

¿A QUIÉN DEBE SANCIONARSE Y EN QUÉ MEDIDA?
RECENSIÓN A PAUL H. ROBINSON: PRINCIPIOS DISTRIBUTIVOS DEL
DERECHO PENAL*

MANUEL CANCIO M.** E ÍÑIGO ORTIZ DE ÚRBINA G.***

SUMARIO: I. Introducción. II. El “giro experimental” en la obra de Paul H. Robinson. III. Un breve recorrido por el contenido del libro. IV. Las finalidades consecuencialistas del Derecho penal frente a los resultados de la investigación empírica. V. ¿Es el merecimiento empírico la solución al conflicto entre enfoques deontológicos y consecuencialistas? VI. ¿Es Paul Robinson el primer “penalista experimental”? VII. A modo de conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Como el lector apreciará simplemente leyendo el título de la obra a la que aquí nos referimos, 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.

II. EL “GIRO EXPERIMENTAL” EN LA OBRA DE PAUL H. ROBINSON

Principios distributivos de la responsabilidad penal supone la culminación de un cambio de sentido en la obra de Paul H. Robinson, giro que comenzó con

* El presente texto ha sido publicado previamente como introducción al libro de ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, (Madrid, 2012), pp. 15 y ss.

** Dr. en Derecho penal, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

*** Dr. en Derecho penal, Profesor Agregado de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra.

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 EE.UU., 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 ej., 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

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

² ROBINSON, Paul H., Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis, en *Columbia Law Review* 82 (1982), pp. 199-291.

³ ROBINSON, Paul H., 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 ROBINSON, Paul/DARLEY, John, *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*, (Boulder, Colorado, 1995), pp. 203-210.

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 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; 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

⁵ El texto más importante es TYLER, Tom, *Why People Obey the Law*, 2ª ed., (Princeton, 2006).

se oponen a consideraciones que se estiman prioritarias, la desviación del código respecto de los estándares comunitarios ha de ser explicada.

En los 13 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 de la 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 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?

III. 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 (III 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

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.

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 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, ver 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 estas se ven sesgadas por los prejuicios y las asunciones sobre los hechos subyacentes. Así, y acudiendo a los ejemplos utilizados por el autor (p. 84), 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 “anti-merecimiento” 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 Robin-

son: la primacía del merecimiento empírico con la admisión de otros principios en casos específicamente tasados 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.

IV. LAS FINALIDADES CONSECUCIONALISTAS 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 san-

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, 2006), su consideración de los resultados parece excesivamente negativa. Para una reciente y mucho más positiva evaluación de los resultados en materia de rehabilitación, v. CULLEN, Francis/JONSON, Cheryl, "Rehabilitation and Treatment Programs", en WILSON/PETERSILIA, *Crime and Public Policy*, (Oxford, 2011), pp. 293-344.

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

ción. Por el contrario, que 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.

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

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 económicos 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, v. John DONOHUE, *Economic Models of Crime and Punishment*, en *Social Research* 74 (2007), pp. 379-412.

¹⁰ Al respecto, v. FELSON, Marcus/CLARKE, Ronald, *La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito*, traducción de FELIPE/DÍAZ en ORTIZ DE URBINA/PONCE, *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, (Barcelona, 2008), pp. 193-294.

¹¹ Al respecto, v. la excelente compilación de WEISBURD, David/BRAGA, Anthony, eds., *Police Innovation. Contrasting Perspectives*, (Cambridge/Nueva York, 2006).

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).

V. ¿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 “anti-retribucionismo” 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

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

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 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 estribé sencillamente en subrayar que el problema existe e 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 (apartado 2). Como se acaba de indicar, la concreta propuesta formulada estriba en la adopción de un principio distributivo híbrido que se oriente fundamentalmente al “merecimiento 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 continental¹⁵), la *convergencia evolutiva* producida —si

¹³ Vid., por todos, el monumental panorama elaborado recientemente por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *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; vid., por ejemplo, últimamente, CHIESA, Luis E./GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Spanish Criminal Law*, en HELLER, Kevin Jon/DUBBER, Markus Dirk (ed), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, (2009); BACHMAIER, Lorena/DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Criminal Law in Spain*, (2010); DUBBER, Markus Dirk, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, en *American Journal of Comparative Law* 53 (2005), pp. 679 y ss.; PIÑA ROCHERFORT, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”* (2002); MATUS, Jean Pierre, ¿Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos?, en *Política Criminal* 5 (2008), pp. 1 y ss.; VAN WEEZEL, Alex, ¿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 FLETCHER, George P., en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*

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.

En lo que se refiere a los elementos convergentes, llama, en primer lugar, la atención, dentro de las diversas aproximaciones existentes en el debate continental, con la versión de la prevención general positiva más pura —es decir, utilizada como fundamento exclusivo de la pena— que ha sido desarrollada en la obra de Jakobs en los últimos 35 años¹⁷. Aunque la terminología pueda llamar a engaño en un primer momento, ya que Robinson se refiere al merecimiento empírico como la asignación del fin a la pena de “hacer justicia”, al identificarse ésta —sin pretensión trascendente alguna— con las “intuiciones de justicia compartidas en la comunidad” (es decir: merecimiento *empírico*), es claro que se está haciendo referencia con ello a lo que también puede caracterizarse como las necesidades de estabilización contrafáctica de la norma penal mediante el elemento de comunicación “pena” en una determinada sociedad (Jakobs).

En ambas aproximaciones se manifiesta la fascinación que ejerce sobre sus autores el programa de superar a través de una nueva formulación las eternas —o al menos doblemente milenarias— antinomias de las teorías de la pena, concretamente, a través de la consideración de la función social de la pena que implican tanto la idea de merecimiento empírico de Robinson como la teoría de la prevención general positiva (fundamentadora) de Jakobs: según lo formula, con notable *understatement*, Robinson, “El merecimiento empírico aparece como una piedra angular atractiva para un principio distributivo, en parte porque ofrece una suerte de acomodo entre los fines, en eterno conflicto, de hacer justicia y prevenir el delito.” (p. 275). Ambas aproximaciones comparten también lo que podríamos denominar una notable modestia en sus planteamientos: como dice Robinson en la primera frase de esta obra, “[e]ste libro no trata de la justificación de la institución de la pena, sino de cómo debe distribuirse una vez que tal institución ha sido establecida”, del mismo modo que la pretensión de Jakobs mediante su teoría de la prevención general positiva no es la de legitimar el sistema

vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, (Freiburg, 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.

¹⁷ Vid. sólo JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, (2006), y la exposición de la evolución del pensamiento de este autor *ibidem*, CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs (estudio preliminar), pp. 15 y ss.

penal (para él –cosa que ha generado más de una interpretación errónea de su pensamiento– se trata ante todo de *explicar*, de describir el funcionamiento real de la pena y del Derecho penal¹⁸), sino de hallar la esencia del funcionamiento del sistema penal tal y como existe.

Sin embargo, más allá de la coincidencia material en la descripción del mecanismo central de la pena en cuanto institución social en ambas aproximaciones, son igualmente llamativas –e instructivas– las divergencias. En primer lugar¹⁹, llama la atención que esa coincidencia material se produzca entre una perspectiva como la de Robinson, apegada no ya a teorías sociológicas, sino –como se subrayará a continuación– vinculada esencialmente, en la actual fase de desarrollo de su pensamiento, a una investigación empírica *pura*, mientras que a la aproximación de Jakobs se le viene reprochando desde hace mucho tiempo su abstracción, su falta de conexión con la realidad empírica²⁰. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, resulta casi chocante la divergencia en el planteamiento del objeto de la actividad teórica ante una tan amplia coincidencia en la formulación material: mientras que la teoría de la prevención general positiva de Jakobs –en armonía con su planteamiento teórico general– se elabora en pos de la verdad, como corresponde al sistema *ciencia*, todo el enfoque de Robinson en su actual etapa está destinado a procurar concretos elementos de configuración para la política legislativa, con vocación, como antes se ha dicho y formula el capítulo XII, de llegar al texto de la Ley. Dicho de otro modo: el público al que Jakobs destina ante todo su elaboración son sus pares académicos, la ciencia; el objetivo de Robinson son, declaradamente –y como muestra de modo contundente su opción (aún dentro de los parámetros anglosajones) por un lenguaje perfectamente claro y comprensible para cualquiera, aunque no forme parte de las *elevadas* esferas de la ciencia–, los redactores de códigos penales, o sea, la realidad político-legislativa concreta. Como antes se ha indicado, la propuesta de Robinson de tomar como punto de referencia las valoraciones sociales, las concretas intuiciones de justicia de una determinada comunidad jurídica, adquiere una especial relevancia en un momento político-criminal como el actual,

¹⁸ Pues las cuestiones de legitimación quedarían *ultra vires* de la ciencia del Derecho, siendo objeto de la política; vid. sólo CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, pp. 42 y ss., 67 y ss.

¹⁹ Con lo que se plantea la cuestión general de la idiosincrasia del análisis teórico jurídico-penal desde la perspectiva anglosajona –*law*– y la alemana –*Wissenschaft*–; vid. las recientes consideraciones al respecto en MATUS, Jean Pierre, La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional, (Barcelona, 2008), pp. 57 y ss.

²⁰ Y esta crítica ha motivado las más recientes modificaciones de la teoría de la prevención general positiva de este autor para integrar la necesidad del “dolor penal” en su planteamiento; vid. sólo CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., pp. 53 y ss.

caracterizado (a ambos lados del Atlántico y del Canal de la Mancha²¹) por un cada vez más irreflexivo populismo punitivo que desemboca en un Derecho penal profundamente irracional y expansivo, hasta llegar al llamado “Derecho penal” del enemigo. También aquí, la diferencia de perspectiva es extremadamente importante: mientras que la aproximación abstracta deja conceptualmente fuera de foco la realidad de las *verdaderas* posiciones político-criminales de la ciudadanía²², el punto de vista de Robinson tras su giro experimental abre la posibilidad no de postular o sospechar, sino de *probar* que la evolución expansiva no deriva de las verdaderas opciones político-criminales de la ciudadanía, sino de factores más bien relacionados con la superestructura político-criminal²³.

Puede aventurarse que es más fácil llegar a esta nueva perspectiva siendo un jurista anglosajón y profesor estadounidense (es decir, que observa una sociedad mucho menos cohesionada, cultural y económicamente, que las de Europa continental – al menos en este momento histórico); en todo caso, Robinson abre así una perspectiva que genera una nueva agenda, nuevas exigencias a lo que aquí llamamos *política criminal*: cambiar la realidad, influir en el legislador, y buscar los argumentos para ello en las ciencias sociales aplicadas.

VI. ¿ES PAUL ROBINSON EL PRIMER “PENALISTA EXPERIMENTAL”?

Volviendo sobre la cuestión del método, hay que resaltar que en ese uso de resultados empíricos para indagar una cuestión eminentemente conceptual Robinson coincide metodológicamente con una de las corrientes filosóficas más importantes de los últimos años, la denominada “filosofía experimental” (*experimental philosophy*). Bebiendo del naturalismo filosófico (cuya tesis principal puede resumirse en la idea de que las tesis filosóficas no pueden contradecir el

²¹ En este sentido, el “excepcionalismo” estadounidense que constata Douglas HUSAK en su monografía de referencia (*Overcriminalisation. The Limits of the Criminal Law*, (2008), p. 5) en cuanto al desarrollo de un sistema profunda e irracionalmente expandido, dominado por el discurso de la inocuización –como muestra también Robinson en el capítulo VIII de este libro– es más bien de grado (aunque en EE.UU. las cosas han llegado, como muestran ya sólo las tasas de encarcelamiento y el número de infracciones existentes) que cualitativo; vid. sobre esto recientemente la exposición de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 3ª edición, (2011), pp. 192 y ss.

²² Sobre el carácter cuestionable de la asunción de que la evolución político-criminal expansiva estaría cubierta efectivamente por un consenso social, vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, en IDEM/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Seminario con Günther Jakobs en la UAM, (Madrid, 2008), pp. 69 y ss.

²³ Vid. la *convergencia evolutiva* con esta constatación también en la doctrina continental en FRISCH, Wolfgang, *Konzepte der Strafe und Entwicklung des Strafrechts in Europa*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, pp. 385 y ss., 391 y ss., 394 y s., 398 y s.

conocimiento científico), la “filosofía experimental” se basa en la idea de que “muchas de las preguntas más profundas de la filosofía sólo se pueden analizar correctamente sumergiéndose en las complejas, contingentes y altamente variables verdades sobre cómo son realmente los seres humanos”²⁴. Buena parte de la investigación desarrollada por este movimiento tiene que ver con nuestras intuiciones y percepciones, y cómo unas y otras interactúan en nuestra determinación de cómo ocurren las cosas y en nuestra evaluación de cómo deberían ocurrir²⁵. Como bien resaltan sus partidarios, este proceder tiene distinguidos antecedentes en el pensamiento occidental, tanto en lo que toca al interés por los resultados de la investigación empírica²⁶, como en lo que respecta a la utilización de las intuiciones en la indagación conceptual, tan característica de la teoría ética que se hace desde lo que se ha dado en llamar “filosofía analítica”. La principal diferencia respecto del pasado es que los avances en los métodos de investigación empírica ahora permiten que no se espere a que otras disciplinas proporcionen los datos, sino que éstos se busquen mediante investigaciones más específicas y sistemáticas. En cuanto a la filosofía moral contemporánea, las intuiciones que interesan a los filósofos experimentales no son las propias del filósofo o la comunidad de filósofos, sino las de todas las personas, y el análisis no se basa en la descomposición conceptual en elementos esenciales sino en cómo piensan realmente los seres humanos, los procesos mediante los que lo hacen y las influencias a las que están sometidos.

Robinson comparte con el movimiento de filosofía experimental el énfasis en la necesidad de estudiar empíricamente y de forma sistemática las intuiciones de los ciudadanos. También comparte con esta perspectiva la disposición a favorecer las investigaciones específicas diseñadas para obtener resultados aplicables en el análisis de otros temas (en el caso de los filósofos experimentales, usualmente cuestiones epistemológicas y éticas, en el de Robinson, cuestiones de responsabilidad y sanción penal)²⁷. En un sentido, sin embargo, Robinson

²⁴ KNOBE, Joshua/NICHOLS, Shaun: An Experimental Philosophy Manifesto, en Knobe/Nichols (eds.): *Experimental Philosophy*, (Nueva York, 2008), p. 3.

²⁵ V. por ejemplo, NADELHOFER, Thomas, Bad Acts, Blameworthy Agents, and Intentional Actions: Some Problems for Jury Impartiality, en *Philosophical Explorations* 9 (2006), pp. 203-220: el estudio demuestra que la determinación de si una conducta fue intencional o no depende en gran medida de la valoración que se efectúe del resultado al que llevó. De modo más general, v. WOOLFOLK, Rob/DORIS, John/DARLEY, John, Identification, Situational Constraint, and Social Cognition: Studies in the Attribution of Moral Responsibility, en *Cognition* 100 (2006), pp. 283-301.

²⁶ V. APPIAH, Kwame Anthony, *Experiments in Ethics*, (2008), capítulo 1, especialmente pp. 5-14.

²⁷ Resulta importante subrayar este hecho: Robinson no sólo ha tenido en cuenta la información empírica existente, sino que la ha completado con información sobre extremos sobre los que

va incluso más lejos. Así, los filósofos experimentales protestan sobre el alcance de su propuesta y afirman que “nadie sugiere que prescindamos de todos los filósofos morales y les reemplacemos con los experimentales (...) lo único que proponemos es añadir otra pieza a la caja de herramientas del filósofo”²⁸. En atención a lo expuesto, no es seguro que la pretensión de Robinson tenga un alcance tan limitado.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La conclusión que cabe alcanzar tras estas sintéticas consideraciones introductorias es clara: por su profundidad y alcance analítico, así como por sus importantes desarrollos de temas milenarios y posiblemente perennes, la lectura del libro de Robinson no sólo interesa a cualquiera relacionado con el Derecho penal para aprender sobre el sistema penal estadounidense: interesa para aprender Derecho penal *tout court* y, finalmente, para conocer mejor *nuestro* Derecho penal actual.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APPIAH, Kwame Anthony, *Experiments in Ethics*, (London, 2008)
- BACHMAIER, Lorena/DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Criminal Law in Spain*, (Alphen, 2010)
- BECKER, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en *Journal of Political Economy* 76 (1968), pp. 169-217
- CANCIO MELIÁ, Manuel, en IDEM/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Seminario con Günther Jakobs en la UAM, (Madrid, 2008)
- CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs (estudio preliminar)*, en JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, (Madrid, 2006), pp. 15 y ss.
- CHIESA, Luis E./GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Spanish Criminal Law*, en HELLER, Kevin Jon/DUBBER, Markus Dirk (ed), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, (Stanford, 2009)

apenas existía. En consonancia con los dos grandes polos de su paradigma actual, la criminología ha producido numerosa información sobre la etiología del delito y sobre el funcionamiento de los sistemas penales, pero mucha menos sobre las percepciones de justicia de los ciudadanos, tema en el que Robinson y sus colaboradores han hecho importantes contribuciones.

²⁸ KNOBE/NICHOLS, ob. cit., p. 11.

- CULLEN, Francis/JONSON, Cheryl, “Rehabilitation and Treatment Programs”, en WILSON/PETERSILIA, *Crime and Public Policy*, (Oxford, 2011), pp. 293-344
- DONOHUE, John, Economic Models of Crime and Punishment, en *Social Research* 74 (2007), pp. 379-412
- DUBBER, Markus Dirk, Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law, en *American Journal of Comparative Law* 53 (2005), pp. 679-707
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal, (Montevideo, 2007)
- FELSON, Marcus/CLARKE, Ronald, La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito, traducción de FELIP/DÍAZ en ORTIZ DE URBINA/PONCE, *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional*, (Barcelona, 2008), pp. 193-294
- FLETCHER, George P., Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, (Freiburg, 2000), pp. 235 y ss.
- FRISCH, Wolfgang, Konzepte der Strafe und Entwicklung des Strafrechts in Europa, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (2009), pp. 385 y ss.
- HUSAK, Douglas, *Overcriminalisation. The Limits of the Criminal Law*, (Oxford, 2008)
- JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, (Madrid, 2006)
- KLUG, Ulrich, Abschied von Kant und Hegel, en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, (Frankfurt am Main, 1968), pp. 36-41
- KNOBE, Joshua/NICHOLS, Shaun: An Experimental Philosophy Manifesto, en Knobe/Nichols (eds.): *Experimental Philosophy*, (Nueva York, 2008), pp. 3 y ss.
- MACKENZIE, Doris, *What Works in Corrections* (Cambridge, 2006)
- MATUS, Jean Pierre, ¿Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos?, en *Política Criminal*, N° 5 (2008), pp. 1 y ss.
- MATUS, Jean Pierre, La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional, (Barcelona, 2008)
- NADELHOFER, Thomas, Bad Acts, Blameworthy Agents, and Intentional Actions: Some Problems for Jury Impartiality, en *Philosophical Explorations* 9 (2006), pp. 203-220
- PIÑA ROCHERFORT, Juan Ignacio, La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”, (Granada, 2002)

- ROBINSON, Paul H., A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability, en *UCLA Law Review* 23 (1975), pp. 266-292
- ROBINSON, Paul H., Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis, en *Columbia Law Review* 82 (1982), pp. 199-291
- ROBINSON, Paul H., Rules of Conduct and Principles of Adjudication, en *University of Chicago Law Review* 57 (1990), pp. 729-771
- ROBINSON, Paul, H., Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida, (Madrid, 2012)
- ROBINSON, Paul/DARLEY, John, Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law, (Boulder, Colorado, 1995)
- SHAVELL, Steven, Foundations of Economic Analysis of Law, (Cambridge, EE.UU., 2004)
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales, 3ª edición, (Buenos Aires, 2011)
- TYLER, Tom, Why People Obey the Law, 2ª ed., (Princeton, 2006)
- WEEZEL, Alex van, ¿Por qué no citamos más? (por ejemplo, a los alemanes). Réplica a J.P. Matus, en *Política Criminal*, N° 6 (2008), pp. 1 y ss.
- WEISBURD, David/BRAGA, Anthony, eds., Police Innovation. Contrasting Perspectives, (Cambridge/Nueva York, 2006)
- WOOLFOLK, Rob/DORIS, John/DARLEY, John, Identification, Situational Constraint, and Social Cognition: Studies in the Attribution of Moral Responsibility, en *Cognition* 100 (2006), pp. 283-301