

PAUL H. ROBINSON

PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS DEL DERECHO PENAL

**A quién debe sancionarse
y en qué medida**

Traducción e introducción de
Manuel Cancio e Íñigo Ortiz de Urbina

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN

1. EL «GIRO EXPERIMENTAL» EN LA OBRA DE PAUL H. ROBINSON	15
2. UN BREVE RECORRIDO POR EL CONTENIDO DEL LIBRO	18
3. LAS FINALIDADES CONSECUCIONALISTAS DEL DERECHO PENAL FRENTE A LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA	20
4. ¿ES EL MERECIMIENTO EMPÍRICO LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE ENFOQUES DEONTOLÓGICOS Y CONSECUCIONALISTAS?	22
5. ¿ES PAUL ROBINSON EL PRIMER «PENALISTA EXPERIMENTAL»?	27
6. A MODO DE CONCLUSIÓN	28

CAPÍTULO I

LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y DE LA PENA

CAPÍTULO II

LA NECESIDAD DE UN PRINCIPIO DISTRIBUTIVO ARTICULADO

1. EL CRITERIO DETRÁS DE CADA PRINCIPIO DISTRIBUTIVO	37
1.1. Disuasión general y disuasión especial	38
1.2. La incapacitación de los peligrosos	39
1.3. Rehabilitación	40
1.4. Merecimiento deontológico	40
1.5. Merecimiento empírico	41
2. CONFLICTOS ENTRE LOS PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS	42
2.1. La disuasión general y especial	42
2.2. Incapacitación y rehabilitación	44
2.3. Merecimiento deontológico y merecimiento empírico	46

	Pág.
3. EL PROBLEMA DE LAS COMBINACIONES DESARTICULADAS DE PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS.....	47

CAPÍTULO III ¿DISUADE EL DERECHO PENAL?

1. LOS PRERREQUISITOS DE LA DISUASIÓN.....	54
1.1. El obstáculo del conocimiento del Derecho.....	54
1.2. El obstáculo de la elección racional.....	57
1.3. El obstáculo del coste neto esperado.....	61
1.3.1. El coste percibido: probabilidad, magnitud y dilación.....	61
1.3.1.1. Probabilidad.....	62
1.3.1.2. La magnitud de la sanción.....	65
1.3.1.3. Dilación.....	75
1.3.2. El beneficio percibido.....	77
1.4. El tropiezo con cualquiera de estos obstáculos como óbice decisivo para la disuasión.....	78
1.5. El problema de la disipación acumulada.....	78
2. LOS ESTUDIOS DE EFECTOS AGREGADOS.....	79
2.1. Estudios que no encuentran ningún efecto disuasorio derivado de la formulación doctrinal.....	81
2.2. Estudios que obtienen resultados mixtos o en conflicto.....	82
2.3. Estudios que encuentran un efecto disuasorio debido a la formulación legal.....	83
3. LAS POSIBILIDADES E IMPOSIBILIDADES DE MEJORAR EL EFECTO DISUASORIO.....	88
3.1. Asegurándose de que el auditorio, directa o indirectamente, conoce la regla diseñada para influir sobre su conducta.....	88
3.2. Asegurándose de que los destinatarios perciben un coste neto significativo asociado a la infracción.....	91
3.2.1. Probabilidad.....	91
3.2.2. Dilación.....	93
3.2.3. Magnitud.....	93
3.3. Asegurándose de que el auditorio es capaz y está dispuesto a que la amenaza percibida de ser sancionado influya en sus decisiones.....	97
3.4. Resumen y conclusión.....	99

CAPÍTULO IV LA DISUASIÓN COMO PRINCIPIO DISTRIBUTIVO

1. EL SUPUESTO TRADICIONAL DE QUE LA FORMULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PENALES INFLUIRÁ SOBRE LA CONDUCTA.....	103
1.1. Formulaciones legales calculadas para disuadir.....	103

	Pág.
1.1.1. Prohibiciones	103
1.1.2. Requisitos de culpabilidad, atenuantes y eximentes	105
1.1.3. La graduación de los juicios	107
1.1.4. Determinación de la pena	110
1.2. El «discurso de la disuasión» frente a las desviaciones de la justicia.	111
1.2.1. El «discurso de la disuasión»	111
1.2.2. Justificaciones disuasorias que funcionan: las desviaciones de la justicia	113
2. LAS DIFICULTADES DE LA DISUASIÓN COMO PRINCIPIO DISTRIBUTIVO	115
2.1. Los problemas de información y complejidad	115
2.2. El problema del efecto disuasorio comparado: el efecto disuasorio inherente a otros principios distributivos	118
2.3. El problema de desviarse del merecimiento: a la disuasión le va peor cuando lo hace lo mejor que puede.....	119
2.4. El problema de la compensación del efecto criminógeno: la utilidad del merecimiento	122

CAPÍTULO V LA REHABILITACIÓN

1. ¿FUNCIONA LA REHABILITACIÓN?	125
1.1. Programas dirigidos a la población penitenciaria en general.....	126
1.2. Programas dirigidos a delincuentes concretos, dentro y fuera de la prisión: consumidores de drogas y delincuentes sexuales	129
1.2.1. Consumidores de drogas.....	129
1.2.2. Delincuentes sexuales.....	131
1.2.3. Conclusión	132
2. LA REHABILITACIÓN COMO PRINCIPIO DISTRIBUTIVO	133

CAPÍTULO VI LA INCAPACITACIÓN DE PERSONAS PELIGROSAS

1. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO SE HACE PASAR POR JUSTICIA PENAL	136
1.1. El valor práctico de que las reformas creen ambigüedad respecto al merecimiento y la peligrosidad.....	139
1.2. El inicio del actual encubrimiento: el subrepticio descuento del significado del resultado por el <i>Model Penal Code</i>	142
1.3. El inevitable conflicto entre el merecimiento y la peligrosidad como criterios distributivos.....	143
1.4. La negación del conflicto	145
2. LOS PROBLEMAS DE JUSTICIA	146
3. LOS PROBLEMAS DEL INTERNAMIENTO PREVENTIVO.....	151

	Pág.
4. LA SEPARACIÓN DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO.....	155

CAPÍTULO VII

CONCEPCIONES RIVALES DEL MERECIMIENTO: VENGATIVO, DEONTOLÓGICO Y EMPÍRICO

1. DISTINTAS CONCEPCIONES RIVALES DEL MERECIMIENTO ...	160
1.1. Merecimiento vengativo	160
1.2. Merecimiento deontológico	162
1.3. Merecimiento empírico	163
1.4. El merecimiento vengativo frente a otras concepciones del merecimiento	164
1.4.1. El papel de la cantidad de pena: la clasificación ordinal de casos frente al establecimiento de la sanción más grave del sistema de penas	164
1.4.2. El papel del método de sanción: el método frente a la cantidad	165
1.5. El merecimiento deontológico frente al empírico	166
2. LAS CONFUSIONES EXISTENTES SOBRE LA NATURALEZA DE LA PENA MERECIDA.....	168
2.1. ¿Duro?	169
2.2. ¿Basado en la ira y el odio?	171
2.3. ¿Preferencia por la prisión o algo peor?	172
2.4. ¿Sólo vagas exigencias? «El retribucionismo limitador» a la hora de establecer la sanción más grave del sistema de penas	175
2.5. ¿Sujeto a un profundo desacuerdo?	181
2.6. ¿No evita delitos que se podrían evitar?	185
2.7. ¿Es inmoral?	186
2.8. ¿Difícil de implementar?	188
2.8.1. Merecimiento vengativo y merecimiento deontológico	188
2.8.2. Merecimiento empírico	189
2.8.3. Desviaciones del merecimiento empírico	191
3. RESUMEN: UNA EXPOSICIÓN MÁS DETALLADA DE LAS TRES CONCEPCIONES DEL MERECIMIENTO.....	193
4. CONCLUSIÓN	195

CAPÍTULO VIII

LA UTILIDAD DEL MERECIMIENTO

1. EL VALOR PARA EL CONTROL DEL DELITO DEL USO DEL MERECIMIENTO EMPÍRICO COMO PRINCIPIO DISTRIBUTIVO.....	197
1.1. El aprovechamiento del poder y la eficiencia de la influencia de las normas sociales: la estigmatización.....	198

	Pág.
1.2. Evitación de la resistencia y la subversión que produce un sistema que se considera que no hace justicia	200
1.3. Evitación de las patrullas vecinales	206
1.4. El desempeño de un papel en la configuración de las normas sociales: el poder persuasivo del Derecho	207
1.5. La consecución del cumplimiento en los casos límite	209
1.6. Conclusión	210
2. LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA CREDIBILIDAD MORAL DEL DERECHO PENAL	211
2.1. Los efectos perniciosos del enturbiamiento de la distinción entre lo civil y lo penal	211
2.2. El problema de las divisiones morales dentro de la comunidad.....	215
2.3. La generalización del desacato	216
2.4. Persuasión <i>versus</i> rebeldía.....	218
2.5. La fragilidad de la reputación: los costes de las desviaciones del merecimiento	220
2.6. La falta de apreciación del poder de la credibilidad moral	222
3. LA DETERMINACIÓN DE LAS PERCEPCIONES DE LA COMUNIDAD SOBRE EL MERECIMIENTO.....	223
3.1. La idea errónea de que el merecimiento empírico resulta inevitablemente draconiano: la inutilidad de la injusticia.....	224
3.2. ¿Valoran las personas intuitivamente la pena de acuerdo con el merecimiento, o toman como referencia la disuasión o la inocuización?	226
3.3. El uso de los principios de justicia de la comunidad para elaborar códigos penales y directrices para la determinación individual de la pena	228
3.4. Principios comunitarios de justicia <i>versus</i> Derecho actual	230
4. RESUMEN Y CONCLUSIONES	232

CAPÍTULO IX JUSTICIA RESTAURATIVA

1. LAS VIRTUDES DE LOS PROCESOS RESTAURADORES, LOS VICIOS DE LA «JUSTICIA RESTAURATIVA».....	239
2. LA «JUSTICIA RESTAURATIVA» Y LA PENA JUSTA	241
3. LA UTILIZACIÓN MÁS AMPLIA Y EN CASOS MÁS GRAVES DE LOS PROCESOS RESTAURADORES.....	243

CAPÍTULO X PUNTOS FUERTES Y PUNTOS DÉBILES DE LOS PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS ALTERNATIVOS

1. DISUASIÓN GENERAL.....	247
2. DISUASIÓN ESPECIAL	249
3. REHABILITACIÓN	250

	Pág.
4. INCAPACITACIÓN	251
5. MERECIMIENTO EMPÍRICO	252
6. MERECIMIENTO DEONTOLÓGICO	253
7. CONCLUSIÓN	254

CAPÍTULO XI PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS HÍBRIDOS

1. APROXIMACIONES ALTERNATIVAS A LA CONSTRUCCIÓN DE UN PRINCIPIO DISTRIBUTIVO HÍBRIDO Y ARTICULADO	258
1.1. Recurso al principio que resulta en una mayor pena	258
1.2. Establecimiento de prioridades.....	259
1.3. Distinción entre principios rectores y principios limitadores.....	260
1.4. Combinación de principios: el recurso a la máxima utilidad.....	262
1.5. La distinción entre la atribución de responsabilidad y la magnitud de la pena y el método de su imposición	264
2. EL PRINCIPIO DISTRIBUTIVO DE «RETRIBUCIONISMO LIMITADOR» DEL AMERICAN LAW INSTITUTE	266
2.1. El requisito de efectividad.....	268
2.2. El problema de contrarrestar los efectos criminógenos	269
2.3. El marco inexistente y las exigencias de jerarquía ordinal del merecimiento.....	270

CAPÍTULO XII UNA TEORÍA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA: PROPUESTA DE UN PRINCIPIO DISTRIBUTIVO HÍBRIDO CENTRADO EN EL MERECIMIENTO EMPÍRICO

1. UNA PROPUESTA DE PRINCIPIO DISTRIBUTIVO.....	273
1.1. Uno: principio primario de merecimiento empírico	274
1.2. Dos: desviaciones inapreciables	275
1.3. Tres: desviaciones para un control más eficaz del delito	276
1.4. Cuatro: desviaciones para promover intereses distintos del control del delito	278
1.5. Cinco: método de sanción	279
1.6. Punto débil de la propuesta	280
2. DESVIACIONES DEL MERECIMIENTO EMPÍRICO.....	280
2.1. Promoviendo la justicia en un mundo complejo.....	281
2.2. Sacrificio de la justicia para promover otros intereses	282
3. ESTRATEGIAS PARA EVITAR LA DESVIACIÓN DEL MERECIMIENTO EMPÍRICO.....	283
3.1. Reformas en la justicia penal.....	284
3.2. Empleo de procesos civiles antes que penales.....	285
4. LOS LÍMITES DEL PRINCIPIO DISTRIBUTIVO DEL DERECHO PENAL	286

INTRODUCCIÓN

Manuel CANCIO MELIÁ
Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Como el lector habrá apreciado simplemente leyendo el título de esta obra, o echando un rápido vistazo al índice, el autor aborda en ella las cuestiones centrales de lo que en la tradición jurídica continental se suele denominar «teoría de la pena» o «fines del Derecho penal». Dicho de otro modo, Robinson presenta en este libro su visión del sentido del ordenamiento penal y de la pena: una perspectiva global que sirve de punto de arranque para todo un sistema, teórico y práctico, de Derecho penal.

Ya con lo dicho queda claro lo que no puede pretenderse hacer en estas páginas introductorias: no se trata ni de entrar en el fondo de esta discusión fundamental, ni de intentar abordar una comparación sistemática entre la perspectiva sobre el Derecho penal a ambos lados del Atlántico (y del canal de la Mancha). Sólo se ofrecen algunos breves comentarios sobre el contenido del libro, la trayectoria del autor y la tesis fundamental de la obra.

1. EL «GIRO EXPERIMENTAL» EN LA OBRA DE PAUL H. ROBINSON

Principios distributivos del Derecho penal supone la culminación de un cambio de sentido en la obra de Paul H. Robinson, giro que comenzó con la publicación, junto con el prestigioso psicólogo cognitivo John M. Darley, de *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law* («Justicia, responsabilidad y culpabilidad: las opiniones de la comunidad y el Derecho penal»). Hasta esa obra Robinson había seguido los pasos de quien probablemente haya sido el más importante penalista teórico del siglo XX en los Estados Unidos, su mentor, George P. Fletcher, en la tarea de proporcionar fundamentos sólidos para la determinación de la responsabilidad en el sistema penal estadounidense. En ausencia de una teoría sistemática con el grado de trabazón interna que presenta la Teoría Jurídica del Delito en

los países influidos por el Derecho penal alemán, la herramienta principal en tal tarea de construcción teórica en la doctrina penal estadounidense ha venido siendo la filosofía, de modo principal la filosofía moral y política. De dicho enfoque participan las aportaciones de Robinson a temas como la naturaleza de la justificación¹, la teoría general de las causas de oposición a la condena (*defenses*)² o la distinción entre las normas de conducta, dirigidas a los ciudadanos, y las directrices que han de guiar a quienes determinan la existencia y alcance de la responsabilidad³, todas ellas contribuciones clásicas que con justicia le situaron a la cabeza de la doctrina penal estadounidense.

Muy distinto es el enfoque seguido en *Justice, Liability, and Blame*, estudio aparecido en 1995. En esta obra, Robinson y Darley estudiaron empíricamente el grado de acuerdo entre las visiones compartidas sobre la justicia de los legos y los principios utilizados para determinar la existencia y medida de responsabilidad en los códigos penales estadounidenses. A tal fin, realizaron múltiples investigaciones de gran sofisticación metodológica para explicitar las opiniones de los ciudadanos legos sobre temas tales como la justificación de la criminalización de una conducta, el significado de la causalidad, los límites de la justificación o los contornos adecuados de la exención por error o intoxicación involuntaria. A grandes rasgos⁴, los resultados mostraron muchos extremos en los que los puntos de vista de la comunidad apoyaban las decisiones de los códigos, como, por ejemplo, la existencia de diferentes grados de responsabilidad basados en las distintas formas de imputación subjetiva, el reconocimiento de las eximentes justificantes y exculpantes previstas en los códigos penales, la mayor gravedad del homicidio cuando éste se produce durante la ejecución de otro delito o la admisión de responsabilidad cuando el sujeto actuó intoxicado pero la intoxicación fue negligente. También, sin embargo, numerosos puntos de divergencia: los ciudadanos, por ejemplo, entendían que la ejecución no se había iniciado en casos en los que conforme a los códigos sí lo habría hecho, eran más proclives a la admisión de la relevancia del error sobre las causas de justificación, favorecían una mayor extensión de las facultades de actuación en la legítima defensa, veían con buenos ojos la tipificación —poco usual en Estados Unidos— de la omisión del deber de socorro y, en general, eran partidarios de mayores diferenciaciones en la determinación de la responsabilidad, estableciendo más gradaciones en la imputación subjetiva, la intervención delictiva

¹ P. H. ROBINSON, «A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability», en *UCLA Law Review*, 23, 1975, pp. 266-292.

² P. H. ROBINSON, «Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis», en *Columbia Law Review*, 82, 1982, pp. 199-291.

³ P. H. ROBINSON, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», en *University of Chicago Law Review*, 57, 1990, pp. 729-771.

⁴ Un resumen de los resultados en P. ROBINSON y J. DARLEY, *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, Boulder (Colorado), Westview Press, 1995, pp. 203-210.

y la responsabilidad por omisión, entre otros aspectos, de las que suelen aparecer en los códigos penales estadounidenses.

En el planteamiento de los autores, la importancia del estudio de estas divergencias es instrumental: un cada vez mayor cuerpo de investigaciones ha venido demostrando en los últimos años que el motivo principal por el que los ciudadanos obedecen al Derecho no es el miedo a la eventual sanción por su incumplimiento (aunque éste también sea un factor relevante), sino su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que parece depender sobre todo de su grado de justicia procedimental⁵. Si esto es así, la divergencia entre las valoraciones ciudadanas acerca de qué es justo y el contenido de los códigos penales podría resultar en una pérdida de legitimidad del sistema penal y por consiguiente en unas menores tasas de cumplimiento. La propuesta de estos autores presenta una vertiente negativa y otra positiva. La negativa tiene que ver con el rechazo a resolver el conflicto por medio de la institución de la «anulación por el jurado» (*jury nullification*), conforme a la cual los jurados pueden declarar la inexistencia de responsabilidad penal incluso cuando ésta existe conforme a las normas aplicables. Como indican los autores, esta solución tiene entre otros problemas: *a)* una evidente falta de predecibilidad y coherencia; *b)* el código seguiría siendo percibido como injusto y daría lugar a acusaciones y juicios que la ciudadanía vería como contrarios a la justicia, y *c)* la existencia de esta «válvula de escape» impediría o dificultaría la decisión correcta: reformar el código. La vertiente positiva de la aproximación defendida consiste en la propuesta de un mayor acercamiento de los códigos a las valoraciones de justicia de la comunidad, determinadas no, como se ha venido haciendo, de forma «intuitiva», sino atendiendo a la investigación empírica. De este modo, la mayor percepción de justicia que se conseguiría entre la ciudadanía redundaría en mayores tasas de cumplimiento. Y, en aquellos casos en los que la investigación empírica determinase que las percepciones de justicia de la ciudadanía se oponen a consideraciones que se estiman prioritarias, la desviación del código respecto de los estándares comunitarios ha de ser explicada.

En los trece años que separan *Justice, Liability, and Blame* de *Principios distributivos del Derecho penal*, Paul Robinson ha seguido el camino de la investigación empíricamente orientada (en no pocas ocasiones, en compañía de Darley). La gran diferencia entre ambas obras, sin embargo, es la mayor riqueza teórica que el lector tiene ahora en sus manos. Si en *Justice, Liability, and Blame* la elaboración conceptual guiaba la indagación pero quedaba en un claro segundo plano ante los experimentos, en *Principios distributivos del Derecho penal* el análisis conceptual pasa a un primer plano y es la investigación empírica la que ejerce de acompañante. En esta ocasión Robinson utiliza

⁵ El texto más importante es T. TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 1990 (2.ª ed., con un nuevo epílogo, 2006).

los resultados de los estudios empíricos para contestar a una pregunta más básica y de mayor alcance que la de cuál debe ser la relación entre los códigos penales y las valoraciones de los ciudadanos: ¿cuáles deben ser los fines de la atribución de responsabilidad penal y de la pena?

2. UN BREVE RECORRIDO POR EL CONTENIDO DEL LIBRO

Robinson abre su libro con dos capítulos en los que critica a la doctrina y la práctica penal contemporáneas por acudir como guía de la determinación de la responsabilidad y la medida de la pena a principios no articulados que a menudo entran en conflicto. El resultado, según el autor, es la completa falta de guía para quien tiene que tomar la decisión o, peor aún, su total libertad para elegir la solución que prefiera y justificarla conforme a alguno de los principios disponibles.

En los siguientes capítulos (IV a VII) Robinson analiza sucesivamente las finalidades que tradicionalmente se han atribuido al Derecho penal en los Estados Unidos, de las que dimanarían los aludidos principios rectores de la determinación de la responsabilidad: la disuasión (general y especial)⁶, la incapacitación, la rehabilitación y el merecimiento (que, conforme a Robinson, es divisible en tres conceptos distintos que no siempre son debidamente diferenciados: el merecimiento vengativo, el deontológico y el empírico). En estos capítulos se muestran las carencias conceptuales de estas distintas finalidades y, en el caso de aquellas de cariz consecuencialista (todas menos el merecimiento), los problemas que para ellas suponen los resultados de la investigación empírica. Al margen de un muy sólido análisis conceptual, que se percibe de forma especial en el análisis del merecimiento, en esta parte del libro el lector encontrará un exhaustivo reflejo del estado de la investigación empírica aplicable a estas cuestiones que singulariza este tratamiento de la cuestión de las finalidades del Derecho penal y la pena de la inmensa mayoría de los existentes.

La conclusión de Robinson es que ninguna de las finalidades que se ha venido atribuyendo al Derecho penal está en condiciones de ofrecer una guía adecuada para la determinación de la responsabilidad penal y la medida de la pena, motivo por el cual en el capítulo VIII efectúa su propuesta: atender al «merecimiento empírico», esto es, al merecimiento conforme a las intuiciones sobre la justicia de la comunidad: «[El Derecho penal] Al seguir los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad, cimienta la credibilidad

⁶ La disuasión general es un concepto equivalente a nuestra prevención general negativa. La disuasión especial es el efecto que la pena tiene sobre la reincidencia del propio delincuente (y no sobre el resto de personas), un efecto que en ocasiones se considera parte de la prevención especial.

moral del sistema de justicia penal, lo que permite a éste aprovechar la capacidad de prevenir delitos de la influencia social y normativa» (p. 46; véase también capítulo VIII).

De primeras, la propuesta no puede parecer más arriesgada: en tiempos de lo que se ha dado en llamar «populismo punitivo», esto es, de incremento de la presión punitiva para satisfacer las supuestas demandas de seguridad de la sociedad, Robinson propone basarse aún más en sus intuiciones de justicia. Sin embargo, no hay motivo para el pánico.

En primer lugar, Robinson no propone seguir las intuiciones de la ciudadanía sobre la pena concreta que ha de imponerse a cada delito, dado que la investigación empírica demuestra que no es sobre este extremo sobre el que existe acuerdo: «La ciudadanía no comparte una idea sobre la cantidad total de pena que merece un delito. Algunos tienden a ser más duros que otros en sus gustos punitivos. Lo que la gente comparte es una idea sobre la culpabilidad relativa de diferentes casos» (p. 41).

En segundo lugar, las intuiciones sobre la justicia no se deben extraer de las opiniones de la ciudadanía sobre casos concretos, dado que éstas se ven sesgadas por los prejuicios y las asunciones sobre los hechos subyacentes. Así, y acudiendo a los ejemplos utilizados por el autor (p. 184), las opiniones sobre la justicia de la resolución de los casos de O. J. Simpson o Rodney King dependerán en gran medida de la experiencia personal en el trato con la policía que haya tenido cada uno.

En tercer lugar, y de modo quizás más importante y sorprendente, Robinson argumenta que las políticas criminales actuales no se corresponden con las intuiciones de justicia de la comunidad: mientras que las primeras se basan de modo principal en la prevención general negativa y la inocuización, las segundas se inclinan por el merecimiento (p. 226).

Tras un capítulo dedicado a la crítica de los fundamentos «antimerecimiento» de la justicia restaurativa (con cuyos objetivos sin embargo simpatiza), y otro de resumen de las conclusiones alcanzadas, el libro se cierra con dos capítulos sobre la articulación de las finalidades en conflicto. El primero de ellos, de carácter más general, incluye una crítica a la reciente propuesta del American Law Institute al respecto. El segundo de ellos desarrolla la solución avanzada por el propio Robinson: la primacía del merecimiento empírico con la admisión de otros principios en casos específicamente taxados en los que se dan condiciones especiales que permiten inferir que van a poder desplegar sus efectos y que éstos van a superar la pérdida de confianza de la comunidad que supondrá el alejamiento del merecimiento empírico.

3. LAS FINALIDADES CONSECUENCIALISTAS DEL DERECHO PENAL FRENTE A LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

En Europa y América latina la mayoría de los penalistas se declaran hoy en día partidarios de finalidades consecuencialistas de la pena. Por este motivo, resulta paradójico (cuando no sospechoso) que no se atienda a la investigación empírica relevante. El teórico bien puede exigir que el Derecho penal pretenda efectos empíricos, pero en algún momento habrá de comprobar si éstos se están produciendo y, en caso de respuesta negativa, si ello se debe a dificultades solventables o más bien a problemas estructurales de difícil o imposible solución. Precisamente eso hace Robinson. Como se ha adelantado, una de las aportaciones principales de este libro es su discusión sobre cómo los resultados de la investigación empírica afectan a las finalidades del Derecho penal de carácter consecuencialista. A primera vista, los resultados son deprimentes: exceptuando la rehabilitación, todos funcionan peor de lo que se asume comúnmente⁷.

Especialmente perjudicada resulta la prevención general negativa. Robinson muestra que ésta sólo puede funcionar bien en circunstancias que prácticamente nunca se dan en la realidad y son extremadamente difíciles de conseguir por medio del ordenamiento jurídico. Entre otras consideraciones, de modo contrario a como se entiende comúnmente y preconizan ciertos enfoques, entre los que actualmente destaca el análisis económico del Derecho penal⁸, las personas no reaccionamos de modo idéntico y ni siquiera similar a las variaciones en la probabilidad de ser sancionado y a los cambios en la magnitud de la pena imponible en caso de sanción. Por el contrario, reaccionamos de modo mucho más pronunciado a los cambios en la probabilidad⁹. Las implicaciones que esto tiene a la hora de justificar los incrementos de pena en necesidades preventivas son evidentes.

⁷ De hecho, si la rehabilitación tiene resultados mejores de lo esperado es porque desde los años ochenta las expectativas sobre sus posibilidades son extraordinariamente bajas. En este punto puede achacarse al análisis de Robinson cierta evaluación a la baja de los resultados de la investigación empírica. Aunque buena parte de la información que aporta tiene su origen en el esencial trabajo de Doris MACKENZIE (*What Works in Corrections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006), su consideración de los resultados parece excesivamente negativa. Para una reciente y mucho más positiva evaluación de los resultados en materia de rehabilitación, véase F. CULLEN y C. JONSON, «Rehabilitation and Treatment Programs», en WILSON y PETERSILIA, *Crime and Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 293-344.

⁸ Para una exposición canónica de este enfoque, que comienza con G. BECKER («Crime and Punishment: An Economic Approach», en *Journal of Political Economy*, 76, 1968, pp. 169-217), véase S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (EEUU), Harvard University Press, 2004, capítulos 20 a 24).

⁹ Siendo precisos, este resultado empírico no tiene por qué condenar a los modelos económicos del delito, que pueden acomodarlo fácilmente. Eso es precisamente lo que ha hecho el más prestigioso analista económico del Derecho penal, John Donohue, que insta a los analistas econó-

De modo relacionado, en general las modificaciones de las disposiciones jurídicas tienen menos efectos sobre las tasas de delincuencia que las modificaciones en las políticas de persecución. Y, sin embargo, el discurso de la prevención general negativa es omnipresente en la justificación de las modificaciones legales. El resultado, según Robinson, es que «Si, tal y como parece ser el caso, la formulación legal no afecta a la conducta, entonces la mayor parte de la elaboración jurídico-penal de los últimos cuarenta años ha estado desenfocada. Es posible que en los casos en los que para optimizar la disuasión se ha formulado la regulación pretiriendo otras finalidades, como la justicia, la frustración de estas otras finalidades haya producido poco o ningún beneficio disuasorio» (p. 52).

Robinson no considera las posibilidades de mejorar la prevención mediante estrategias político-criminales cercanas al pensamiento de la disuasión o que comparten algunos de sus presupuestos y que, sin embargo, no se basan en el incremento de las penas. Piénsese por ejemplo en la prevención situacional del delito, que se centra en conseguir dificultar la ejecución material del delito o disminuir sus beneficios¹⁰, o las distintas tácticas desarrolladas dentro de los nuevos modelos de actuación policial, que pretenden mejorar tanto la probabilidad de detención como la percepción ciudadana de la legitimidad de la actuación policial¹¹. Que Robinson no atienda a estas otras posibilidades preventivas no le es criticable. Su interés se ciñe al impacto que las distintas finalidades propuestas para el Derecho penal tienen sobre su configuración y su aplicación por los operadores judiciales, mientras que las estrategias referidas presuponen la existencia de la normativa y no afectan ni a su configuración ni a su aplicación por los tribunales. Lo interesante es que este tipo de estrategias, igual que la canalización de la influencia de las normas sociales preferida por Robinson, se orientan a la prevención del delito por medios distintos de la imposición de penas. Esto se aviene perfectamente con la advertencia de Robinson de que «la disuasión puede ser una buena razón para tener un *sistema de justicia penal* que sancione a los delincuentes, pero en el mejor de los casos es inefectiva como guía para *la distribución de la responsabilidad y de la pena* dentro de ese sistema. La disuasión puede ser una buena finalidad para justificar la *institución* de la pena, pero es un mal principio para su *distribución*» (p. 115).

micos del Derecho a moverse desde una perspectiva «beckeriana» (la dureza de la sanción y su probabilidad de imposición son magnitudes intercambiables) a una «beccariana» (la probabilidad importa más, de hecho mucho más). Al respecto, véase J. DONOHUE, «Economic Models of Crime and Punishment», en *Social Research*, 74, 2007, pp. 379-412.

¹⁰ Al respecto, véase M. FELSON y R. CLARKE, «La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito», traducción de Felip y Díaz en ORTIZ DE URBINA y PONCE, *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputación de Barcelona, 2008, pp. 193-294.

¹¹ Al respecto, véase la excelente compilación de D. WEISBURD y A. BRAGA (eds.), *Police Innovation. Contrasting Perspectives*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2006.

4. ¿ES EL MERECIMIENTO EMPÍRICO LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE ENFOQUES DEONTOLÓGICOS Y CONSECUENCIALISTAS?

Si las finalidades preventivas no obtienen los resultados previstos, ¿por qué no abrazar el merecimiento como finalidad del Derecho penal? De hecho, quizás debido a la resaca del «antirretribucionismo» de los años setenta y ochenta en Europa y América latina, bien recogido en la prematura propuesta de «despedida de Kant y Hegel»¹², el porcentaje de teóricos a favor del merecimiento es en Estados Unidos muy superior al de estos otros lugares. Sin embargo, tampoco el merecimiento consigue atraer a Robinson. No, al menos, tal y como se viene entendiendo.

La crítica de Robinson a los planteamientos deontológicos actuales es doble. En primer lugar, critica el que llama «merecimiento vengativo» por su obsesión con el sufrimiento de la víctima como elemento central en la determinación del merecimiento del autor. La crítica es conceptual: el merecimiento del autor no puede determinarse correctamente atendiendo sólo o de modo principal al sufrimiento de la víctima, entre otras cosas porque la reprochabilidad de la conducta del autor no se relaciona directamente con la gravedad del daño sufrido por la víctima: acciones poco reprochables pueden causar graves daños y acciones muy reprochables causar daños leves. En segundo lugar, y tras efectuar una serie de precisas observaciones sobre su contenido y exigencias, Robinson critica el merecimiento deontológico por razones que no son conceptuales sino fácticas: *de hecho* no existe acuerdo entre los autores sobre cuestiones básicas que afectan de forma esencial a la medida del merecimiento, como, por ejemplo, la relevancia, si alguna, que haya de otorgarse al resultado acaecido.

Como respuesta a estos problemas, según se adelantó en el apartado 2, Robinson propone determinar la responsabilidad penal y la pena conforme al principio de merecimiento empírico, esto es, conforme a las intuiciones de la comunidad sobre la justicia. Ahora nos importa resaltar que su énfasis en el respeto de los juicios intuitivos de la ciudadanía es instrumental: «Las razones ofrecidas en apoyo del merecimiento empírico, que se examinan en el capítulo VIII, no tienen que ver con sus implicaciones morales, sino con sus consecuencias prácticas. Si el Derecho penal sigue las intuiciones de justicia de la comunidad a la hora de asignar la responsabilidad y la pena, se arguye, el Derecho consigue acceder al poder y la eficiencia de la estigmatización, evita la resistencia y subversión que inspiran los sistemas injustos, consigue un mayor cumplimiento incitando a la gente a conferirle autoridad moral en áreas nuevas o grises (como el uso indebido de información privilegiada) y

¹² La referencia es, por supuesto, a U. KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, Fischer, 1968, pp. 36-41.

consigue la capacidad de ayudar a conformar poderosas normas sociales» (p. 164).

En diversos lugares de su obra Robinson apunta que estamos ante una posible superación de la tradicional dicotomía entre enfoques deontológicos basados en la justicia y enfoques consecuencialistas basados en la prevención. Sin embargo, hay motivos para dudarlo.

Como él mismo observa, su propuesta casa mejor con el planteamiento consecuencialista: si las finalidades preventivas tradicionalmente propuestas tienen los problemas que señala Robinson y la determinación de la responsabilidad penal y la pena conforme a las intuiciones de justicia de la comunidad puede conseguir buenos efectos preventivos, está dentro de la propia lógica de estos enfoques mirar favorablemente la propuesta (cuán favorablemente dependerá de la medida los efectos realmente conseguidos).

Distinto es el caso de los partidarios de los enfoques basados en el merecimiento, que es improbable que se conformen con la solución aportada por Robinson. Es dudoso que éstos acepten que el merecimiento empírico sea realmente una teoría sobre el merecimiento, dado que no se interesa por la justicia, sino por las opiniones que los ciudadanos tienen sobre la misma. Y, sobre todo, es difícil que queden satisfechos con la solución al que el propio Robinson considera su mayor problema: «La mayor debilidad de la propuesta posiblemente sea su incapacidad de resolver el problema de la ceguera de la comunidad frente a la injusticia» (p. 280). Ante este problema, Robinson ofrece una respuesta en la que resalta su parte negativa: para evitarlo no se puede acudir al merecimiento deontológico porque, por un lado, dada la tendencia de la filosofía moral actual a otorgar gran relevancia a las intuiciones compartidas de justicia de los filósofos, y siendo éstos parte de la comunidad, es difícil que pueda desempeñar eficazmente esa función de comprobación moral trascendente y, por otro lado, no existe acuerdo entre los filósofos morales. Menos decidida es la propuesta constructiva: «La mejor solución para el problema —una solución que, desde luego, resulta insatisfactoria— posiblemente estribe sencillamente en subrayar que el problema existe a instar una reflexión atenta por parte de la comunidad y sus líderes respecto de la posibilidad de que existan tales errores morales, quizás alentándoles para que consulten con los filósofos morales, quienes, en efecto, han reflexionado intensamente sobre las cuestiones a tratar, y comprobar si esa disciplina puede contribuir con aportaciones útiles al debate público» (p. 280).

Como se ha dicho al comenzar estas páginas, no se pretende aquí entrar al debate de las cuestiones planteadas por el autor del libro, sino sólo subrayar algunos elementos de su trabajo a efectos de presentación. En este sentido, la tesis nuclear de Robinson está en la formulación de un concreto principio distributivo, con vocación de integrarse —y así lo presenta el autor en el capítulo XII— en un texto legal programático como el del *Model Penal Code* que se somete a análisis y crítica en el capítulo XI (apdo. 2). Como se

acaba de indicar, la concreta propuesta formulada estriba en la adopción de un principio distributivo híbrido que se oriente fundamentalmente al «mercimiento empírico», articulando también las relaciones entre este núcleo de una teoría de la pena operativa con otros fines de la pena —en el sentido de «principios distributivos», de fundamentos prácticos de atribución de responsabilidad y medición de ésta— orientados a la prevención fáctica («control del delito»).

Para cualquier lector que se haya interesado algo por la discusión en el ámbito europeo de las últimas décadas sobre la teoría de la pena, inmediatamente llama la atención —por encima de las divergencias terminológicas— la proximidad material de la tesis central desarrollada por Robinson con lo que parece ser la cuestión en la teoría de la pena de los últimos tiempos en el debate en Alemania y los países influidos por la *Strafrechtswissenschaft*: diversas aproximaciones que toman como punto de referencia esencial para la definición (y legitimación) de la pena los efectos de ésta no sobre el concreto autor o los potenciales autores de ulteriores infracciones en términos de prevención fáctica, sino sobre el funcionamiento del sistema social, es decir, las teorías de la prevención general positiva¹³. Teniendo en cuenta la recíproca falta de toma de consideración —en lo fundamental— del debate en cada uno de los dos ámbitos de discusión occidentales¹⁴ (el llamado anglosajón y el llamado continental)¹⁵, la *convergencia evolutiva* producida —si se permite la utilización de este término tomado de la biología¹⁶— puede resultar extremadamente reveladora, y ello no sólo cuando existen coincidencias, sino también cuando se advierten divergencias entre la aproximación desarrollada por nuestro autor y las voces próximas en el debate continental-europeo liderado por la doctrina alemana.

¹³ Véase, por todos, el monumental panorama elaborado recientemente por B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 2007, pp. 311 y ss., 359 y ss., 453 y ss.

¹⁴ Aunque parece que en los últimos años, más allá de los trabajos pioneros de Fletcher, existe un creciente interés en cada uno de los círculos por aproximarse al otro; véase, por ejemplo, últimamente, L. E. CHIESA y C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Spanish Criminal Law» en K. J. HELLER y M. D. DUBBER (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, 2009 (también en <http://ssrn.com/abstract=1317689>); L. BACHMAIER y A. DEL MORAL GARCÍA, *Criminal Law in Spain*, 2010; M. D. DUBBER, «Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law», *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, pp. 679 y ss.; J. I. PIÑA ROCHERFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*, 2002; J. P. MATUS, «Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos», en *Política Criminal*, 5 (2008), pp. 1 y ss.; A. VAN WEEZEL, «¿Por qué no citamos más? (por ejemplo, a los alemanes). Réplica a J. P. Matus», en *Política Criminal*, 6, 2008, pp. 1 y ss.

¹⁵ En lo fundamental, sigue siendo válida la diferenciación formulada por G. P. FLETCHER, en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, p. 235, acerca del alcance de ambos «círculos» de discusión jurídica.

¹⁶ Pues ante la ausencia de conocimiento mutuo, las coincidencias deberán ser explicadas con base en *condiciones ambientales* compartidas.