Estudios penales y criminológicos* (13), 1990, pp. 43-85.

FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

– EL MISMO, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret* (2), 2008.

– EL MISMO, *Retribución y prevención general*, 2007, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

FEINBERG, *Doing and Deserving*, 1970, Princeton University Press, Princeton.

– EL MISMO, «Justice and Personal Desert», en FRIEDMAN *et al.* (eds.), *Rights and Reason. Law and Philosophy Library* (44), 1970, Springer, Berlín, pp. 221-250.

FERRANTE, en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. III, 2015, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México.

FERRÉ OLIVÉ, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 2018, Tirant lo Blanch, Valencia.

FEUERBACH, «Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft. Eine Antrittsrede», en LÜDERSSEN (ed.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1968, Suhrkamp, Frankfurt.

FOUCAULT, *El orden del discurso*, 1992, Tusquets, Buenos Aires.

FREUND, «La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema», en ASUA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, 2009, Universidad del País Vasco, Lejona.

– EL MISMO, «Straftatbestand und Rechtsfolgen Bestimmung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, pp. 526 ss.

FREUND- ROSTALSKI, *Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, Springer, Berlín.

FRISCH, «Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico*, 2016, Marcial Pons, Madrid. pp. 309-340.

– EL MISMO, «Voraussetzungen und Grenzen des Staatlichen Strafens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (16), 2016, pp. 16 ss.

– EL MISMO, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND, *El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, Marcial Pons, Madrid.

– EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, C. F. Müller, Heidelberg.

–EL MISMO, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (99-3), 1987, pp. 359-388.

FRISTER, «Zur Strafmildernde Wirkung eines schuldanererkennenden Geständnis», en HECKER *et al.* (eds.), *FS-Rengier*, 2018, Beck, Berlín, pp. 377-385.

– EL MISMO, Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit, en FREUND *et al.* (eds.), *FS-Frisch*, 2013, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 533-554.

FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, Duncker & Humblot, Berlín.

GABRIEL, *Sentido y existencia. Una ontología realista*, 2017, Herder, Barcelona.

GALAIN PALERMO, «Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal», *Revista Penal* (30), 2012, pp. 13-34.

– EL MISMO, *La reparación del daño a la víctima del delito*, 2010, Tirant lo Blanch, Valencia.

GALINDO, «El método funcional en la teoría de sistemas», en DE LA GARZA TOLEDO/LEYVA (eds.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, 2012, Fondo de Cultura Económico México, Ciudad de México.

GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (80-1), 1968, pp. 1-30.

GANZENMÜLLER, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995*, 2000, Bosch, Barcelona.

GARCÍA ARÁN, «Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica», en MUÑOZ CONDE *et. al.* (dirs.), *LH-Landrove Díaz*, 2011, Tirant lo Blanch, pp. 449-480.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte Especial*, t. III, 2007, Instituto Pacifico, Madrid.

GARCÍA PÉREZ, «Sobre el estado actual de la punibilidad», *Estudios penales y criminológicos* (39), 2019, pp. 709-753.

– EL MISMO, *La punibilidad en Derecho Penal*, 1997, Aranzadi Thompson Reuters, Madrid.

GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008, Tirant lo Blanch, Valencia.

GIL GIL *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito*, 2018, Dykinson, Madrid.

GILI PASCUAL, «Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret* (2), 2012.

– EL MISMO, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, Tirant lo Blanch, Valencia.

– EL MISMO, «La eficacia en el desistimiento del partícipe», en CARBONELL MATEU *et al.* (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, v. 1, 2009, pp. 717-738.

GIMBERNAT ORDEIG, «El desistimiento de la tentativa acabada», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (59-1), 2006, pp. 25-34.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», *InDret* (2), 2008.

– EL MISMO, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a G. Jakobs*, t. II, 2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GÓMEZ LANZ, «Delitos contra la Hacienda Pública: art. 305.4», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 843-853.

– EL MISMO, «Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del art. 305 del Código

- Penal mediante LO 7/2012», *Revista de Derecho penal y Criminología* (1), 2013, pp. 53-80.
- GÓMEZ PAVÓN, «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp 567-602.
- GOTTINGHAM, «Varieties of retribution», *Philosophical Quarterly* (29-116), 1979, pp. 238 ss.
- GOYENA HUERTA, «Artículo 21», en Gómez Tomillo, *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, Aranzadi, Madrid, pp. 293-334.
- GRACIA MARTÍN, «Nuevas perspectivas del derecho penal tributario (las funciones del tributo como bien jurídico)», *Actualidad Penal* (10/7-13), 1994, pp. 183-217.
- EL MISMO, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios*, 1990, Trivium, Madrid.
 - EL MISMO, «La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma», *REDF* (58), 1988; pp. 267-292.
- GRAY, «Punishment as Suffering», *Vanderbilt Law Review* (63-6), 2010, pp. 1619-1693.
- GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, Marcial Pons, Madrid.
- EL MISMO, «¿Tiene futuro la teoría del bien jurídico?», en EL MISMO, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del Derecho penal*, 2014, Hammurabi, Buenos Aires.
- GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz*, 1925, t. I, Reus, Madrid.
- GRÜNWARD, «Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht», en STRATENWERTH *et al.* (ed.), *FS-Welzel*, 1974, De Gruyter, Berlín, pp. 701-718.
- GUASTINI, *Teoría analítica del Derecho*, 2017, Zela Grupo Editorial, Lima.
- GÜNTHER, «Criminal Law, Crime and Punishment as Communication», en SIMESTER/BOIS-PEDAIN/NEUMANN, *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas v. Hirsch*, 2014, Hart Publishing, Oxford, pp. 123-140.
- EL MISMO, «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en JUNG *et al.*, *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, Nomos, Baden-Baden, pp. 205-218.
 - EL MISMO, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, Heymanns, Colonia.

- GUTIÉRREZ GÓMEZ *et al.*, *La aplicación práctica del delito fiscal*, 2021, Bosch, Barcelona.
- GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei Tätigen Reue*, 1963, Hansischer Gildenverlag, Hamburgo.
- HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (123), 2011, pp. 226-259.
- EL MISMO, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2001, Duncker & Humblot, Berlín.
- HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, 1999, Taurus, Madrid.
- HARRIS/MARUNA, «Shame, Shaming and Restorative Justice: A critical appraisal» en SULLIVAN/TIFF (eds.), *Handbook of Restorative Justice*, 2006, Routledge, Oxford, pp. 452-462.
- HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2008, Oxford University Press, Oxford.
- HART, «Prolegomenon to the principles of Punishment», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60-1), 1960, pp. 1-26.
- HASSEMER, *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, 2016, Tirant lo Blanch, Valencia.
- EL MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, Dykinson, Madrid.
- HAUER, *Geständnis und Absprache*, 2007, Duncker & Humblot, Berlín.
- HAUF, «Die aktuelle Rücktrittsproblematik: Straffreiheit bei Verzicht auf “neuen Anlauf” nach zuvor erfolglos gebliebenen Teilakten», *Wistra*, 1995, pp. 260-262.
- HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., 1999, Edhasa, Barcelona.
- EL MISMO, *Ciencia de la lógica* (trad. de Augusta y Rodolfo Mondolfo), 5ª ed., 1982, Solar, Buenos Aires.
- EL MISMO, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., 1968, Claridad, Buenos Aires.
- HENKE, *Über den Streit der Strafrechtstheorien*, 1811, Montag- und Weissischen, Regensburg.
- HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, Duncker & Humblot, Berlín.
- HERTZ, *Das Verhalten des Täters nach der Tat. Ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien*, 1973, De Gruyter, Berlín.
- HERZBERG, «§ 24», en JOECKS/MIEBACH *et al.*, *MK-StGB*, 2ª ed., 2011, Beck, Munich.
- EL MISMO, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010, Mohr Siebeck, Tubinga.

- EL MISMO, «Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda», *NJW*, 1991, pp. 1636 ss.
- EL MISMO, «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», en KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Lackner*, 1987, De Gruyter, Berlín.
- HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue*, 1888, Marburgo.
- HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, 1993, Marcial Pons, Madrid.
- HOBBS, *Leviathan: or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651 (reimpresión 1965), Oxford University Press, Oxford.
- HOFMANN, *Strafe und Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung*, Kovac, Hamburgo.
- HÖNIG, *Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte des Strafzwecke*, 2004, Peter Lang, Berna.
- HÖRNLE, «§ 12 Straftheorien», en HILGENDORF *et al.* (coord.), *Handbuch des Strafrechts*, t.1, 2019, C. F. Müller, Heidelberg.
- LA MISMA, *Straftheorien*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga.
- LA MISMA, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion», en V. HIRSCH *et al.* (coord.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, t. 2, 2011, Nomos, Baden-Baden, pp. 11-30.
- HRUSCHKA, «Supererogation and Meritorious Duties», *Law and Ethics* (6), 1998, pp. 93-108.
- HSU, *Die Bewertung des Geständnis in der Strafzumessung und in der Beweisausnahme als Sonderproblem der Urteilabsprache*, 2007, Tesis doctoral inédita, Tubinga.
- HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370^a. S.3 AO*, 2006, Nomos, Baden-Baden.
- HUSAK, «What do Criminals Deserve», en FERZAN/MORSE, *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, Oxford University Press, Oxford, pp. 49-62.
- IGLESIAS RÍOS, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: arts. 305 a 310», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de 2012*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia pp. 809-832.
- EL MISMO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 2003, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JÄGER, «§ 371», en KLEIN, *Abgabenordnung*, 15^a ed., 2020, Beck, Munich.

JÄGER, «Betrachtungen zur Reform des Rücktritt vom Versuch», en NÚÑEZ PAZ/GARCÍA ALFARAZ (eds.), *LH-Núñez Barbero*, 2007, Universidad Salamanca, Madrid.

– EL MISMO, *El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa*, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (56-1), 2003, pp. 17-44.

– EL MISMO, *Der Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, Beck, Munich.

JAGUSCH, *Die Praxis der Strafzumessung*, 1956, De Gruyter, Berlín.

JAKOBS, «El intento de tentativa», *InDret* (4), 2020, pp. 484-499.

– EL MISMO, «Unrecht, Zurechnung, Notstand. Bemerkungen zur Lehre Hugo Hälschners», en KUBICIEL *et al.* (eds.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 163-180.

– EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, Mohr Siebeck, Tubinga.

– EL MISMO, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, Klostermann Vittorio, Francfort del Meno.

– EL MISMO, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (Estudios de Derecho penal funcionalista)*, 2006, Porrúa, Ciudad de México.

– EL MISMO, «Beteiligung», en DÖLLING *et al.* (eds.), *FS-Lampe*, 2003, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 561 ss.

– EL MISMO, «La imputación jurídico penal y las condiciones de vigencia de la norma», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, Comares, Granada, pp. 177 ss.

– EL MISMO, «La pena como reparación», en REYES ALVARADO *et al.* (coord.), *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, Legis, Bogotá, pp. 339 ss.

– EL MISMO, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», 2000, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

– EL MISMO, *Sobre la teoría de la pena*, 1998, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

– EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, Civitas, Madrid.

– EL MISMO, *Sociedad norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*, 1996, Universidad Externado Colombia, Bogotá.

– EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- EL MISMO, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (11), 1996, pp. 23-42.
- EL MISMO, «¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho penal tras una fractura del régimen político», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (47-2), 1994, pp. 137-158.
- EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1992, Marcial Pons, Madrid.
- EL MISMO, «Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzung eine strafbefreiendes Rücktritt», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, pp. 195 ss.

JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, Civitas, Madrid.

JARY/KISSINI, *Imperatives*, 2014, Cambridge University Press, Cambridge.

JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007, Wolters Kluwer, Madrid.

JEROUSCHEK, «Straftat und Traumatisierung: Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive», *Juristenzeitung* (4), 2000, pp. 185-194.

- EL MISMO, «Jenseits von Gut und Böse: Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht», *ZStW* (102-4), 1990, pp. 793-819.

JESCHECK/ WEIGEND, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, Comares, Granada.

JOECKS, «§ 32», en FRANZEN/GAST/JOECKS, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht. Kommentar §§ 369-412 AO*, 7ª ed., 2009, Beck, Munich.

JOECKS/JÄGER/RANDT, *Steuerstrafrecht*, 9ª ed., 2021, Beck, Munich.

KAUFMANN, Arthur, «Über die gerechte Strafe», en HIRSCH/KAISER/MARQUARDT (eds.) *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, De Gruyter, Berlín, pp. 425-432.

- EL MISMO, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, Carl Winter, Heidelberg.

KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2015, Nomos, Baden-Baden.

- EL MISMO, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en MAÑALICH/KINDHÄUSER, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, BdeF, Buenos Aires, pp. 68-108.
- EL MISMO, «Retribución, Culpabilidad y Pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, BdeF, Buenos Aires, pp. 147-170.
- EL MISMO, «Estructura y legitimidad de los delitos de peligro», *InDret* (1), 2009.
- EL MISMO, «La lógica de la construcción del delito», *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* (14), 2009.

– EL MISMO, «Personalität, Schuld und Vergeltung - Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1989, pp. 493-507.

– EL MISMO, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1989, pp. 493-507.

KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9^a ed., 2019, Nomos, Baden-Baden.

KLEINIG, «What Does Wrongdoing Deserve», en TONRY (ed.), *Retribution Has a Past: Has it a Future?*, 2011, Oxford University Press, Oxford, pp. 46-62.

– EL MISMO, «The Concept of Desert», *American Philosophical Quarterly* (8-I), 1971, pp. 71-78.

– EL MISMO, *Desert and Punishment*, 1968, Tesis doctoral, Australian National University.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, Springer, Berlín.

KOLBER, «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review* (109), 2009, pp. 182-236.

KOLSTER, *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1992, Peter Lang, Berna.

KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1855, Tubinga.

– EL MISMO, *Neue Revision der Grundbegriff des Criminalrechts*, v. I, 1845, Kessinger.

KRAUß, «Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch», *Juristische Schulung*, 1981, pp. 883 ss.

KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. ed., 2011, Kohlhammer, Stuttgart.

KUNZ, «Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen», en FRISCH (ed.), *Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht*, 2011, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 135-150.

KÜRZINGER, «Kapitel II», en WANNEMACHER (ed.) *Steuerstrafrecht: Handbuch*, 5^a ed., 2004, Stollfuß Medien, Bonn.

LAMPE, «Rücktritt vom Versuch „mangel Interesses“ – BGHSt 35, 184», *Juristische Schulung*, 1989, pp. 610-616

LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas*, 2018, Tirant lo Blanch, Valencia.

- LA MISMA, «La salvación *in extremis* del bien jurídico en el delito de incendio», *Estudios penales y criminológicos* (28), 2008, pp. 127-204.
- LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, Heymanns, Colonia.
- EL MISMO, «Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (111-3), 1999, pp. 624-646.
- EL MISMO, *La función de la pena*, 1999, Dykinson, Madrid.
- LIDDELL/SCOTT, «μετάνοια»; *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940.
- LINARES, *El delito de defraudación tributaria*, 2020, Bosch, Barcelona.
- LIPPKE, «Response to Tudor: Remorse-based Sentence Reductions in Theory and Practice».
- LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 1969, Aguilar, Madrid.
- LÖFFLER, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige. Über die strafrechtliche Erklärung des § 371 AO*, 1992, Nomos, Baden-Baden.
- LUHMANN, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, 1998, Anthropos, Barcelona.
- EL MISMO, *Introducción a la teoría de sistemas*, 1996, Anthropos, Barcelona.
- EL MISMO, *Ilustración sociológica*, 1973, Sur, Buenos Aires.
- LUZÓN PEÑA, «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», *InDret* (1), 2013.
- MAHNER/BUNGE, «Function and Functionalism: a Synthetic Perspective», *Philosophy of Science* (68), 2001, pp. 75-94.
- MAIWALD, «Reparación y determinación de las consecuencias jurídico-penales en el sistema penal alemán», en ASUA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, 2008, pp. 56-68.
- EL MISMO, «Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen oder beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB)» en ALBRECHT *et al.* (eds.), *FS-Wolff*, 1998, pp. 337-360
- MALDONADO, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia* (7), 2006, pp. 23-63.
- MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal* (15-30), 2020, p. 780-810.

- EL MISMO, «El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma», *InDret* (3), 2020, pp. 260-284.
- EL MISMO, «La voluntariedad del desistimiento como ortonomía motivacional», en ACEVEDO *et al.* (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, 2020, pp. 297-320.
- EL MISMO, «Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres», *Revista de Ciencia Política*, (38-3), 2018, pp. 507-526.
- EL MISMO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, Thomson Reuters, Santiago de Chile.
- EL MISMO, «La tentativa como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho* (44-2), 2017, pp. 461-493.
- EL MISMO, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret* (2), 2015.
- EL MISMO, «El comportamiento supererogatorio como atenuante de la responsabilidad penal», *Revista de Derecho* (28-2), 2015, p. 227-250.
- EL MISMO, *Terror, pena y amnistía*, 2010, Flandes Indiano, Santiago de Chile.
- EL MISMO, «La retribución como coacción punitiva», *Derecho y humanidades* (16-1), 2010, pp. 49-67.
- EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia* (12), 2010, pp. 165-185.
- EL MISMO, «La pena como retribución», *Estudios Públicos* (108), 2007, pp. 117-205.
- EL MISMO, «Pena y ciudadanía», *Revista de Estudios de la Justicia* (6), 2005, pp. 63-83.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias del derecho español*, 2014, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

- LA MISMA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, 2007, Grupo Difusión, Madrid.

MARKEL, «Are Shaming Punishments Beautifully Retributivist? Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate», *Vanderbilt Law Review* (54-6), 2001, pp. 2157-2242.

MARTIN, *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminalrechts*, 1825, Winter, Heidelberg.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, 1994, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

- MARTÍNEZ HORNERO, «Delito fiscal y regularización tributaria», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios y casos prácticos* (170), 1997, pp. 3-40.
- MARTÍNEZ VAL, «El arrepentimiento espontáneo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1957, pp. 413-468.
- MARTÍNEZ-ARRIETA, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, 2014, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte especial*, 6ª ed., 2019, Tirant lo Blanch, Valencia.
- EL MISMO, *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, 1996, Tecnos, Madrid.
- EL MISMO, «El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria», *Estudios penales y criminológicos* (18), 1994-1995, p. 123-196.
- MASLEN, *Remorse, Penal Theory and Sentencing*, 2015, Hart, Oxford.
- MATUS, «Comentario al art. 11», en POLITOFF/ORTIZ (dir.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, 2002, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 1962, Ariel, Barcelona.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 1995, Astrea, Buenos Aires.
- MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1923, Winter, Heidelberg.
- MCPHERSON, «Punishment: Definition and Justification», *Analysis* (28-1), Octubre 1967, p. 21.
- MEIER, «Nachtatverhalten und Strafzumessung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (8), 2015, pp. 44-452.
- MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, 2007, Reus, Madrid.
- MERINO JARA, «El delito fiscal y la administración tributaria», en PATÓN GARCÍA (coord.), *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, 2016, pp. 164-197.
- MERKEL, *Derecho penal. Parte general*, 2004, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- MERTON, *Teoría y estructuras sociales*, 3º ed., 1992, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid.
- MICHAELS, «The Functional Method of Comparative Law», en REINMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, pp. 339-382.
- MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., 2015, Reppertor, Barcelona.

- EL MISMO, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología* (3), 2001.
 - EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, Ariel, Barcelona.
 - EL MISMO, «La perspectiva “ex ante” en Derecho penal», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (6-1), 1983, pp. 5-22.
 - EL MISMO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1982, Bosch, Barcelona.
- MIZRAHI, «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía* (29-1), 2004, pp. 7-31.
- MOLINA FERNÁNDEZ, «El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito», *Revista Chilena de Derecho* (22-2), 1995, pp. 265-296.
- MOLINA FERNÁNDEZ, «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIA *et al.*, (eds.), *Libro Homenaje al Prof. Jorge Barreiro*, 2019, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 655-682.
- EL MISMO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, Bosch, Barcelona.
- MONTIEL, *Analogía favorable al reo: fundamento y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, La Ley, Madrid.
- MOORE, «Law as a Functional Kind», en EL MISMO, *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence* (9), 2000, Oxford University Press, Oxford, pp. 294-334.
- EL MISMO, *Placing Blame*, 1997, Oxford University Press, Oxford.
 - EL MISMO, «Justifying Retributivism», *Israel Law Review* (27-1), 1993, pp. 15-49.
- MOORE, G. E., *Principia Ethica*, 1903, Cambridge University Press (1923), Cambridge.
- MOOS, *Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung*, 1983, Klose, Gotinga.
- MORENO-TORRES HERRERA, «La punibilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, Lección 11, pp. 144-158.
- MÜLLER, *Steuerhinterziehung (§§ 370, 371 AO), Gesetzgebung und Reformdiskussion seit dem 19. Jahrhundert*, 2018, De Gruyter, Berlín.
- MUNCH, «The Concept of Function and Functional Analysis in Sociology», *Philosophy of the Social Sciences* (6-3), 1976, pp. 193-213.

- MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, Bosch, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte General*, 8ª ed., 2010, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CUESTA, «La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012», *Revista Aranzadi* (11), 2013, pp. 37-48.
- EL MISMO *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, 1997, Aranzadi, Navarra.
- MUÑOZ RUIZ, *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, 2016, Aranzadi, Navarra.
- MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, C. F. Müller, Heidelberg.
- MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review* (3), 1987, pp. 509-532.
- MUSHOFF, *Strafe, Maßregel, und Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, 2008, Peter Lang, Berna.
- MÜSSIG, «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época (9), 2002, pp. 169-208;
- EL MISMO, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, Peter Lang, Berna.
- NAGLER, *Die Strafe: Eine Juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, Scientia, Aalen.
- NAUCKE, *Derecho penal: una introducción*, 2006, Astrea, Buenos Aires.
- EL MISMO, «Schwerpunktverlagerung im Strafrecht» *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (76-2), 1993, pp. 135-162.
- EL MISMO, «Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jh.», en BLÜHDORN *et al.* (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft* (v. 8), 1969, Klostermann, Francfort del Meno, pp. 27-48
- EL MISMO, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, Gilden, Hamburgo.
- NAVAS, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, 1989, Universidad de Navarra, Navarra.
- NEUMANN, «Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe», en PAWLIK/ZACZYK (coords.), *FS-Jakobs*, 2007, Heymanns, Colonia, pp. 435-450.

- NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980,
- NINO, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, 1989, Ariel, Barcelona.
- NOVOA MONREAL, «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (1) 1982, pp. 43-76.
- NOWAKOWSKI, «Das Ausmass der Schuld», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (65), 1950, pp. 307 ss.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas», en EL MISMO (coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, 2009, Tirant lo Blanch, Valenacia, pp. 63-90.
- EL MISMO, «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», *La Ley* (8), 2000, pp. 1472-1478.
- ORTIZ DE URBINA, «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en CARNEVALI (coord.), *Derecho, Sanción y Justicia Penal*, 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- ORTS BERENGUER, «Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Cuadernos de Política Criminal* (14), 1981, pp. 258-260.
- EL MISMO, *Atenuante de análoga significación*, 1978, Universidad Politecnica de Valencia, Valencia.
- OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, 2003, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OTERO GONZÁLEZ/CASTRO MORENO, «La atenuante analógica tras las reformas del Código penal por la LO 11/2003 y LO 15/2003», *La ley Penal* (27), 2006, pp. 22-51.
- OTTO, *Manual de Derecho penal*, 7ª ed., 2017, Atelier, Barcelona
- PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, 2006, Atelier, Barcelona.
- PAREDES CASTAÑÓN, «Voz Atenuante», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, 1995, Civitas, Madrid, pp. 634 ss.
- PASTOR MUÑOZ/COCAVILA, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret* (1), 2015.
- PAWLIK, «Error de prohibición en caso de situación legal confusa», *InDret* (3), 2020, pp. 560-576.

- EL MISMO, «¿Identidad de la sociedad o identidad de quien aplica el derecho? Observaciones sobre la tarea de la ciencia jurídico-penal, *Revista En Letra: Derecho Penal*, (IV-7), 2018, pp. 189-205.
- EL MISMO, *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, 2017, Nomos, Baden-Baden.
- EL MISMO, «Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?», en KUBICIEL *et al.* (eds.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 247-275.
- EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, Atelier, Barcelona.
- EL MISMO, «Una teoría del Estado de necesidad exculpante», *InDret* (4), 2015.
- EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, Mohr Siebeck, Tübinga.
- EL MISMO, «Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke», en SCHUMANN, *Das Strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, De Gruyter, Berlín, pp. 59-93.
- EL MISMO, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK/ZACZYK (coords.), *FS-Jakobs*, 2007, Heymanns, Colonia, pp. 469-495.
- EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, Heymanns, Colonia.
- EL MISMO, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal*, 2010, Marcial Pons, Madrid.
- EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2006, Duncker & Humblot, Berlín.

PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», *Doxa* (23), 2000, pp. 289-321.

PERALTA, «“Nemo tenetur” y derecho procesal penal preventivo (Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse)», en AMBOS/MALARINO/PASTOR, *Prevención e imputación*, 2017, Hammurabi, Buenos Aires, Tema 12.

- EL MISMO, «Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico», *InDret* (2), 2008.

PÉREZ BARBERÁ, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret* (4), 2014.

- EL MISMO, *El dolo eventual*, 2011, Hammurabi, Buenos Aires.

PÉREZ DEL VALLE, «Poena forensis y retribución», *InDret* (3), 2020, pp. 214-259.

– EL MISMO, *Conciencia y derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, 1994, Comares, Granada;

PÉREZ MANZANO, «Lo que una verdad (a medias) esconde: el destino de las faltas», en MAQUEDA ABREU *et al.* (coords.) *LH-Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, 2016, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 269-295.

– LA MISMA, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención General Positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, 1986, Ministerio de Hacienda, Madrid.

PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, 2005, Bosch, Barcelona.

– EL MISMO, «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal*, t. II, 2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 39-61.

POLAINO NAVARRETE, «Das Versuchsunrecht am Beispiel der schlichten Tätigkeitsdelikte und der Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Erfolgsbegriff», en DÖLLING/ERB, *FS-Gössel*, 2002, C. F. Müller, Munich, pp. 157-173.

POLAINO ORTS/POLAINO NAVARRETE, «Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coord.), *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, pp. 163-186.

– LOS MISMOS, en *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, 2013, Flores Editor, Ciudad de México.

POZUELO PÉREZ, «Elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (22-17), 2020.

– LA MISMA, «Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo», *InDret* (2), 2020, pp. 171-194.

– LA MISMA, «Circunstancias atenuantes. Confesión de la infracción», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre, Penal*, 2020, nm. 4130 ss.

– LA MISMA, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, Tirant lo Blanch, Valencia.

– LA MISMA, «Las atenuantes 21.4ª y 21.5ª del actual Código Penal» *Cuadernos de Política Criminal* (65), 1998, pp. 403-434.

- PRECHT, *El arte de no ser egoísta*, 2014, Siruela, Madrid.
- PRIMORATZ, «On 'partial retributivism'», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (71-3), 1985, pp. 373-377.
- PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation. Leistung und Gefahren eines neues Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik», en DENCKER *et al.* (eds.), *FS-Grünwald*, 1999, Nomos, Baden-Baden, pp. 469 ss.
- LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, Decker und Müller, Heidelberg.
 - LA MISMA, «Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (11), 1984, pp. 488 ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Empresa y Derecho penal*, (I), 1998, pp. 169-230.
- EL MISMO, «Comentarios a la reforma penal del fraude fiscal (LO 6/1995, 29 de junio)», *Economist & Jurist* (16), 1995, pp. 61 ss.
- QUINTON, «On punishment», *Analysis* (14-6), Junio 1954, pp. 133-142.
- RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER, *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag*, 1930, Scientia, Aalen, pp. 158 ss.
- RADCLIFFE-BROWN, *Structure and Function in Primitive Society*, 1952, The Free Press, Illinois.
- RAGUÉS I VALLÈS, «¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena», *InDret* (3), 2020, pp. 112 ss.
- EL MISMO, «El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena», en GARCÍA CAVERO, *Derecho penal y persona. Libro homenaje a Silva Sánchez*, 2019, Ideas, Lima, pp. 61 ss.
- RAWLS, «Two concepts of Rules», *The Philosophical Review* (64), 1955, pp. 3-32.
- RAZ, *Razón práctica y normas*, 2ª ed., 1991, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- REAÑO PESCHIERA, «El efecto exoneratorio por desistimiento voluntario de la tentativa: ¿lo que mal empieza mal acaba?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (58), 2005, pp. 453-483.
- REQUEJO CONDE, «El intento serio de impedir la consumación», *Cuadernos de política criminal* (83), pp. 37-68.
- REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

RIEB, «Gedanken über das Geständnis im Strafverfahren» en KEMPF *et al.* (eds.), *FS-Richter*, t. II, 2006, Nomos, Baden-Baden, pp. 433 ss.

ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS, «Merecimiento y necesidad de la prohibición penal»; en DE VICENTE REMESAL *et al.* (ed.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, Reus, Madrid, pp. 379-390.

– EL MISMO, «La herencia de Karl Binding», en CANCIO MELIÁ *et al.* (coord.), *LH-Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 743-757.

– EL MISMO, «Normas de conducta», *InDret* (1), 2019.

– EL MISMO, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho penal: LH-Mir Puig*, 2017, BdeF, pp. 829-842.

– EL MISMO, *Estudios de Dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, BdeF, Montevideo-Buenos Aires

– EL MISMO, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *Límites al Derecho penal*, 2012, Atelier, Barcelona, pp. 19-47.

– EL MISMO, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho: LH-Mir Puig*, 2010, pp. 445-474.

– EL MISMO, *Garantes y cómplices la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, Atelier, Barcelona.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 8ª ed., 1980, Artes Graficas Carasa, Madrid.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2017, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, 2008, Bosch, Barcelona.

RODRÍGUEZ MOURULLO/ BARREIRO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2010, Dysinson, Madrid.

RÖMER, «Vollendungsverhinderung durch “ernsthafte Bemühen” –Überlegungen zur Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1989 (11), pp. 945-948.

– EL MISMO, *Fragen des “Ernsthaften Bemühens” bei Rücktritt und tätiger Reue*, 1987, Brockmeyer, Bochum.

ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, Mohr Siebeck, Tübinga.

ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., t. II, 2014, Civitas, Madrid.

– EL MISMO, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», en WEIGEND *et al.* (eds.), *FS-Hirsch*, 1999, De Gruyter, Berlín, pp. 327-344.

– EL MISMO, «Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad», en EL MISMO, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, Reus, Madrid.

– EL MISMO, «Sentido y límites de la pena estatal», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal*, 1976, Reus, Madrid.

– EL MISMO, «Der Anfang des beendeten Versuchs», en SCHRÖDER *et al.* (eds.), *FS-Maurach*, 1972, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 213 ss.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1., 5ª ed., 2020, Beck, Munich.

RUDOLPHI, «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 1.2.1989-2StR 703/88», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (11), 1989, pp. 508-511.

SAFFIE, *Taxes as Practices of Mutual Recognition*, Tesis doctoral, 2013, disponible en <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/9589/Saffie2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

SÁNCHEZ MELGAR, «Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal», *Diario La Ley* (7862), 2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, 2018, Reus, Madrid.

– EL MISMO, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», *InDret* (1), 2014.

– EL MISMO, «Más allá del deber. Consideraciones introductorias sobre los comportamientos supererogatorios en el Derecho penal peruano», *Revista Peruana de Ciencias Penales* (12), 2002, pp. 163-181.

– EL MISMO, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, Aranzadi, Navarra.

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2ª ed., 2005, Hammurabi, Buenos Aires.

- EL MISMO, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, 2004, Hammurabi, Buenos Aires.
- EL MISMO, «Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el art. 29 de la Constitución Nacional», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (16), 2003, pp. 49-68.
- SCHÄLIKE, «Retributionstheorien der Strafe», en GESANG/SCHÄLIKE (eds.), *Die Großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*, 2011, Mentis, Paderborn.
- SCHIED, «Kant's retributivism again», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (72-2), 1986, pp. 224-230.
- EL MISMO, «Kant's retributivism», *Ethics* (93-2), Enero 1983, pp. 262-282.
- SCHIEFELD, «Dennis Dold, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (8), 2019, pp. 524-526.
- SCHILD, «Hegels Theorie der Strafrechtsinstitution», en V. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, 2011, Nomos, Baden-Baden, pp. 97-111.
- EL MISMO, «The Contemporary Relevance of Hegel's Concept of Punishment», en PIPPIN/HÖFFE (eds.), *Hegel on Ethics and Politics*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 150-180.
- EL MISMO, «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechen – und Strafphilosophie von Immanuel Kant», en ZACZYCK *et al.* (eds.), *FS-Wolff*, 1998, Springer, Berlín, pp. 429-441.
- EL MISMO, «Ende und Zukunft des Strafrechts», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (70), 1984, pp. 71-112.
- SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht», en KÜPER *et al.* (ed.), *FS-Lackner*, 1987, De Gruyter, Berlín, pp. 77-94.
- EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1984, Mohr, Tübinga.
- SCHUMANN, «Der Rücktritt gem. § 24 StGB auf der „Tatbestandsebene“ des Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (130), 2018, pp. 1-22.
- LA MISMA, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, 2006, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHÜNEMANN, «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía», *InDret* (2), 2008.
- EL MISMO, «Die Absprachen im Strafverfahren», en HANACK *et al.* (eds.), *FS-Rieß*, 2002, De Gruyter, Berlín, pp. 525-546.

– EL MISMO, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (49-1), 1996, pp. 187-218

– EL MISMO, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en EL MISMO (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, Heymanns, Colonia, pp. 149 ss.

SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, Paidós, Buenos Aires.

– EL MISMO, *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*, 1994, Cátedra, Madrid.

SEELMANN, «Does Punishment Honour the Offender?», en SIMESTER et al. (coord.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, 2016, Hart, Oxford, pp. 111-122.

– EL MISMO, «Contractualismo, idealismo y legitimación de la pena», en EL MISMO, *Estudios de Filosofía y Derecho penal*, 2013, Marcial Pons, Madrid.

– EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, Marcial Pons, Barcelona.

– EL MISMO, «Hegels Straftheorien», en V. HIRSCH et al. (eds.), *Strafe-Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, 2011, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 79-86.

– EL MISMO, *Anerkennungsverlust und Selbstbehauptung. Hegels Straftheorie*, 1995, Karl Alber, Friburgo de Brisgovia.

SICKOR, *Das Geständnis*, 2014, Mohr Siebeck, Tubinga.

SILVA SÁNCHEZ, «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», 2021, en prensa.

– EL MISMO, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret* (4), 2019.

– EL MISMO, «Recensión a Michael Pawlik, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad», *InDret* (4), 2019.

– EL MISMO, «La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante», *InDret* (1), 2019.

– EL MISMO, «*Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*», 2018, Atelier Barcelona.

– EL MISMO, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puir», en EL MISMO et al. (coord.), *LH-Mir Puig*, 2017, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 877-889.

- EL MISMO, «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (47-127), 2017, pp. 495-510.
- EL MISMO, *En busca del Derecho penal*, 2015, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- EL MISMO, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto?», *InDret* (3), 2014.
- EL MISMO, «¿Puede considerarse el remordimiento una *poena naturalis*?» *InDret* (3), 2014.
- EL MISMO, «Allende de las fronteras de la ‘defraudación’ típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.*, *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 953-959.
- EL MISMO, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., 2011, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- EL MISMO, «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación»; *Revista Argentina de Derecho penal y procesal penal* (1), Noviembre 2011.
- EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- EL MISMO, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en JORGE BARREIRO (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, Civitas, Madrid, pp. 1007-1028.
- EL MISMO, «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, Marcial Pons, Barcelona.
- EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, Hammurabi, Buenos Aires.
- EL MISMO, «Hacia el Derecho penal del “Estado de la prevención”», en EL MISMO (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, 2003, pp. 307-332.
- EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión», *Manuales de formación continuada* (4), 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 153-172.
- EL MISMO, «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 221-259.
- EL MISMO, «La regulación del íter críminis», en EL MISMO, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, 1997, Bosch, Barcelona.

- EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, Bosch, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «Estudio introductorio», en PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, Atelier, Barcelona.
- SIMÓN ACOSTA, «El delito de defraudación tributaria», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, 1998, Aranzadi, Navarra.
- SOUZA SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*, 2020, Marcial Pons, Sao Paulo.
- SPYCHER, *Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe*, 2013, Driesen, Taunusstein.
- STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 2008, Reus, Madrid.
- STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESSER *et al.* (eds.), *FS-Lenckner*, 1998, Beck, Munich, pp. 377 ss.
- EL MISMO, «Rezension von: Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat: ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (4), 1975, pp. 973 ss.
- STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2011, Vahlen, Munich.
- STRATENWERTH/WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2009, Stämpfli, Berna.
- STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, 1995, Planeta, Barcelona.
- STRUENSEE, «Tentativa y dolo», *Cuadernos de política criminal* (38), 1989, pp. 405-424.
- EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005, Intercontinental, Asunción.
- SZCZARANSKI VARGAS, «El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa», *Revista Ius et Praxis* (21-1), 2015, pp. 171 ss.
- TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, 2011, Oxford University Press, Oxford.
- TAMARIT SUMALLA, *La reparación de la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, 1994, Fundación Jaume Callís, Barcelona.
- TAYLOR, *Animal de lenguaje: Hacia una visión integral de la capacidad humana de lenguaje*, 2017, Rialp, Madrid.

TOSCANO TINOCO, «Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica», *Revista de Derecho penal y Criminología* (3-10), 2013, pp. 237-292.

TUDOR, «Why Should Remorse be a Mitigating Factor in Sentencing?», *Criminal Law and Philosophy* (2.3), 2008, pp. 241–257.

TURNER/MARYANKSI, «Is Neofunctionalism really functional?», *Sociological Theory* (6-1), 1988, pp. 110-121.

– LOS MISMOS, *Functionalism*, 1979, Benjamin Cummings, San Francisco.

ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, De Gruyter, Berlín.

V. BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882, Weidmannsche Buchhandlung, Berlín.

V. HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, 1966, De Gruyter, Berlín.

– EL MISMO, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, Springer, Berlín.

– EL MISMO, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, Springer, Berlín

V. HIRSCH, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 125.146.

– EL MISMO, *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, 1985, Rutgers University Press, Nueva Jersey.

V. HIRSCH/WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2016, pp. 279-302.

V. WÄCHTER, *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht. Einleitung und Allgemeiner Teil*, 1877, t. I, Stuttgart.

VACCHELLI, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, 2020, Atelier, Barcelona.

VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2010, Tirant lo Blanch, Valencia.

– EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, Tirant lo Blanch, Valencia.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, Duncker & Humblot, Berlín.

VOLK, «Alles Strafe, oder was? – Zum Begriff der Strafe» en JUNG *et al.* (coord.), *FS-Müller*, 2008, Nomos, Baden-Baden, pp. 709-714.

WAGNER, *Legitimationsprobleme des Rechtsinstituts der strafbefreienden Selbstanzeige*, 2017, Lit, Münster.

WEGE, *Rücktritt und Normgeltung*, 2011, Duncker & Humblot, Berlín.

WEIGEND, «Kommentar zu T. Hörnle Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien», en v. HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, 2011, Nomos, Baden-Baden, pp. 31 ss.

WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz*, 1990, Nomos, Baden-Baden.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 50ª ed., 2020, C. F. Müller, Heidelberg.

– LOS MISMOS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48ª ed., 2018, C. F. Müller, Heidelberg.

WEYRICH, *Straftheorien und Rechtswirklichkeit*, 2021, Mohr Siebeck, Tubinga.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situación de necesidad*, 2017, Marcial Pons, Madrid.

WILFERT, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, 2017, Mohr Siebeck, Tubinga.

WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 2017, Trotta, Madrid.

WOHLERS, «Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?»; *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (7), 2019, pp. 425-440.

– EL MISMO, «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2016, Marcial Pons, Madrid, pp. 393-399.

WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?: Einführung in ethische Strafrechtstheorien*, 1992, Alber Karl, Friburgo de Brisgovia.

WOOD, «Punishment, Retribution, and the Coercive Enforcement of Right», en DENIS, (ed.), *Kant's Metaphysics of Morals*, 2010, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 111 ss.

– EL MISMO, *Hegel's Ethical Thought*, 1990, Cambridge University Press, Cambridge.

WRINGE, «Perp Walk as Punishment», *Ethical Theory and Moral Practice* (18-3), 2015, pp. 615 ss.

ZACHARIÄ, *Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechtes*, 1805, Leipzig.

– EL MISMO, «Beantwortung der Preisfrage», *Archiv des Criminalrechts, Dritten Bandes, Viertes Stück*, 1801 (disponible online en <http://dlc.mpg.de/dlc/view/escidoc:25665:7/recto-verso>).

ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, Duncker & Humblot, Berlín.

ZIFFER, *Lineamientos de determinación de la pena*, 1999, Ad. Hoc, Buenos Aires.

ZIMMERMAN, *Verdienst und Vergeltung*, 2012, Mohr Siebeck, Tubinga.

ZIPF, *Die Strafzumessung*, 1977, C. F. Müller, Heidelberg.

ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe: die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe*, 2014, Mohr Siebeck, Tubinga.