

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Con réplica

Recensión a Juan Alberto Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Cizur Menor, 2013, por Jon-M. Landa Gorostiza (Con réplica de Juan Alberto Díaz López).

Recensión a Esteban Pérez Alonso, *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, por Miguel Ángel Boldova Pasamar (Con réplica de Esteban Pérez Alonso).

Recensiones

Gabriele Civello, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2013, por Luigi Cornacchia.

Germán Echeverría Ramírez, *La garantía de igual aplicación de la ley penal*, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago, 2013, por M. Magdalena Ossandón Widow.

Esther Pascual Rodríguez (coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013, por Margarita Martínez Escamilla.

Esteban Solaz Solaz, *La estafa procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, por Nuria Pastor Muñoz.

Reseñas

«Obras sobre delitos de peligro en la sociedad del riesgo: manual de usuario», por Ronald Vílchez Chinchayán.

Con réplica

Recensión a Juan Alberto Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Cizur Menor, 2013 (496 páginas)

Jon-M. Landa Gorostiza
Universidad del País Vasco UPV/EHU

1. Introducción

El libro del doctor, abogado y profesor de derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid, Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ, es una auténtica tesis. Y lo es no sólo porque recoge una versión actualizada y reducida de su tesis doctoral defendida en Diciembre de 2012, sino porque desde su mismo inicio marca como punto de partida (p. 28) una conclusión que vertebrará el conjunto de la obra: la procedencia e identificación del modelo legislativo de agravar conductas criminales por su motivación discriminatoria introducido por el Código Penal español (art. 22-4º) con una particular tendencia político-criminal estadounidense, a saber la del modelo del ánimo *-animus model-*. Ello justifica que la búsqueda del fundamento de la agravante beba de una reconstrucción teleológica (p. 29) a partir del debate sobre los delitos de odio del *common law*. El autor, sin embargo, no se conforma con esta referencia de partida a modo de toma de distancia metodológica para abordar la reflexión y la búsqueda del fundamento de la agravación. En una segunda decisión metodológica decide recurrir a la Teoría de Justicia (p. 28) como otro de los grandes pivotes sobre el que ir haciendo descansar -y argumentar- su sugerente propuesta interpretativa.

Y a resultas de ello la obra se estructura en dos grandes bloques. El primero dedicado al fundamento de la agravante y el segundo a su naturaleza jurídica. En la primera parte, como ahora señalaremos, se despliegan en parte lo que podría tildarse de contenidos más abstractos y próximos a una suerte de parte general de los delitos de odio, a la búsqueda de agarraderos sobre los que ir generando la pre-comprensión que anima la interpretación del autor en lo que es conocido como el círculo hermenéutico. La segunda parte, la de la naturaleza jurídica, recogerá y será consecuente con las decisiones interpretativas asentadas en la primera. Decisiones, ya es preciso adelantarlas, de gran originalidad. Presentemos, en consecuencia, los contenidos de este primer bloque.

2. El fundamento de la agravante

El Capítulo I, de índole introductoria, inicia el trabajo con una presentación del contexto sociológico de aumento de la inmigración y de construcción de la imagen del inmigrante económico como “enemigo” frente al que acaba reaccionándose en términos violentos. Sobre esa base se explica la decisión político-criminal de introducir la agravante (*policy window*: p. 37) a la que se dedica un estudio de detalle de los antecedentes legislativos como material a acumular para posteriores debates sobre la caracterización del modelo regulativo español. De forma minuciosa se da cuenta del proceso de conformación

legislativa de la agravante rastreando sus antecedentes directos e indirectos y dando abundante información de las distintas propuestas de enmienda tanto del proyecto de código penal de 1992 (p. 38 ss.) como del antecedente que supuso la LO 4/1995, de 11 de mayo (p. 40 ss.) como del propio art. 22.4 vigente incluida la última modificación por LO 5/2010 (p. 48 ss.). A juicio del autor la irrupción de la agravante aprovecha un contexto favorable en el año internacional de la lucha contra la intolerancia (1995) en el que se asienta así una redacción –confusa y farragosa– pero genérica de la agravante muy ligada a la motivación de odio. Odio y agravante constituyen así un binomio a explorar como clave de profundización en el Capítulo II.

El Capítulo II cumple la función de introducir claridad conceptual respecto del objeto del libro. Se presenta la etimología de la palabra odio (p. 61 ss.) y se pone ésta en relación con sus referencias en el ordenamiento jurídico-penal (p. 64 ss.) a la búsqueda de una suerte de concepto jurídico-penal del mismo (pp. 65-66). Estos prolegómenos antes de desembarcar en el concepto de delitos de odio (*hate crimes*) propiamente dichos, transitan, sin embargo, por un intento de deslindar aquéllos respecto de universos conductuales próximos como son los que representan los “crímenes odiosos” (*heinous crimes* p. 68 ss.), el discurso del odio (*hate speech* p. 77 ss.) o los crímenes prejuiciosos (*bias crimes* p. 92 ss.). No es lo mismo, señala el autor, un crimen de odio agravado conforme al art. 22.4 CP que un crimen odioso aunque ambos pueden coincidir. El discurso del odio, por otra parte, alude al debate de las constelaciones de supuestos protegidos por la libertad de expresión en la que se adentra comparando las estrategias generales de tratamiento del mismo en la tradición europea y estadounidense. También le sirve este aspecto para ir subrayando las diferencias de matiz de la comisión de delitos agravados frente a la nuda prohibición de discursos sin previa conducta criminal. Por último las páginas dedicadas a los delitos de prejuicio ahondan en las diferencias entre el prejuicio como estadio previo al paso al acto sobre su base, y la función que en ello puede jugar –o no– una motivación de odio.

Es loable el intento –con notable acumulación informativa a lo largo de setenta páginas– por aclarar lo imposible. El autor abusa quizás de una aproximación al significado literal de los términos de tal manera que parece querer encontrar una equivalencia entre lo que las leyes incorporan como conducta prohibida y el universo de conductas que merecerían tal reproche. Se echan en falta como criterios de aproximación conceptual una mayor profundización, por ejemplo, en la lógica jurídica que fundamenta la existencia del derecho penal internacional para poder aprehender que la característica de “odiosos” para tales delitos internacionales no es sino una forma de expresar que son las conductas (genocidio, crimen contra la humanidad, crímenes de guerra...) más graves imaginables y que, por ello, se hacen acreedoras de un tratamiento especial. De igual manera las referencias a la emergencia de la política criminal contra los delitos de odio desde el punto de vista del gran angular de la perspectiva de tutela antidiscriminatoria resultan escasas (aunque se compensa con su tratamiento en lugares más avanzados del libro) si se las compara con la importancia que tiene ese contexto para explicar e interpretar el problema que nos ocupa. Estas consideraciones, no obstante, no dejan de ser frentes de mejora que no obscurecen en lo esencial la aportación de este Capítulo y que se cifra en el recorrido que lleva a cabo por la literatura científica de los delitos de odio en Estados Unidos y su génesis legislativa a partir esencialmente de la década de los 80.

En el último apartado de este Capítulo II se recoge además una clasificación de los modelos legislativos de Lawrence (p. 115) que va a cobrar importancia esencial en el libro: el modelo de selección discriminatoria v. el modelo del ánimo. El primero haría más hincapié en formas de descripción de delitos que atienden no tanto a la motivación sino a la selección de la víctima en cuanto perteneciente a un colectivo discriminado. El segundo modelo, sin embargo, se centra en la motivación para actuar –en su ánimo– como elemento clave de conformación de la descripción legal y, dando un salto, entiende el autor que este segundo modelo es el que mejor encaja con la dicción del art. 22.4º CP. Con otras palabras, la agravante “es una manifestación del *animus model*” (p. 131). Queda así abierta la puerta para entrar de lleno en los problemas de fundamentación.

El Capítulo III, en efecto, se dedica al análisis del fundamento de la agravante en el contexto del debate del odio. En realidad se busca llevar a cabo un análisis de las razones de justicia (Teoría de Justicia) para fundamentar un modelo de intervención antidiscriminatoria del tipo del *animus model* en la medida en la que el autor adscribe interpretativamente éste al art. 22.4º CP. Es este estudio previo de las teorías de justicia la otra gran clave de reflexión de esta primera parte del libro (junto a la ya vista profundización en el debate estadounidense). Este estudio debería entonces dejar la vía libre para abordar la fundamentación de la agravante desde la perspectiva más específica de la teoría de la pena y del delito de cuño continental (pp. 135-147).

La exposición de la Teoría de Justicia se sintetiza en tres bloques: la perspectiva utilitarista (p. 147 ss.), las aproximaciones deontológicas (p. 163 ss.) y un tercer apartado, más de índole complementario, que pretende contrastar las posibilidades de un enfoque restaurativo respecto de los delitos de odio llegando a la conclusión de que –en términos generales y para delitos cometidos por adultos– debe desaconsejarse su aplicación en este sector de la criminalidad (p. 190 ss.). El autor rechaza que quepa fundamentar su propuesta en una perspectiva utilitarista (en la que se desgranar sus tesis y argumentos críticos) y se decanta por el recurso a opciones valorativas –deontológicas– ligadas a su capacidad para afirmar y a la vez prevenir un daño al principio de igualdad como presupuesto del Estado liberal-democrático. En términos de la filosofía de la justicia de RAWLS tras el velo de la ignorancia y siguiendo el principio de igualdad, el castigo agravado por la motivación no afecta a la libertad de pensamiento pues aquella se castiga no en sí misma, sino en cuanto que está proyectada en el hecho delictivo cometido. Según DÍAZ LÓPEZ el *animus model* legislativo recoge y reafirma la imparcialidad que supone el principio de igualdad como basamento del Estado liberal. Concluye que no sólo es un modelo de legislación constitucional sino que presenta además fundamento suficiente en las ideas señaladas.

Habiendo tomado partido por una fundamentación deontológica a partir del principio de igualdad se repasa el debate sobre el fundamento del art. 22.4º CP en la doctrina española (p. 209 ss.). Podría afirmarse que la mirada construida previamente sobre el debate del odio anglosajón y las teorías de justicia se vuelca ahora a la búsqueda de las líneas argumentales que en el debate español pudieran estar más cercanas y en sintonía con los presupuestos afianzados en los capítulos anteriores. Así hay un repaso “orientado” que da como resultado, como era previsible, un rechazo de aquel tipo de interpretaciones que buscan fundamentar la agravante a partir de la protección de colectivos (*discriminatory selection*

model). Rechazo sobre la base de una interesante consideración crítica para con las posibilidades de que se acoja una intervención de acción positiva (como política antidiscriminatoria) en sede penal. Incide el autor en que el art. 22.4º “habla” (p. 218) de motivos y no de efectos lo que refleja que no es lo importante la situación del colectivo y su histórica discriminación sino la motivación –que puede alojarse en personas pertenecientes a minorías históricamente discriminadas o mayorías opresoras– que impulsa la acción criminal transgresora del principio de igualdad.

Sentado lo precedente, sin embargo, y precisamente a la luz de la importancia concedida en su línea argumental a que la motivación como base sobre la que incrementarse la pena puede ser aceptable por su imparcialidad y proyección universal a todo tipo de personas, se plantea la cuestión de hasta qué punto el tenor literal del 22.4º es “selectivo” y deja fuera –o no– causas o condiciones relevantes sobre cuya base activar el precepto (p. 219 ss. y especialmente 227 ss.). Con otras palabras, ¿son las condiciones que si son el objeto de la motivación podrían dar lugar a incrementos de pena. Once y por tanto, no están todas. ¿Afecta esto a su fundamento universalista? El autor entiende que no y para ello argumenta de la siguiente manera: las condiciones o causas que menciona el art. 22.4º son elementos de “identidad personal” y no “colectiva”. Y ese elemento de identidad personal se incorpora al 22.4º cuando tiene una vinculación además con el principio de igualdad (p. 223). Todas las causas o motivos del art. 22.4º son elementos de identidad personal que reflejan una fuente tradicional de prejuicio, que gozan de reconocimiento en tratados internacionales y/o en la Constitución española, con vocación de permanencia y no resultan meramente circunstanciales. La elaboración de un conjunto definitorio de criterios que ligan elementos de identidad personal con su protección jurídico-constitucional desde el prisma del principio de igualdad es, en definitiva, el tipo de razonamiento que lleva a DÍAZ LÓPEZ a asegurar que aunque hay otros elementos de identidad personal posibles (edad, situación familiar y la situación económica principalmente) éstas no deben incorporarse a la agravante genérica precisamente porque les falta esa ligazón añadida.

El Capítulo IV se dedica a la controvertida relación entre las emociones y el derecho penal. Al menos eso reza su título. En realidad es una reflexión especulativa que va aproximando el cierre de la primera parte del libro –la dedicada al Fundamento– sobre un tema de enorme calado. No es voluntad del autor decir en esta materia –que como tal daría en sí misma para no una, sino múltiples investigaciones– la última palabra sino, probablemente, decir una palabra. Palabra, a mi juicio, bien traída pues este nivel de regulación, no ya de hechos sino de emociones, tiene sus particularidades que en el tema que nos ocupa se manifiestan de manera más exacerbada. Y entre dichas particularidades se centra el capítulo en el tormentoso asunto de hasta qué punto la preponderancia de emociones en el hecho criminal interfieren en la libertad como presupuesto de la culpabilidad. Si la actuación por odio discriminatorio alberga una dimensión innegable de activación y desencadenante de emociones –esté o no presente el odio en términos biológicos como acertadamente señala el autor (pp. 241-244)– debería poderse despejar la objeción de que el sujeto tiene capacidad de responsabilidad. Afirmación que ha sido puesto en solfa, recientemente, con base en aproximaciones basadas en los avances de la neurociencia. Desde esta óptica, precisamente, se presenta el clásico debate entre determinismo o libre albedrío pero orientado a clarificar sus implicaciones en la interpretación del art. 22.4º

según una pre-comprensión del mismo como perteneciente al modelo del ánimo. La exposición de la versión más pura de una concepción mecanicista de las emociones humanas llevaría al autor –como él mismo reconoce– a un horizonte sin salida para su tesis por cuanto se concluye una predeterminación en la acción que imposibilitaría la capacidad de responsabilidad del sujeto activo. Sin embargo, se opta, superando este obstáculo, por una concepción evaluativa de las emociones que atiende como elemento central no tanto a la intensidad de la emoción, sino a su aspecto intelectual (p. 254). El impulso mecanicista, irrefrenable, de la emoción debe superarse con una mirada más global al proceso de formación de voluntad que atienda a una fase previa en la que el prejuicio que provocó el estado emocional sí que era controlable (p. 255 ss.). Es una suerte de “*actio libera in causa*” que exige una mirada más retroactiva del actuar por odio y que permite afirmar la culpabilidad aún integrando los nuevos conocimientos neurológicos disponibles. Esta opción se apuntala además con la descripción de los argumentos que relativizan las conclusiones más extremas de una concepción mecanicista.

El Capítulo V cierra ya esta primera parte del libro –las más extensa y que ocupa dos tercios de la obra– refiriéndose a algunas implicaciones del fundamento propuesto no todavía respecto de la naturaleza jurídica de la agravante a la luz de la teoría del delito, sino a la hora de ordenar problemas de inherencia –y de prohibición de *bis in idem*– (p. 272) por igual fundamento entre el incremento punitivo y el delito base sobre el que aquél se ha de proyectar. Para ello, en primer lugar, hace un repaso de todas y cada una de las causas –motivos– legales de agravación (p. 274 ss.) como paso previo al fin indicado. Se van dando las definiciones de los conceptos de raza, etnia, antisemitismo, etc., a la búsqueda de una primera aproximación conceptual que permita ir ordenando las constelaciones de casos sobre cuya base se irá identificando el ámbito de prohibición de la norma y que habilitará, en un segundo paso (p. 312 ss.) algunas consecuencias interpretativas de aplicación o inaplicación de la agravante por inherencia.

La identificación de las condiciones personales –no de colectivos vulnerables– (pp. 274-275) comienza por el análisis del “racismo, etnia y raza” como elementos delimitadores de un universo étnico-racial al que también habría que adscribir el antisemitismo como mención redundante y prescindible (p. 274 ss.). Resultan más novedosas las precisiones respecto de la ideología –esencialmente política–, la religión –sea o no de las registradas oficialmente– y el papel complementario de la mención a las creencias (p. 287 ss.). Especialmente interesante resulta la propuesta de delimitación entre la motivación por sexo, a entenderse como misoginia en sentido estricto, y sobre la que articula criterios de diferenciación con la violencia de género que remite más a patrones culturales de imposición machista (p. 298 ss.). Igualmente interesantes resultan sus apreciaciones respecto de supuestos frontera con actuaciones eutanásicas en las que formalmente se pudiera apreciar una motivación por discapacidad (p. 310 ss.) que, sin embargo, tiende a desaparecer ante contextos de actuación por compasión. Menos convincentes son, no obstante, las propuestas interpretativas sobre la nacionalidad (p. 295) y su imposible deslinde del universo étnico o las disquisiciones respecto de una posible agravante por orientación sexual en supuestos de agresión nada menos que a pederastas (p. 308). Probablemente la opción de partida del autor por el modelo del ánimo genera este tipo de dificultades en casos extremos en que la ausencia de la perspectiva valorativa del colectivo vulnerable (¿son los pederastas un

grupo discriminado y necesitado de protección penal?) desdibuja y debilita las propuestas interpretativas referidas.

De cualquier manera las delimitaciones conceptuales son esencialmente una aportación provechosa que adelantan su propuesta de deslinde de conformidad con el principio de inherencia del art. 67 CP. La tesis del autor se basa en la adhesión a una doble argumentación: habrá inherencia expresa si hay igualdad de fundamento (prohibición de *bis in idem*) y será inherencia –pero tácita– en los casos en que el fundamento no sea idéntico pero sí muy similar lo que, entonces, se complementa argumentalmente con el recurso al principio de insignificancia (pp. 312-317). Con base en este punto de partida declara Díaz López la inherencia expresa entre el art. 22.4º y el delitos de amenazas a colectivos (art. 170), discriminación laboral (art. 314), provocación al odio (art. 510), discriminación por denegación de prestación sea el autor funcionario público, encargado de un servicio o un particular (arts. 511 y 512), asociación ilícita (art. 515.5º), genocidio, su apología y crímenes contra la humanidad (arts. 607 y 607 bis); pero también, con más o menos matices, respecto de los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (arts. 522-525), clonación para selección de la raza (art. 160.3), descubrimiento y revelación de secretos de datos que revelen condiciones personales (art. 197.6) y prácticas de segregación racial. En este último conjunto de figuras delictivas los argumentos y matices a favor de la inherencia van siempre en la línea de la similitud de fundamento por su orientación interpretativa hacia la tutela del principio de igualdad que es, a su vez, el núcleo de protección identificado por el autor para la agravante.

Y en la misma línea va a concluir en un apartado específico dedicado a dos campos que podríamos tildar de secantes: el del terrorismo y el de la violencia de género. Está plenamente justificada su toma en consideración aparte porque, a mi juicio, son dos sectores de intervención particular que entroncan con el paraguas general de una política criminal antidiscriminatoria. La violencia política y la violencia de género, con toda su heterogénea paleta de posibles conductas merecedoras de intervención penal, no son sino sectores particulares de delitos por odio o, si se prefiere, etiologías criminales que se inscriben en sectores históricamente proclives al despliegue del prejuicio de discriminación. Y por eso tienen un campo particular de política criminal históricamente desgajado del tronco común de la tutela del principio de igualdad, pero que enlaza fluidamente con la materia objeto de atención en la monografía y que determina, por sentido de tutela estructuralmente parejo, una conclusión de inherencia. Y eso es lo que el autor, como no podía ser de otra manera concluye: la inherencia e imposibilidad de aplicación de la agravante del 22.4º en tales casos. Interesa en este breve apartado (pp. 324-333) destacar, no obstante, que más allá de la conclusión en términos de inherencia, se encuentra aquí –y se trata en esbozo– un aspecto que bien merecería una investigación doctoral monográfica que ayudara a deslindar las particularidades de la intervención penal antiterrorista y de lucha contra la violencia de género –como especies– respecto de la parte de la política penal antidiscriminatoria general –como género– en lo que sería, a su vez, un aspecto concreto –pero esencial– de una suerte de parte general de los delitos de discriminación.

3. *La naturaleza jurídica*

Una cosa son las razones que fundamentan la agravante y otra diferente la adscripción de la agravación a una categoría concreta (antijuridicidad, culpabilidad...) dentro de la teoría del delito. Sentado lo previo es momento de abordar lo último. Y a ello se dedica esta segunda parte que nos lleva a las últimas 100 páginas largas de la obra.

En el Capítulo I, de forma "cautelosa" (p. 337), el autor se va introduciendo poco a poco en las complejidades de esta vidriosa cuestión. Y por ello, va despejando aquellas implicaciones que no son objeto propio de la investigación porque su calado la supera (como por ejemplo, el papel general de la motivación como posible agravación de la responsabilidad penal; diferencias entre agravar el castigo o condicionar la existencia del delito; los matices diferenciadores entre agravaciones legalmente previstas o integración de la motivación en la individualización de la pena: p. 337 ss.) y dedica un primer esfuerzo a reflexionar sobre la viabilidad de las motivaciones abyectas como incremento de la culpabilidad (p. 342 ss.). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria adscribe el plus de gravedad de la agravante a una mayor culpabilidad pero el autor, acertadamente, subraya que lo relevante no es una ligazón automática entre motivación y culpabilidad, pudiéndose interpretar que lo primero –la motivación– es exigible sin que necesariamente se tenga que asumir que implica un incremento de la segunda –la culpabilidad– (p. 344). Clave será la concepción de culpabilidad que se mantenga y por ello somete a consideración crítica la concepción de la culpabilidad por la actitud del autor (p. 346 ss.) para llegar a una conclusión provisional: la piedra de toque en la crítica a una concepción que adscribe el plus de gravedad a una mayor culpabilidad se cifra en aquella concepción que afirma que ésta, la culpabilidad, no es graduable en el sentido de poder aumentar el injusto previo (MIR PUIG, FRISCH, DOPICO GÓMEZ-ALLER, pp. 348-350). Y ahí se detiene para dar paso a un segundo asalto a la cuestión que le lleva a explorar otras alternativas comenzando por la hipótesis interpretativa de que la agravación respondería a un mayor injusto.

Efectivamente, en el Capítulo II, se repasan las diferentes propuestas de la doctrina respecto de que la agravación represente un mayor injusto subjetivo (p. 353 ss.) u objetivo (p. 356 ss.). Todas ellas van a ser rechazadas por diversos motivos. En el caso de la hipótesis de que los motivos discriminatorios elevarían el injusto subjetivo –a modo de elementos subjetivos del tipo– se le reprocha su incompatibilidad con una concepción normativa del dolo y, en definitiva, el riesgo de incurrir en sanción del pensamiento. Los mayores esfuerzos argumentales, sin embargo, se destinan al repaso exhaustivo de las posiciones que apuntan a interpretar la agravante como un mayor injusto objetivo basadas en reformular su sentido al atender esencialmente a los "efectos" subyacentes a la motivación antes que a ésta. Díaz López rebate primero concepciones a las que tilda de "mixtas objetivo-subjetivas" (ALONSO ÁLAMO, HORTAL IBARRA: p. 359) y posteriormente analiza en detalle las de LAURENZO COPELLO, LANDA GOROSTIZA y DOPICO GÓMEZ-ALLER (p. 361 ss.). No cabe aquí reproducir en detalle estas últimas sino más bien señalar las claves que el propio autor indica sintéticamente (p. 373): incrementaría la victimización secundaria al exigir la prueba de la motivación a la víctima; implicaría una inversión de la carga de la prueba; se aproximaría al derecho penal de autor; pero, sobre todo, no son acordes con el fundamento de esta institución jurídica en torno al modelo del ánimo y la

protección del principio de igualdad que debería situar en el centro las motivaciones y no los efectos de éstas. Queda así ya expedito el camino para proponer su interpretación (pp. 373-392) en lo que sería el momento culmen al que todo el libro ha ido apuntando.

El núcleo esencial de su tesis que va a servir para una propuesta de reconducción de la naturaleza jurídica de la agravante tanto al injusto objetivo como, alternativamente, a la afectación de la categoría de la culpabilidad, es el siguiente: los motivos no vienen a añadir un mayor desvalor sino que bloquean y anulan las posibilidades de justificar o exculpar la conducta. Es una argumentación “en negativo” con base en propuestas sintetizadas de MÜSSIG, PERALTA y PEÑARANDA. El original planteamiento le permite salvar satisfactoriamente –en opinión del autor– las críticas que lanzaba a las posiciones ya vistas de la doctrina y por ello afirma que, conforme a su tesis, los motivos deben tenerse en cuenta pero no en cuanto tales sino en la medida en que se proyectan sobre el hecho. Y al proyectarse determinan un contexto de actuación discriminatoria que impide una valoración parcialmente atenuante de su gravedad, o parcialmente exculpatoria, en su mitad inferior que operaría, sin embargo, en su ausencia. No es que la conducta con motivación discriminatoria sea más grave, ni más culpable, sino que los motivos impiden considerar una perspectiva más amplia que podría habilitar la reducción de su pena. Niega que la toma en consideración de los motivos opere su efecto de causa de justificación al revés o de causa de exculpación al revés, con base en la afectación de un ulterior bien jurídico más allá de la conducta base agravada. Tampoco se sanciona el pensamiento sino el hecho. Es el previo derecho a disfrutar en igualdad del bien jurídico protegido por la norma que infringe el delito base el que se proyecta sobre el hecho de forma que su afección conjunta –delito base y motivo discriminatorio– bloquean cualquier reducción de gravedad o posibilidad de filtrado atenuante de responsabilidad. La conducta agravada consolida el injusto preexistente o, según la otra alternativa en sede de culpabilidad, evita ningún filtrado reductor de responsabilidad.

No se pronuncia sobre si la naturaleza jurídica apunta al injusto o a la culpabilidad: ambas posturas o hipótesis interpretativas son posibles siempre que se acepten sus premisas principales –ahí está su tesis original– y que son las siguientes según su propia síntesis final (pp. 391-392): no se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas sino el hecho típico que, no obstante, a la luz de las motivaciones discriminatorias –que en todo caso deben probarse– queda configurado (las motivaciones se “proyectan” sobre el hecho) de otra forma. Pero de otra forma que agrava o, mejor dicho, que no permite reducir su injusto o su culpabilidad.

Asentada la tesis del autor y desplegados sus argumentos todavía va a dedicar dos capítulos más a la obtención de corolarios o complementos interpretativos. El Capítulo III se ocupa de las cuestiones del error, la participación, la responsabilidad de las personas jurídicas y de la compatibilidad de esta agravante en general y, en particular, con las de arrebató discriminatorio y el miedo insuperable. En concreto, afirma que el error sobre la condición de la víctima deviene irrelevante, es incomunicable (p. 395) y tiende a negar –si fuera posible– una eventual responsabilidad agravada de las personas jurídicas (p. 398). Respecto de la cuestión de la compatibilidad de la agravante explora más superficialmente su relación con la agravante de precio, recompensa o promesa afirmando en teoría su

posible compatibilidad pero pronosticando su dificultad para que se vaya a producir en la práctica (pp. 400-401). Y en la misma línea vierte algunas consideraciones orientativas respecto de su compatibilidad con supuestos de inimputabilidad, la eximente incompleta de embriaguez y haciendo mención también a la problemática conexas de los delitos culturalmente motivados (p. 401 ss.). No obstante, se detiene más pausadamente en el estudio de la compatibilidad con la atenuante de arrebato y con el miedo insuperable. Respecto de la primera, tras un repaso histórico y con base en una aproximación evaluativa de las emociones, se decanta por declarar la imposibilidad de apreciar ambas y presenta distintas constelaciones en que se va trazando la línea de cuál ha de prevalecer (pp. 405-413). Por último, con relación al miedo insuperable, y otra vez con base en una aproximación evaluativa de las emociones, considera que la presencia de la motivación discriminatoria tiende a anular el efecto atenuante de la eximente (pp. 413-420).

Esta segunda parte –y el libro en su conjunto– se cierra con un último Capítulo, el IV, dedicado a problemas probatorios y que se divide en dos partes: una sobre la importancia de la investigación policial y, otra, sobre la prueba indiciaria. En una institución jurídica en la que el autor concluye que deben probarse los motivos resulta adecuada una reflexión al respecto (p. 421). Destaca el autor la escasa aplicación de la agravante como punto de partida (pp. 422-423) para a continuación incidir en los problemas de no registro estadístico y las deficiencias de investigación policial. Se incide en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su interesante deriva de exigir una investigación de los motivos para compensar las dificultades probatorias: sin investigación suficiente el Estado arriesga una condena de Estrasburgo (pp. 425-426). Por último se trae a colación la confesión como elemento probatorio para concluir con una relativización de la investigación policial que, sin duda, debe tender a mejorarse y puede ayudar en la labor probatoria pero cuyo rendimiento también depende de las reglas que rigen el proceso penal. Y por ello dedica las últimas páginas a recoger la doctrina de la prueba de indicios como construcción de una verdad forense más allá de la duda razonable que se enraíza en la presunción de inocencia. Resulta especialmente valioso el contraste entre los indicios que se sistematizan a partir de la práctica estadounidense (p. 435 ss.: manifestaciones antes, durante y después del delito, simbología, pertenencia a grupos, etc) y la experiencia en España, incluidas las periciales psicológicas. Todo ello con la cautela de insistir que tanto los indicios como los contraindicios deberán ser valorados adecuadamente huyendo de toda falsa pretensión de construir un sistema automático. El Derecho es valoración y ésta no la pueden hurtar modelos articulados de apoyo por muy detallados que sean.

4. Una valoración final y de conjunto

El libro es una sólida interpretación de la agravante de racismo que presenta múltiples aspectos positivos. En primer lugar, tiene el acierto de colocar en línea la agravante con las tendencias interpretativas estadounidenses que ya en la década de los 90 del siglo pasado optaron por esta institución jurídica como elemento central de su política criminal en la materia¹. Proporciona y sistematiza la información al respecto del otro lado del océano y

¹ Como ya avanzó de forma sintética y especialmente nítida SILVERMAN, «Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de

permite así una transferencia operativa y fructífera de su experiencia –la de una de las sociedades occidentales con una problemática más compleja y real– adaptada a la propia del Estado español. En segundo lugar, el recurso a la Teoría de Justicia otorga solidez y profundidad a su propuesta interpretativa. No se trata tanto de que sea o no acertada la tesis concreta, cuanto de integrar sistemáticamente una reflexión de filosofía del Derecho como otra de las bases para articular la interpretación del art. 22.4º. En tercer lugar, este libro permite dotar de cuerpo argumental a las hipótesis interpretativas que se van imponiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y tribunales inferiores a la luz del creciente número de pronunciamientos de estos últimos. La integración de la necesidad de que se pruebe la motivación discriminatoria establece una vía sólida de enlace entre la tesis del profesor DÍAZ LÓPEZ y la aproximación jurisprudencial hasta la fecha. Máxime, además, cuando en su sugerente tesis deja abierta la posibilidad de que la naturaleza jurídica de la agravante pueda verse referida tanto al injusto como a la culpabilidad. En cuarto lugar, la tesis, aun estando circunscrita al estudio particular de la agravante genérica, invierte una elevada proporción de sus esfuerzos en abordar cuestiones comunes al conjunto de la normativa antidiscriminatoria. En concreto deben destacarse las propuestas de definición de cada una de las causas, el papel de las emociones en derecho penal, la cuestión de la eventual interferencia con derechos fundamentales tales como la libertad de expresión o la necesidad de asentar un referente de protección –en su caso situado en torno al principio de igualdad– para todas las causas de odio o discriminación que el legislador incluye en el largo listado del art. 22.4º. Por último, y sin ánimo de ser exhaustivo, el libro tiene tanto mérito por las tesis que argumenta, cierra y presenta como por la cantidad de aspectos que esboza y desbroza y, sin embargo, considera que debe dejar sólo apuntados por exceder en su calado el objeto del mismo. El fino bisturí jurídico debe siempre dejar de lado otras complejidades para poder operar con eficacia en el foco seleccionado.

El libro también refleja en su conjunto una opción interpretativa que avala una determinada política criminal en la materia. La que sitúa al art. 22.4º como un instrumento general de protección del principio de igualdad. Es una opción, legítima y sólidamente argumentada, pero que no cierra la discusión. A mi juicio, el legislador puede optar por una protección de dicho principio de manera homogénea para todas y cada una de las causas que apuntan a grupos diferenciados: grupos étnicos, nacionales, sexuales, de orientación o identidad sexual, grupos de discapacitados, ideológicos, religiosos, de creencias, etc.; o puede optar por políticas sectoriales y asimétricas que desplieguen su protección –con más o menos intensidad– a unos grupos y no a otros. El legislador puede también, es el caso del legislador español, optar por incorporar preceptos penales que en su dicción literal combine ambas pretensiones: esto es, políticas sectoriales de protección antidiscriminatoria por ejemplo específicas para la mujer o de combate de violencia político-ideológica (terrorismo) y políticas de pretensión universal con rasgos formales omnicomprensivos de los grupos –o identidades personales que diría el profesor DÍAZ LÓPEZ– en pie de igualdad. Y este diferente material de aluvión, que el legislador acumula en el Código muchas veces sin clara conciencia de ello (como el fino análisis de los antecedentes legislativos del art. 22.4º que el libro contiene también revela), es el punto de

expresión», *Cuadernos de Política Criminal*, (63), 1997, pp. 689-699. [Traducción de LANDA del original: «Haßdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, (104), 1995, pp. 649-658].

partida para intentar una hipótesis interpretativa –esa es la labor de la academia– que pueda desplegar los mejores efectos de aplicación dentro del tenor literal pero con un amplio margen de maniobra. El margen de maniobra será aprovechado por cada intérprete –también por la propia jurisprudencia– con aproximaciones cuya validez y legitimidad irá asentando –o descartando– el paso del tiempo y la realidad de su implementación, o no, por los operadores jurídicos en función –y esto es clave– de los propios problemas en nuestro caso de racismo, xenofobia, homofobia, etc., que vayan –o no– aflorando en nuestra realidad social.

Pero antes de que el paso del tiempo vaya inexorablemente ordenando el campo, es el momento de la exposición argumentada de las hipótesis interpretativas. Y en mi humilde opinión, el punto de partida y los argumentos del autor DÍAZ LÓPEZ, la pre-comprensión en definitiva del círculo hermenéutico, identificando el art. 22.4º con el modelo del ánimo, son legítimos pero desconocen otros datos que abonarían otras hipótesis interpretativas. En primer lugar, la política antidiscriminatoria, históricamente, nació como política sectorial de protección de grupos. Ha sido la realidad de vulnerabilidad de los grupos la que ha “forzado”, con el tiempo y según países, a políticas de compensación y reparación de esa desigualdad. Y ello, donde se ha hecho, se ha articulado mediante políticas sociales y jurídicas extrapenales reservando a esta última un papel de complemento simbólico –en el mejor de los sentidos–. Todavía hoy, por ejemplo, el referente europeo de la Decisión Marco de 2008 sigue ciñendo su pretensión de homogeneización de políticas penales a los grupos étnicos o religiosos y no al conjunto del principio de igualdad de forma universal. En derecho comparado se constata universalmente una tendencia de ampliación del arco penal hacia más sectores y grupos pero sigue siendo una intervención esencialmente sectorial: como mero ejemplo, pero de gran relevancia por la situación e historia de las relaciones étnicas en su seno, en Gran Bretaña han estado discutiendo durante décadas si extender la protección penal más allá del espectro étnico a la religión; o en Alemania, la política criminal antixenofoba sigue siendo esencialmente de cuño étnico y muy marcada –como no puede ser de otra manera– por la realidad –y la historia– de la herencia nazi².

No es este el lugar para desplegar en detalle los argumentos esbozados³ sino para subrayar que lo mismo que cabe una aproximación interpretativa esencialmente legitimadora del principio de igualdad, también hay datos sólidos desde los que construir una aproximación que aspire a una regulación sectorial. Regulación, esta última, que es cierto que tiene caracteres diferenciales si se refiere a delitos de propaganda (arts. 510, 607.2...), delitos de actos de discriminación (arts. 511, 512, 314...) o a una circunstancia agravante genérica. Es cierto que en esta última, por ejemplo, no está en juego de la misma manera una posible interferencia en el ámbito legítimo de la libertad de expresión por cuanto ya hay un delito

² Véase para la perspectiva histórica a este respecto LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras las nueva «ley de lucha contra la criminalidad» (Verbrechensbekämpfungsgesetz) del 28 de octubre de 1994», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1996, pp. 529-589.

³ Para los que me permito remitir al lector a mis obras LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código penal)*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1999; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001.

previo sobre el que proyectar el incremento de pena. Ese dato modula el tipo de modelo legislativo y descarga de cierta tensión la dicotomía derecho penal del hecho o de pensamiento. Pero así, y con todo, el conjunto de la normativa antidiscriminatoria tiene en sede penal un cierto carácter de normativa excepcional que tensiona la libertad de expresión de forma estructural y que aconseja, a mi juicio, una cautelosa aproximación que despliegue las interpretaciones favoreciendo al máximo los espacios de libertad y amortiguando un posible efecto desaliento. A ello, no cabe duda, no contribuye un legislador que ha decidido hacer su labor con enorme profusión de instrumentos penales antidiscriminatorios. Pero es por ello por lo que el intérprete puede optar por propuestas más o menos expansivas. En cualquier caso la contribución del doctor DÍAZ LÓPEZ incide directamente en este aspecto esencial y toma partido elevando, sin duda, el nivel de la discusión y abriendo nuevas perspectivas que ya están reclamando investigaciones –doctorales o no– que incidan en los aspectos generales y comunes a todos estos tipos de forma monográfica. A mi juicio, una profundización en el sentido y evolución de la tutela antidiscriminatoria (principio de igualdad y no discriminación), por un lado, y una profundización en los modelos y filosofía subyacente a la libertad de expresión⁴, son los mimbres que deben informar un punto de partida desde el que luego ir señalando los matices interpretativos de cada figura y modelo de intervención penal.

No quisiera terminar esta reseña sin una mención a la tesis de la naturaleza jurídica como causa de justificación o exculpación al revés. Y dentro de ella a un aspecto que, paradójicamente, acerca a mi juicio su tesis y lo que otro sector de la doctrina –entre los que me encuentro– defiende. A saber: la mención de que la propuesta de DÍAZ LÓPEZ no hace referencia más que a un solo bien jurídico –el del delito base– cuya gravedad queda incólume y sin rebaja posible a la luz de la presencia de una motivación discriminatoria. Insiste el autor que en realidad la motivación discriminatoria se proyecta sobre el hecho –no se castiga la motivación como tal sino su repercusión, proyección en el hecho– y por tanto, es la constatación de que hay una quiebra del principio de igualdad la que determina un contexto diferente que, sea dicho como fuera, transmite un contenido de gravedad superior al que en definitiva tendría la conducta no agravada. Esta sugerente formulación, en realidad, remite la identificación de la naturaleza jurídica a la “sombra” que el principio de igualdad proyecta sobre el hecho base. Y entiendo que sus esfuerzos por distinguir su tesis de las de LAURENZO COPELLO, LANDA GOROSTIZA y DOPICO GÓMEZ-ALLER (p. 361 ss.) no convierten sino en más evidente una cierta similitud en los planteamientos de ese grupo de autores y la tesis en este libro presentada. La dicotomía entre gravedad del delito base más incremento de gravedad por transgresión del principio de igualdad por un lado, o, por otro lado, por el componente discriminatorio de afección del grupo vulnerable, no son planteamientos tan disímiles. La diferencia fundamental reside, a la postre, en la manera de configurar el contenido y la transgresión del principio de igualdad o el componente discriminatorio que se conecta al hecho base. Y es ahí donde la pre-comprensión hacia un modelo del ánimo con referencia al principio de igualdad o a un modelo de la selección

⁴ Incluida de forma particular la perspectiva del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Véase a ese respecto, partiendo del artículo 510, pero perfectamente asimilable para una reflexión conjunta de todos los tipos antidiscriminatorios LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2012, pp. 301-350.

discriminatoria con referencia a la protección –antidiscriminatoria– de grupos marca la diferencia. Con esta última valoración he querido simplemente sugerir que el debate, después de este libro, queda mejor articulado para que sea el sano contraste de los argumentos a favor de uno u otro modelo el que de forma progresiva vaya revelando –y precipitando– qué política penal antidiscriminatoria acaba por imponerse en la práctica forense y en los modelos legislativos del futuro. Pero los términos del debate, así lo entiendo, no son tan dicotómicos: la motivación y los efectos pueden ir de la mano si, al fin y la postre, aquélla se “proyecta” sobre el hecho. Probablemente hay más puntos de enlace entre posturas diferentes de las que el brillante libro recensionado permite, a primera vista, detectar.

Réplica

Juan Alberto Díaz López
Universidad Autónoma de Madrid

La brillante reseña efectuada a mi libro *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP* por una de las mayores autoridades en los llamados “delitos de odio y/o discriminación”, el profesor Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, merecería una réplica más extensa que aquélla que permitirá el breve espacio del que dispongo, si bien me brinda la oportunidad de clarificar algunos aspectos respecto de los cuales nuestras posturas pudieran aparentar ser muy dispares.

Las apariencias, en efecto, pueden conducir a equívocos, y por ello he de coincidir con su conclusión sobre nuestras respectivas interpretaciones acerca de la naturaleza jurídica de la agravante: puede que sean más los aspectos que nos unen que los que nos separan. Consecuencia lógica, por lo demás, de nuestra coincidencia en el punto de partida, sobre el cual construimos nuestras respectivas soluciones: la constatación del problema que para un Estado liberal y democrático supondría admitir, como tradicionalmente se ha admitido, que el art. 22.4ª CP sanciona un *plus* de culpabilidad que obedece a la motivación discriminatoria en sí misma considerada. Esa postura, que podríamos adscribir al denominado “Derecho penal de la actitud interna”, vendría a interpretar la naturaleza del art. 22.4ª CP en los siguientes términos: ya fuera desde aproximaciones retributivas (por el mero reproche moral), ya fueran preventivas (por una especial peligrosidad del sujeto), se añadiría al desvalor por el injusto típico –al del *hecho*– un desvalor adicional –el *plus* de culpabilidad por el *móvil* en sí mismo considerado– que sobre ese desvalor por el hecho típico cometido caería como una losa, determinando así la pena que finalmente procedería imponerle al sujeto. Tanto mi propuesta como la de la corriente a la que se adscribe el profesor LANDA rechazan tal planteamiento, y por ello necesariamente convengo en que los nuestros “no son planteamientos tan disímiles”.

Obviamente, no es lo mismo i) entender que se sanciona un mayor injusto objetivo por el efecto discriminatorio que un delito al que le sea de aplicación la agravante conlleva para un colectivo vulnerable y tradicionalmente objeto de discriminación (o para la víctima por

su pertenencia al mismo); que ii) entender que de lo que se trata es de atender a los motivos del autor –no a los efectos de su conducta para un colectivo–, en tanto que al expresar una negación del principio de igualdad entre todos sea cual sea nuestra condición personal, ese motivo no justifica ni siquiera parcialmente el hecho (si ubicamos la naturaleza de la agravante en el injusto objetivo) o no puede excusar ni siquiera parcialmente al sujeto (si la ubicamos en la categoría de culpabilidad). Pero subyace en nuestras propuestas el respeto al mismo presupuesto, que lo es también de un verdadero Derecho penal *del hecho*: al aplicar el art. 22.4ª CP, no se sanciona la motivación, sino que se sanciona el hecho. El hecho que es constitutivo del delito al que se aplica la circunstancia agravante.

Realmente, tanto mi propuesta como la del profesor LANDA articulan consecuentemente a nuestra teoría del delito continental la naturaleza de la agravante, conforme al fundamento que una y otra le confieren. Como también de forma harto acertada expone la recensión que ahora replico, la divergencia entre nuestras propuestas obedece a que, según la conocida tipología de Lawrence, yo considero que el art. 22.4ª CP es una manifestación del *animus model* legislativo de crímenes de odio, mientras que el profesor LANDA considera que más bien se trata de una manifestación del *discriminatory selection model*. Nos encontramos ante un debate que, si finalmente se articulara en esos términos, como la recensión augura, sin duda facilitaría ulteriormente una mejor comprensión científica del art. 22.4ª CP y de su naturaleza jurídica. No se trata tanto de en qué categoría dogmática (injusto, culpabilidad) ubicar esta circunstancia agravante, sino de cómo hacerlo dependiendo del fundamento que le confirmamos: modelo del ánimo o modelo de la selección discriminatoria.

En efecto, lo que unas y otras propuestas demuestran es que es posible “traducir” el fundamento del art. 22.4ª CP a nuestra teoría del delito, ya sea entendiéndolo como manifestación del modelo del ánimo (alternativamente, en las categorías dogmáticas de injusto objetivo o de culpabilidad), ya sea desde el de la selección discriminatoria (en la de injusto objetivo). Y en este sentido, no es en absoluto descabellado considerar que se trata de una manifestación de este último, siendo posible encontrar diversos argumentos a favor de dicha hipótesis. Tal y como señala el profesor LANDA, ciertamente, la política antidiscriminatoria nació como política sectorial de protección de determinados grupos, y desde esa perspectiva se comenzó a reclamar una agravación jurídico-penal para determinadas conductas al iniciarse el debate estadounidense sobre crímenes de odio –a ello dedico las pp. 110 ss. de mi libro–. No es por ello de extrañar que sea posible interpretar el art. 22.4ª CP como una manifestación de ese modelo legislativo, entendiendo que de lo que se trata es de sancionar conductas que son más graves por el efecto que despliegan sobre un colectivo vulnerable –o sobre la víctima por su pertenencia a ese colectivo–. Parafraseando la recensión: la pre-comprensión del círculo hermenéutico, identificando el art. 22.4ª CP con el modelo de la selección discriminatoria, es legítima.

Sin embargo, yo me inclino hacia el modelo del ánimo, empleando como instrumento diversas aproximaciones al fundamento del art. 22.4ª CP desde las teorías de Justicia. Se trata por ello, necesariamente, de un debate no-binario: no pretendo afirmar que resulte indefectiblemente “injusto” interpretar el art. 22.4ª CP como perteneciente al modelo de la selección discriminatoria o que sólo sea “justo” hacer lo propio desde el modelo del ánimo.

Se trata de ponderar si sería más o menos justo optar por una u otra perspectiva: si es suficientemente aceptable en términos de Justicia, en definitiva, descartar que se trate de una manifestación del primero para entender que lo es del segundo.

Son varias las razones que me conminan a fundamentar la circunstancia agravante conforme al modelo del ánimo. Como punto de partida, apelando a la navaja de Ockham –principio al que recurrirán mayoritariamente los operadores jurídicos a la hora de interpretar el art. 22.4^a CP–, no se trata aquí de sancionar efectos, sino de tomar en consideración los *motivos* del autor al cometer su delito –que es lo que menciona el precepto–. De aceptar que el empleo del término “motivos” por parte de este precepto no es más que una técnica de tipificación y que en realidad se refiere el Legislador a los *efectos* sobre un determinado colectivo –o sobre la víctima por su pertenencia al mismo–, nos encontramos con que podrá aplicarse el art. 22.4^a CP a quien no ha actuado por motivos discriminatorios, con la más que probable erosión del principio de legalidad. Del mismo modo, existen pronunciamientos jurisprudenciales que, interpretando el art. 22.4^a CP desde el prisma del modelo de selección discriminatoria, han dado ya lugar a situaciones perversas. Paradigmáticamente, la de exigir a la víctima del delito que pruebe –*ad exemplum*– su homosexualidad, ya que de no ser homosexual, aunque el autor hubiese actuado por motivos discriminatorios hacia una de nuestras más personales condiciones – la orientación sexual que todos nosotros tenemos–, no se produciría el efecto discriminatorio al no pertenecer la víctima –heterosexual– al “colectivo homosexual”.

Si consideramos que el art. 22.4^a CP es una manifestación del *animus model* legislativo, no se tratará de probar la pertenencia del sujeto a un colectivo tradicionalmente discriminado, los efectos discriminatorios que la conducta haya podido desplegar sobre ese colectivo o la existencia misma de ese colectivo –que en principio podría variar dependiendo del contexto y lugar en que se cometa el delito–. Se tratará de probar que el sujeto actuó motivado por su odio discriminatorio hacia una condición personal de la víctima, condición que define la identidad de todos nosotros –un odio discriminatorio hacia “la raza” de la víctima, sea cual sea ésta, pero no necesariamente hacia un determinado colectivo “de raza negra”–. Obviamente, esta interpretación del art. 22.4^a CP conlleva importantes efectos comunicativos, que aprovecharán en primer lugar quienes revistan condiciones personales que tradicionalmente han supuesto que fueran victimizados por el odio discriminatorio hacia ellas. Pero la reafirmación de esa vigencia, puesto que del principio de igualdad *entre todos los ciudadanos* estamos hablando, aprovecha a todos, con independencia del colectivo al que puedan pertenecer. Considero que este modelo legislativo reviste un fundamento *suficiente* para ser aceptado en tales términos por parte de nuestro ordenamiento jurídico-penal, sin necesidad de interpretar el art. 22.4^a CP de forma cercana al *discriminatory selection model*. Y, consiguientemente, superando con ello las dudas que aún genera la posibilidad de sancionar jurídico-penalmente la discriminación de determinados colectivos. Fundamentado el art. 22.4^a CP desde el *animus model* legislativo de crímenes de odio, se supera ese problema, ya que de lo que se trataría entonces es de consagrar el principio de igualdad entre todos los ciudadanos sean cuales sean sus condiciones personales, con independencia de que pertenezcan o no a uno u otro colectivo.

Ciertamente, será el debate⁵ que pueda generarse respecto de ambas posturas el que finalmente precipite la conclusión acerca del fundamento del art. 22.4ª CP y, con ella, la relativa a la forma de articular el precepto conforme a nuestra teoría del delito. Por lo que a mí respecta, sin duda alguna, las meditaciones críticas y los sugestivos comentarios del profesor Landa me animan a seguir ahondando en los principales problemas que se plantean en torno a la circunstancia agravante de motivos discriminatorios contemplada por nuestro Código Penal.

**Recensión a Esteban Pérez Alonso, *El error sobre las circunstancias del delito*,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (119 páginas)**

Miguel Ángel Boldova Pasamar
Universidad de Zaragoza

1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal expresamente tasadas por la ley siempre han aparecido como el hermano pobre de la teoría del delito y de la pena, dado su carácter accidental y puramente contingente con relación a los elementos esenciales e invariables del concepto de delito. Sin embargo, su importancia en el enjuiciamiento de los hechos delictivos resulta en la mayor parte de las ocasiones decisiva para la determinación de las penas en un *quantum* mayor o menor al que correspondería sin las mismas. De ahí que el estudio sistemático de las circunstancias y de aquellos aspectos del comportamiento delictivo que pueden generar su imputación o un posible efecto en la determinación de la pena constituya una tarea que la dogmática no debe descuidar y a la que es preciso dedicar parte de sus esfuerzos.

Por ello la monografía de Esteban PÉREZ ALONSO acerca del error sobre las circunstancias del delito es muy oportuna y ofrece la posibilidad de analizar de modo sistemático todos los problemas derivados del error en torno a las circunstancias atenuantes y agravantes del delito. La cuestión es compleja puesto que la regulación legal con respecto al error sobre las circunstancias es parca (art. 14.2) e incluso limitada (art. 65), pero en el trabajo de Esteban PÉREZ ALONSO se pretenden contemplar y dar solución a todas las posibilidades teóricas en las que se manifiestan los problemas del error sobre las circunstancias del delito. A saber, se trata de determinar el tratamiento jurídico del error directo (desconocimiento de una circunstancia) y del error inverso (suposición errónea de una circunstancia), pero también del error que recae sobre su significación jurídica. Y todo ello teniendo en cuenta, en primer lugar, el sentido totalmente contrapuesto entre una agravante y una atenuante; en segundo lugar, el hecho de que nuestro Código penal disponga de un catálogo genérico y común de

⁵ A este respecto, revestirá importancia la retroalimentación que pueda generarse con la incipiente pero intensa discusión en Chile sobre su reciente artículo 12.21º CP, a la vista de que *“la estructura de la agravante chilena de discriminación es tomada por el legislador desde la realidad penal española”* y de que, por tanto, desde la discusión que hasta ahora ha existido aquí se están efectuando las primeras aproximaciones a su fundamento y naturaleza (vid. SALINERO ECHEVERRÍA, «La nueva agravante penal de discriminación. Los "delitos de odio"», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (41), diciembre 2013; o DÍAZ LÓPEZ, «Una aproximación a las circunstancias agravantes por motivos discriminatorios», *Perspectiva Penal Actual*, (3), 2014).

las circunstancias en la Parte General, pero no renuncie a presentarlas específicamente unidas a un delito o grupo de delitos en la Parte Especial; y, por último, que las circunstancias del delito posean una naturaleza jurídica diversa y heterogénea (al margen de que las hay de carácter personal e incommunicable frente a las que consisten en la ejecución del hecho y son comunicables, unas pertenecen a lo injusto, otras a la culpabilidad y otras a la punibilidad) y, particularmente, cada una de ellas responda a un fundamento propio al que hay que atender para ofrecer soluciones coherentes en materia de error. Esta diversidad complica inicialmente la tarea de resolver de modo simple o sencillo el sentido del error sobre las circunstancias, máxime cuando la doctrina no es unánime al atribuirles a cada una de ellas una u otra naturaleza jurídica.

2. Se centra la cuestión principal de este trabajo en dilucidar si el art. 14.2 CP ha superado o no los defectos de la regulación anterior, y si con el mismo se perpetúan las carencias que en materia de error sobre las circunstancias del delito emanaban de la regulación legal precedente. Del mismo modo se atiende al papel que pudiera corresponder al art. 65 que, aunque referido a la comunicabilidad de las circunstancias, siempre dio margen de juego a las cuestiones sobre imputación de circunstancias, principalmente con el Código penal anterior antes de su reforma de 25 de junio de 1983.

Considera el autor de este trabajo, en primer lugar, que el error sobre las circunstancias es una modalidad de error de tipo, si bien distingue entre elementos esenciales y elementos accidentales del delito. Pues aunque entienda que el esquema de razonamiento de los elementos esenciales según el cual los déficits en el tipo objeto impiden castigar por delito consumado, pero no por tentativa, y los déficits en el tipo subjetivo excluyen la responsabilidad por delito doloso, pero no por delito imprudente, es perfectamente trasladable a los elementos accidentales, lógicamente las soluciones finales a las que se lleguen han de ser parcialmente diferentes debido a la diversa función que desempeñan cada una de dichas circunstancias en la configuración de lo injusto penal, de acuerdo en todo caso con una concepción personal de lo injusto.

3. Por un lado, se analiza la cuestión del error sobre las circunstancias agravantes, que encuentra en el art. 14.2 CP su respuesta legal y sin que el art. 65 resulte de aplicación en este contexto. Aprovecha el autor este ámbito para propugnar la derogación de los catálogos generales de circunstancias y el establecimiento de un sistema racional de auténtica individualización judicial de la pena, manteniendo solo el sistema de circunstancias específicas, aunque dotándolo de mayor flexibilidad a la hora de apreciarlas en el caso concreto, en la línea se los “*Regelbeispiele*” del StGB. Dicha solución a la alemana, en mi opinión, no resulta convincente debido a la desmesurada amplitud del arbitrio judicial y a la falta de certeza respecto de los elementos que agravan o atenúan. Además se introduciría la duda respecto a si tales ejemplos reglados constituyen verdaderos elementos cualificantes de los tipos o si en realidad se trata tan solo de meras reglas de determinación judicial de la pena (por lo que las cuestiones de error sobre las circunstancias objetivas de los ejemplos reglados podrían resultar ajenas a las mismas).

Continuando con el análisis del error directo distingue el autor entre el error invencible y el error vencible, tratando de dotar a este último de alguna significación en la determinación

de la consecuencia jurídica, habida cuenta de que, entre otras, se ha manejado la vía concursal como una de las posibles opciones para el tratamiento del error vencible, inclinándose por ella cuando el tipo agravado admite su punibilidad por imprudencia, aunque en caso contrario (no se admite su punibilidad por imprudencia) y para valorar el mayor desvalor del resultado finalmente producido por la realización imprudente del elemento de agravación, se inclina el autor por efectuar una correcta medición de la pena del delito básico doloso cometido, conforme a las reglas del art. 66.1 CP.

En cuanto al error sobre las atenuantes, ante la falta de regulación legal expresa, no se ofrece una solución unidireccional, sino que se realiza un análisis diferenciado y adecuado a cada motivo de atenuación. El análisis dogmático sobre el fundamento y naturaleza jurídica de cada una de las circunstancias atenuantes debe resultar determinante para averiguar la solución del error sobre la circunstancia de forma individualizada. A tales efectos se efectúa un desglose del estudio en función de que la circunstancia afecte a lo injusto, a la culpabilidad o a la punibilidad.

4. Se dedica un capítulo independiente al problema del error inverso sobre las circunstancias, esto es, a los casos de suposición errónea de estar realizando los presupuestos objetivos de un motivo de agravación o atenuación de la pena que no tienen existencia real, es decir, que solo existen en la mente del autor del delito. Entiende Esteban PÉREZ ALONSO que no hay inconveniente legal, dogmático ni político criminal alguno para valorar y apreciar proporcionada y adecuadamente las formas imperfectas de realización de los elementos accidentales del delito. Y ello estima que se logra, para el supuesto del error inverso sobre las circunstancias agravantes, aplicando la normativa del concurso ideal siempre que la penalidad permita alcanzar la solución que más se aproxima a la justicia material, lo que supone tener en consideración no solo el desvalor del hecho realizado, sino también del pretendido. El relación con el error inverso sobre las circunstancias atenuantes, las soluciones se diversifican en virtud de la clase (genérica o específica), naturaleza jurídica (afecta a lo injusto, culpabilidad o punibilidad) y fundamento (es de índole eminentemente objetiva o subjetiva) de cada una de las circunstancias.

Concluye el trabajo con una somera referencia al error sobre la significación jurídica de las circunstancias, estimando su irrelevancia con carácter general por tratarse de un mero error de subsunción.

5. Para finalizar debo destacar como aspectos polémicos del excelente trabajo de Esteban PÉREZ ALONSO dos puntos de partida que no comparto: por un lado, el pretendido carácter típico de las circunstancias genéricas que pertenecen a lo injusto y, por otro lado, la tesis de que todas las circunstancias agravantes previstas en los catálogos generales de los arts. 22 y 23 CP denotan un mayor contenido de injusto y nunca pueden afectar o incrementar la culpabilidad del autor por el hecho. Evidentemente no puedo desarrollar aquí las razones que explicarían esta divergencia, pero sí quiero apuntar dos aspectos sobre la discusión. Al tipo no pueden pertenecer aquellos factores que son comunes a todas y cada una de las figuras de delito (por ejemplo, la reincidencia), pues nada específico de aquél pueden destacar que no resulte igualmente predicable de cualquier otro tipo delictivo. Esto es, nada aportan que sirva para diferenciarse típicamente de otro hecho delictivo común, como

sí puede predicarse de las circunstancias específicas que han servido para formar tipos agravados o privilegiados en la Parte Especial, y que a este respecto realizan la misma función que el resto de elementos esenciales del tipo, esto es, señalar o destacar lo injusto *específico* en lo que consiste la conducta prohibida u ordenada (carácter *selectivo* del tipo). Por otra parte, la inclusión de todas las agravantes en el contenido de lo injusto del hecho en aras de una determinada explicación del sentido de las categorías esenciales del concepto de delito no siempre se compatibiliza bien con el fundamento concreto de cada una de las circunstancias: ¿por qué un hecho en el que un codelincuente comete el delito por motivos discriminatorios para con la víctima y otro actúa ajeno a tal motivación es un hecho con un contenido de injusto mayor para el primero que para el segundo? O ¿por qué un hecho en el que un codelincuente es reincidente y otro carece de antecedentes penales es un hecho con un contenido de injusto mayor para el reincidente que para el no reincidente? ¿No es el mismo hecho injusto para uno y para otro, pero la reprochabilidad por el hecho es distinta en cada caso? Por otra parte, si un sujeto se cree reincidente (porque ha sido condenado, pero la sentencia no es aún firme; o porque ha sido condenado por un tribunal extranjero, pero sin que sus antecedentes produzcan efectos en nuestro ordenamiento jurídico) y comete un delito suponiendo que lo es: ¿caso realiza la tentativa de cometer ese concreto delito como reincidente? Y si ignora de modo vencible que es reincidente (no sabe que fue condenado o cree que han cancelado los antecedentes por un delito anterior, pero no es cierto) y vuelve a cometer el mismo delito por el que ya fue condenado: ¿puede afirmarse que comete dicho concreto delito como reincidente por imprudencia? La negación a tales preguntas presupone que la reincidencia, con independencia del efecto penológico que se le quiera atribuir a semejantes hipótesis de error, no es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos a los que puede venir asociada tal circunstancia. Tampoco tiene sentido propugnar *de lege ferenda* una construcción legal que permita la mayor punición de la tentativa de una circunstancia genérica o de la producción imprudente de una circunstancia genérica, algo que en ningún momento sugiere expresamente Esteban PÉREZ ALONSO (quien se muestra partidario más bien de la supresión de las circunstancias generales o comunes). No obstante, puede que estas cuestiones de partida resulten irresolubles porque no acaban de superarse y la dogmática se encuentre condicionada por la configuración legal de las circunstancias en nuestro Código penal y por enraizadas concepciones sobre la teoría del delito, pero no por ello deben soslayarse ni ignorarse sino abrirse ampliamente a una discusión dogmática constructiva. En cualquier caso hay que coincidir con Esteban PÉREZ ALONSO, por un lado, en la necesidad de encontrar para cada supuesto una solución acorde con la concepción personal de lo injusto y, por otro lado, en procurar alcanzar una penalidad acorde a la justicia material de conformidad con la realidad objetiva y subjetivamente configurada.

Réplica

Esteban Pérez Alonso

Universidad de Granada

1. En primer lugar, hay que valorar positivamente la iniciativa adoptada por la Revista InDret de crear una sección relativa a la recensión de libros y, sobre todo, la réplica a la misma por parte del autor de la obra recensionada, pues creo que ello favorece sin duda el diálogo y progreso científico.

Del mismo modo quiero agradecer a la Sección de Derecho Penal de la Revista InDret que hayan considerado que mi reciente trabajo *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, es digno de ser objeto de recensión, además por parte de un gran especialista en la materia, como el Profesor Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, así como de la oportunidad que me brinda de poder responder a su recensión.

2. Agradecer también la valoración positiva que de mi trabajo realiza el Profesor BOLDOVA PASAMAR, así como el estilo discursivo y constructivo empleado en su recensión. La verdad es que coincido con él en la complejidad del tema de investigación debido, fundamentalmente, a la diversidad y deficiencia técnica en la regulación de las circunstancias del delito en nuestra legislación penal, a lo que hay que añadir la controversia doctrinal existente en general sobre el sistema de circunstancias y, sobre todo, hay que tener en cuenta también la deficiente regulación del error sobre las circunstancias que ofrece el Código Penal español. Todo ello hace que sea ciertamente difícil ofrecer un estudio sistemático y completo de todas las cuestiones relativas al error sobre todas las circunstancias del delito.

3. Es por ello que, como una cuestión de carácter general en cuanto al sistema de las circunstancias del delito y el sistema de determinación de la pena, propugno la derogación de los catálogos generales de circunstancias de los arts. 21, 22 y 23 CP y que se establezca un sistema más racional para una auténtica individualización judicial de la pena, manteniendo solo las circunstancias específicas pero con más flexibilidad en su apreciación en la línea de los "Regelbeispiele" del StGB. Esta propuesta a la alemana no le resulta convincente al Profesor BOLDOVA PASAMAR por el excesivo arbitrio judicial y falta de certeza que comporta, junto a la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de estos ejemplos típicos. No le falta razón en su crítica al sistema de circunstancias alemán, pero dicho sistema tiene diversas variantes y no a todas se les puede hacer el mismo reproche, o al menos como se trata de una propuesta de lege ferenda, se puede proponer mejorar nuestro sistema de circunstancias con los aspectos positivos del sistema alemán, que es lo que propuse en mi tesis doctoral. Por ello se aboga por el carácter facultativo y no obligatorio de los ejemplos típicos, pero se rechaza su carácter innominado contrario al mandato de determinación de la ley penal y que permite un uso ilícito de la analogía en Derecho Penal (PÉREZ ALONSO, E., 1995, pp. 365 y ss., 381 y 382).

4. Destaca el Profesor BOLDOVA dos aspectos polémicos, que sirven de punto de partida de mi trabajo y que no comparte. En realidad, al igual que en el punto anterior, se trata de dos cuestiones generales sobre la concepción del sistema de circunstancias, que no van referidas directamente al error, pero que lógicamente tienen incidencia en dicha materia. El primer aspecto se refiere a la controvertida cuestión del carácter típico de las circunstancias genéricas, que ha sido uno de los temas de mayor polémica doctrinal en esta materia, por lo que no es posible entrar ahora en esta cuestión. Tan solo señalar que las circunstancias del delito, ya sean genéricas o específicas, son elementos del tipo que no condicionan la existencia del delito pero si su gravedad, debiendo ceñir su diferencia a la distinta técnica legislativa empleada y a sus efectos punitivos, pero ello no significa que unas tengan mayor efecto selectivo del tipo que otras, sino que su incidencia penológica es distinta. A mi juicio, la circunstancia de alevosía en el asesinato (art. 139.1 CP) o en las lesiones (art. 148.2 CP) no crea un injusto específico que determine la conducta prohibida u ordenada, distinto a la concurrencia de dicha circunstancia como genérica (art. 22.1 CP) en el delito de agresión sexual (art. 179 CP). Su técnica y efectos punitivos sí son distintos, pero nada más.

El segundo aspecto se refiere a otra cuestión controvertida como es la relativa a si las circunstancias agravantes determinan solo una mayor gravedad del injusto, como creo, o si pueden afectar también a la culpabilidad. Esta última opción no la comparto porque en la culpabilidad comprobamos si el sujeto fue accesible al mensaje normativo y pudo actuar de otro modo para imputarle el hecho injusto cometido de forma plena o semiplena (si concurre alguna eximente incompleta o equivalente), pues de lo contrario no cabe la atribución del injusto al autor (ya que concurriría una eximente completa o equivalente). Por tanto, la culpabilidad exime o atenúa la responsabilidad criminal, nunca la agrava, por lo que las agravantes no pueden fundamentar una mayor culpabilidad, al menos desde la perspectiva defendida.

5. Termina el Profesor BOLDOVA poniendo un ejemplo ciertamente complejo como es el caso de la agravante de reincidencia, que considera que no afecta al injusto sino a la culpabilidad. Creo que es un claro ejemplo que pone de manifiesto la necesidad de suprimir definitivamente los catálogos generales de circunstancias, que se han están convirtiendo cada vez más en un cajón de sastre, donde todo cabe. Y qué mejor ejemplo que el de la agravante de reincidencia, cuya polémica y controversia viene presidiendo su análisis doctrinal y jurisprudencial; como muestra baste un botón: en la doctrina se le han atribuido nueve fundamentos distintos a esta agravante, mientras que en la jurisprudencia nada más que siete fundamentos diferentes (como analiza en su tesis Marín de Espinosa, 1999, pp. 171 y ss.).

En cualquier caso, coincido con el Profesor BOLDOVA en la dificultad del sistema legal de circunstancias que sigue ofreciendo nuestro texto punitivo, lo que provoca una gran complejidad en el análisis de todas las cuestiones relativas a las circunstancias del delito, pero no por ello hemos de dejar de intentar ofrecer soluciones lo más fundadas y justas posibles. Propósito que ha guiado tanto el trabajo del Profesor BOLDOVA PASAMAR como el mío.

Recensiones

Recensión a Gabriele Civello, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2013 (372 páginas)*

Luigi Cornacchia
Università del Salento

1. ¿Se puede proponer en el siglo XXI una reconstrucción de la imprudencia penal fundamentándonos en el *verum* metafísico de la tradición filosófica realista-conceptualista?

El libro en cuestión tiene como objetivo sugerir soluciones dogmáticas, respecto a la fundación de la responsabilidad imprudente, forjadas en la *adaequatio ad rem* del pensamiento clásico: un proyecto que pretende recuperar las instancias fundamentales de lo que hoy, de manera polémica, e incluso con verdadero sarcasmo, se califica como “pensamiento fuerte”.

En primer lugar, la obra comienza con una consideración muy crítica del *derecho penal del riesgo post-moderno*.

En concreto, *post-moderna* es la idea según la cual los conceptos jurídicos no tendrían ningún contenido veritativo, sino que no serían más que meras construcciones artificiales funcionales para exigencias situacionales. Por ejemplo, la distribución de la responsabilidad, el hecho de encontrar a los culpables, a cualquier precio, frente a sucesos que impactan emotivamente a la colectividad, también a través de la amplificación realizada por los medios de comunicación (resultado de un proceso de conversión de la realidad de la justicia penal- así como de otras muchas- en un puro reality, respecto al cual establecer quién es el responsable se convierte en una cuestión puramente “escénica”).

De manera polémica con el proceso de progresivo empobrecimiento del contenido de la imprudencia, en especial de sus rasgos más personales, se denuncia la excesiva normativización de la imprudencia -reducida a un puro incumplimiento del deber de cuidado- y la consiguiente depreciación de su dimensión subjetiva esencial.

Estas interpretaciones no solo tienen un significado dogmático, sino que representan uno de los aspectos de la connotación general, marcadamente instrumental, de las categorías “personales”, a las que el sistema atribuiría un sentido, construyéndolo en razón de la implementación de intereses extrajurídicos. Por ejemplo, la necesidad política de legitimar la justicia penal frente a la sociedad, y en especial a las víctimas y los entes exponenciales que se hacen portadores de sus intereses.

* Traducción a cargo de Beatriz Romero Flores (Universidad Internacional de La Rioja).

De hecho, la imprudencia penal tiende cada vez más a confundirse con la civil, derivada del ámbito de los seguros o indemnizaciones (o de pura distribución de la responsabilidad), y a derivar, incluso, en modelos de “gestión político-administrativa del riesgo (*erga omnes* y...“aleatorio”.... según las palabras del Autor).

No se trata únicamente de distorsiones aplicativas de la praxis de los Tribunales, sino que nos encontramos ante una verdadera *mutación genética de la imprudencia*, llevada a cabo por la *law in action*, en virtud de la cual el riesgo modifica la dimensión cualitativa de la misma imprudencia.

2. Lo que el Autor califica como “imprudencia eventual” consiste en un paradigma de responsabilidad, que surge de la evolución jurisprudencial de los últimos tres decenios, centrado en el riesgo, verdadero fulcro del comportamiento ilícito.

Imprudencia eventual, es decir, sin ningún contenido de voluntariedad, paralela al dolo eventual, reducida a una mera conexión pseudo-intelectual con un dato estocástico: frente a sucesos catastróficos (también desplazados espacial y temporalmente más allá de cualquier relación de contigüidad con el agente), no sería necesaria la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, de cara al juicio de responsabilidad penal, sino que sería suficiente la previsibilidad del riesgo o más bien la *imposibilidad de excluir la verificación de cualquier resultado de daño*, incluso si no se puede prever en ese caso concreto, cuando el mismo “no poder excluir” se sitúe en un nivel puramente virtual.

Para el reproche es suficiente la mera yuxtaposición de causalidad material y violación preventiva: cuando la causalidad se declina en *sentido estadístico-epistemológico*; y las normas de cuidado que ponen en evidencia son *reglas de pura contención del riesgo, idóneas para reducir la probabilidad y la frecuencia*.

Una concepción difundida por la lógica del *principio de precaución* –arraigada en la *epistemología de la incertidumbre*– respecto a resultados dañosos aunque no sean ciertos científicamente ni se puedan individualizar de manera preventiva y específica, que sirve – en modo más o menos explícito– para colmar presuntas lagunas de tutela.

Como subraya con acierto el Autor, sólo el poder legislativo y ejecutivo pueden seleccionar con decisión política *erga omnes*, cuál de entre los diferentes comportamientos alternativos, con una peligrosidad igualmente dudosa, es obligatorio. En el caso de que falte esta determinación normativa explícita, debido a una carencia generalizada de conocimientos fiables, no se puede atribuir de manera generalizada la responsabilidad jurídica por consecuencias no previsibles, porque si no “se descargaría patológicamente en el desafortunado sujeto toda la ‘carga’ de incertidumbre y de *déficit cognoscitivo* (*déficit* que, sin embargo, debería cargar fisiológicamente sobre toda la humanidad)”.

La aplicación de la lógica de la precaución a la responsabilidad penal implica el riesgo de violación del principio de legalidad y responsabilidad penal, y también, y en primer lugar, del principio de *igualdad*: la responsabilidad se convierte, entonces, en una lotería por la cual, de manera discriminatoria, y sobre la base del *versari* (en sentido literal: el “hallarse

allí”) se le imputa a alguien un suceso fortuito o el producto de la responsabilidad difundida de muchos.

3. La “imprudencia eventual” surge como expresión emblemática de un verdadero *neomoralismo anti-ético*, para el cual no tiene relevancia la indiferencia hacia los valores tutelados, sino que se pretende atribuir cualquier elección de la cual deriven consecuencias cuyo riesgo no podía excluirse completamente.

De hecho se asume como responsable una persona por la simple razón de que el acto haya originado consecuencias perjudiciales: no se castiga una conducta injusta, sino una conducta centro de imputación de consecuencias lesivas, mediante una atribución extrínseca de consecuencias a la persona, pero más allá de la ilicitud del acto. La conducta se considera ilícita precisamente por las consecuencias, por las que se individualiza un “chivo expiatorio”. La lógica de la precaución funciona como un instrumento de atribución *formal* de sucesos a quien se encuentra “en el lugar equivocado en el momento equivocado” o desempeña determinados cargos, de manera que la teoría de las posiciones de garantía funciona como mecanismo de legitimación de una responsabilidad de posición pura.

En definitiva, la moderna escisión entre acto ilícito jurídico y moral produce en la realidad aplicativa una extensión indebida del primero más allá de los límites del segundo. En nombre de una exigencia de autonomía, que responde a la lógica de la *ultima ratio*, en el sentido de considerar jurídicamente ilícito solo un segmento de lo que podría serlo moralmente (reservando a la responsabilidad penal un segmento aún más corto), se convierte el reproche penal en un estigma moral ampliado, en función preventiva, por tanto de instrumentalización del hombre (en función disuasiva, o de satisfacción promocionada de las expectativas de las víctimas, a menudo instrumentalizadas, por las lógicas del control social).

4. En concreto, el examen crítico toma en consideración, sobre todo, el proceso de “procedimentalización” del deber de cuidado, especialmente en sectores hoy en día especialmente neurálgicos, como el de la seguridad del trabajo, donde a menudo se confunde con las *reglas organizativas, de gestión y procedimiento* no dirigidas a la prevención de resultados determinados.

Además, se censura la praxis jurisprudencial que reduce el incumplimiento del deber de cuidado al mero *error o carencia de valoración del riesgo*, con la consecuencia de incriminar al garante (por ej., el empresario) por *su modo de ser*, por *no haber estado a la altura* de la posición de garantía recubierta, con el riesgo de deslizarse hacia el derecho penal de autor.

Por lo tanto, la imprudencia se extiende a la falta de previsión de clases de resultados que no son ni siquiera imaginables en el momento de la conducta (sucede así en la jurisprudencia en tema de responsabilidad por exposición al amianto).

De tal modo, *el juicio de concretización del riesgo en el resultado, por criterios de delimitación de la punibilidad, se convierte en puramente discrecional*, con resultados negativos incluso en el plano de la prevención, dado que, de hecho, el agente tiene que aplicar el deber de cuidado

“a ciegas”, sin tener claro ni siquiera cuál es el resultado que debe evitar ni las modalidades que debe adoptar para evitarlo.

Por otra parte, la incertidumbre cognoscitiva resulta ontológicamente incompatible con una función disuasoria. Esto explica la *ineficacia desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena en los ámbitos más delicados de la sociedad del riesgo*.

Y las normas de cuidado pueden ocasionar, frecuentemente, males peores de los que pretende prevenir, dado que, en situaciones de incertidumbre, ninguno puede prever si la norma de cuidado se revelará *ex post* preventiva o, incluso, contraproducente (por ej., la evacuación en caso de posible terremoto o inundación).

Por el contrario, el Autor observa correctamente que, por un lado, la previsibilidad abstracta no puede compensar la ausencia de concreción del riesgo (como ya se ha demostrado por la teoría de la imputación objetiva); por otra parte, la presencia de concreción del riesgo no es suficiente para considerar *in re ipsa* la previsibilidad en concreto del resultado. Además, se rechaza de manera firme la *tendencia a una superposición indebida entre dimensión subjetiva de la previsibilidad y dimensión objetiva de la concreción del riesgo*, que, de otra manera, se transforma en una categoría proteiforme y, por tanto, fácilmente manipulable en vía interpretativa.

5. La segunda parte está dedicada a la consideración de la parábola interpretativa de la “previsibilidad del resultado” en la jurisprudencia, que una vez que ha abandonado la perspectiva psicológica de la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, considera suficiente la mera *previsibilidad de la “clase” o del “género” de resultados*, o incluso la *“imposibilidad de excluir un resultado”*, o la *“previsibilidad del resultado límite o del resultado catástrofe”* (según el *worst-case analysis*) o *previsibilidad de un riesgo genérico de (cualquier) resultado*.

Esta es la “imprudencia eventual”, caracterizada por la *“transmutación del resultado en el riesgo*, fruto de la consideración de la epistemología de la incertidumbre como base de la responsabilidad.

6. En la tercera parte el Autor ofrece una interpretación de la causalidad de la imprudencia en términos probabilísticos de mero aumento del riesgo; así como interpretación subjetiva de la exigibilidad de la conducta alternativa diligente, con consideraciones relativas a la falta de adecuación del criterio del *homo eiusdem condicionis et professionis*.

En concreto, más adelante, se pone de manifiesto la imposibilidad de fundar dogmáticamente la evitabilidad de un riesgo, en vez de un resultado. A diferencia del peligro, que se puede aprehender empíricamente como entidad, aunque sea potencial, el riesgo no es otro que “el resultado de una *valoración estadística*”, por lo tanto, puede ser objeto de apreciación mental (por tanto, de previsibilidad abstracta), pero no puede ser “material e inmediatamente evitado”, en la medida en que no se puede prevenir un porcentaje, una tasa.

Por lo que las medidas adecuadas para “disminuir el riesgo” no siempre valen para impedirlo: el principio de precaución, si se utiliza como criterio de imputación, se convierte en funcional para incriminar comportamientos cuando ya se han verificado, en contraste con los principios de materialidad y responsabilidad personal, en cuanto se le atribuye al sujeto un suceso *fortuito* (además de con los principios de presunción de inocencia, defensa, *nemo tenetur se detegere*).

7. En la *pars costruens* de la obra, se sugiere la recuperación total de la justa dimensión subjetiva de la imprudencia, reconstruida en términos de *voluntad carente, inadecuada, desordenada respecto a las expectativas normativamente tuteladas en vista de la protección de la relación jurídica inter-subjetiva*.

La perspectiva, por tanto, es la de un examen ontológico sobre la naturaleza real de la imprudencia como *vicio de la voluntad*.

A la pérdida objetiva de control sobre factores de riesgo –conocida también en el pensamiento clásico, en la forma de la *akrasia* aristotélica (incontinencia)– siempre se debe unir *una debilidad, o bien, un desorden de la voluntad*, sobre el presupuesto imprescindible del libre arbitrio, de manera que manifieste una *indiferencia* por el bien de los demás.

Concebida de esta manera, la imprudencia aflora como desorden e “incongruidad proyectual” de la persona agente respecto al bien de la relación, como vicio del poder, si bien sobre la base normativa de la violación del deber.

Se trata de la *sollicitudo* o *debita diligentia* del pensamiento tomista (v. S. TOMÁS, STh II-II q 64 a 8c), como obligación de observar toda obligación de cuidado requerido por las circunstancias por la regla áurea para evitar causar perjuicios a otros como efecto colateral de elecciones que podrían ser, en caso contrario, razonables.

El concepto de voluntad, asumido como cardinal en la reconstrucción ontológica de la imprudencia, remite a la distinción –ya aristotélica– entre lo que es *voluntario* –es decir, lo que depende del sujeto porque encuentra en él la causa– y lo que es *intencional* en el sentido de actuación de una deliberación.

Pero para encontrar en el agente la misma causa, el principio de fundación del acto voluntario presupone el conocimiento previo de la realidad, la irrenunciable *raíz cognoscitiva*, que CIVELLO, siguiendo la tradición del pensamiento clásico, considera el verdadero fulcro de la acción. No, por tanto, el conocimiento de cualquier norma de cuidado hipotizable, sino de las “circunstancias concretas en las que se actúa la acción”. Y al agente también le vienen reconducidas causalmente (en el sentido dicho) los actos reflejos, instintivos, automáticos y habituales, aunque carezcan de un sustrato psicológico actual, con tal de que estén soportados por la voluntariedad. Esta última hay que entenderla como un *quid* no reducible a la mera *suitas*, en cuanto está relacionado con una base de conocimiento del que dispone el agente.

Imprudencia como *desorden personal del querer*, cuya raíz no es psicológica, sino de conocimiento (y por tanto teórica).

El modelo de imprudencia fundamentado de este modo aparece totalmente incompatible con la institución post-moderna de la “imprudencia eventual”, en la que el resultado no es voluntario, debiéndose reconducir a una ignorancia que no tiene nada que ver con el sujeto, ni con las circunstancias que él conoce o podría conocer (ajena respecto a la “*diánoia* consustancial al sujeto”) sino que, en su caso, se vincula con la *extensión virtualmente infinita de aquellas circunstancias que el agente “no podía excluir”*, por tanto con un dato apofático, indefinido *ex ante*: aristotélicamente leíble como una especie de “vicio no voluntario” deforme, de responsabilidad sin culpabilidad.

Pero el nexo entre conocimiento y acción es imprescindible para que se pueda hablar de reproche. Claramente no se puede considerar que el agente haya manifestado desprecio (dolo) o indiferencia (imprudencia) por el bien protegido, si ni siquiera ha podido “imaginar la puesta en peligro y, por tanto, no era capaz de evitar la lesión”.

8. La crítica a las consecuencias negativas originadas por el hiper-normativismo, de las que parte la lectura ontológica de la imprudencia no cae en el exceso opuesto. El Autor reconoce que, en todo caso, es irrenunciable la dimensión normativa del deber de cuidado, baluarte contra el *psicologismo*, así como contra los resultados intuicionistas e irracionales de la responsabilidad de *tipo de autor*.

Pero según el Autor, la imprudencia normativa es un mero punto de arranque: la violación del deber de cuidado no es más que una *species* del *genus* “negligencia” –mucho más fecunda semánticamente que el mero desplazamiento de un estándar preventivo– concepto que se tiene que entender en su verdadero significado como “*voluntad culpable en cuanto defectiva, desordenada, no extendida suficientemente al bien y no adecuada al ser del hombre y de las cosas*”. Además, asume mucho más significado la idea de la resocialización de quien no esté simplemente alejado de un deber de cuidado estándar, sino que haya manifestado claramente un defecto de la voluntad que manifiesta querer colmar.

En definitiva, la concepción ontológica-normativa no reniega de la dimensión deontológica de la imprudencia, sino que la sobrepasa dialécticamente, recuperando el imprescindible nexo realista con el conocimiento, como fundamento de la voluntad, y por tanto, de la acción. Basándose en la superación de la supuesta fractura entre *Sein* y *Sollen*, herencia del kantismo, tal concepción adopta, en cambio, el principio opuesto, siguiendo directamente a Josef PIEPER, de la “información del deber por parte del ser”, este último comprensivo de la realidad tanto del sujeto como del objeto (con una separación definitiva de la dualidad cartesiana o generalmente nominalista, entre *res cogitans* y *res extensa*, así como de la dicotomía moderna entre ser y deber ser, entre razón y razón práctica, buscando una soldadura entre dimensión volitiva y veritativa de la imprudencia).

9. La imprudencia como “*incongruencia* del actuar respecto al reconocimiento de la *relacionalidad*” en cuanto vicio o desorden del querer, o bien defectividad intrínsecamente antropológica y, además, orientada a limitar la punibilidad, lleva a cabo, pues, una función

eminentemente garantista, confirmada, por otra parte, por la total adherencia –a diferencia de los modelos criticados– a los principios constitucionales de legalidad, personalidad, materialidad, ofensividad, reeducación, etc.

10. Imprudencia de riesgo o hiper-normativa del derecho penal post-moderno y nominalista (*culpa nominalis*) versus imprudencia ontológica como vicio de la voluntad (*culpa universalis*).

La perspectiva seguida por el libro es, por tanto, la de redescubrir un modelo de imprudencia ética o natural, que sea el sustrato de la imprudencia jurídica (y que presupone necesariamente la *libertad del querer*): dos momentos que se tienen que distinguir, en cuanto el primero hace referencia al acto posterior, el segundo al significado social de la conducta.

La obra objeto de análisis representa no solo una contribución importante en la perspectiva de poner freno a distorsiones o, incluso, orientaciones desviadas de nuestra jurisprudencia, sino también indica vías de análisis en buena parte aún no exploradas y métodos que podrían utilizarse de manera útil en el estudio de otras instituciones sujetas a una curvatura objetiva análoga, en sentido funcional.

La solución se obtiene desde una óptica realista –por tanto anti-nominalista– de “conjugar derecho y realidad” (y de “*servir subsidiariamente a la persona humana*”).

De hecho, se tiene que observar que, a pesar de un perjuicio bastante difundido y superficial, está apareciendo en la actualidad *un renovado realismo de vanguardia*. Más allá del ámbito de la ciencia jurídica, la onda creciente del variado movimiento del nuevo realismo ontológico (FERRARIS, SEVERINO, Hilary PUTNAM, Markus GABRIEL) denuncia desde hace ya tiempo sin temor, las implicaciones “deshumanas” del post-modernismo y de la revolución (en realidad anti-) copernicana operada por el relativismo: desde la instrumentalización mediática del espacio público en función del control social, hasta la construcción de paradigmas tan teóricos como fraseológicos, fácilmente manipulables para objetivos hegemónicos análogos, a la sustitución del real con el “*realitysmo*”), etc.

Mientras los juristas más sensibles a instancias garantistas, a menudo cegados por las construcciones conceptuales connotadas por la más absoluta desconexión con la realidad (y a veces frágiles frente a las adulaciones de la jurisprudencia que las aplica, en aparente respeto a los trabajos de la doctrina académica), parecen hoy en día reticentes a tomar en consideración las potencialidades abiertas de una dogmática de tipo realista de “*pensamiento fuerte*”.

En este sentido, el libro de CIVELLO abre perspectivas verdaderamente iconoclastas que, aun manteniéndose en la línea de los principios constitucionales, se muestran idóneas para desmontar pésimas concreciones interpretativas depositadas desde hace ya tiempo.

Recensión a Germán Echeverría Ramírez, *La garantía de igual aplicación de la ley penal*, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago, 2013 (263 páginas)

M. Magdalena Ossandón Widow
Universidad Católica de Chile

Desde hace algunas décadas se viene diciendo que estamos ante una *crisis de la ley*, al menos en el sentido de que la ley general y abstracta, expresión de la voluntad general, ha ido cediendo el protagonismo que ocupaba en el sistema jurídico desde la instauración del estado de derecho liberal. Esto se debe a múltiples factores, entre los que se puede contar la centralidad que se confiere a la Constitución, la admisión de nuevas fuentes de Derecho, el reconocimiento de una jurisdicción universal y, especialmente en lo que aquí interesa, el rol más activo que vienen asumiendo los magistrados.

En el ámbito penal, en que el principio de legalidad cumple un rol fundamental, a lo anterior se agrega la denuncia sobre la pérdida de contenido que ha sufrido este principio, pues las exigencias del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* se han ido flexibilizando progresivamente hasta extremos intolerables. La febril proliferación de normas jurídico-penales que ha caracterizado a la legislación de los últimos años ha implicado una significativa merma tanto en la racionalidad de la decisión legislativa como en la calidad formal –desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada– de las disposiciones aprobadas.

No vamos a enjuiciar ahora si realmente estamos ante la decadencia del principio de legalidad o si sería más correcto hablar de su evolución como consecuencia de los profundos cambios que ha experimentado también la sociedad. Pero por lo menos podemos convenir en que nuestra concepción de la legalidad penal difiere considerablemente de la que sostuvo el legalismo del siglo XIX. Hoy entendemos el principio de legalidad como un mecanismo garantista que sirve para evitar la arbitrariedad estatal, dentro de un sistema político constitucionalmente regulado; un sistema en el que se sigue afirmando la primacía del poder legislativo, pero se reconoce que existe una necesaria interacción con el poder judicial en la que lo esencial, desde el punto de vista garantístico del principio, es que la ley se pueda aplicar de acuerdo a interpretaciones legítimas, estables y, en definitiva, previsibles.

Sigue siendo un tema pendiente el desafío de integrar adecuadamente al juez en este modelo garantista, reconociendo y revalorizando sus funciones. Eso obliga también a adoptar medidas de resguardo para garantizar la seguridad jurídica, como por ejemplo, establecer algún mecanismo eficiente para unificar los criterios fundamentales a partir de las decisiones del máximo tribunal, instaurar un sistema de precedentes, prohibir la retroactividad de las decisiones jurisprudenciales desfavorables, etc.

A estos últimos temas se dedica la obra de Germán ECHEVERRÍA RAMÍREZ, que corresponde a su tesis de Magíster en Derecho dirigida por el profesor Dr. Juan Pablo MAÑALICH RAFFO

en la Universidad de Chile. Además de ser calificada con distinción máxima, el trabajo fue galardonado con el Premio Mario Garrido Montt 2012 a la mejor tesis de todos los programas de Magíster de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios.

El autor parte de la premisa de que existen normas y tipos penales de contenido indeterminado y otros cuya descripción taxativa admite, sin embargo, variadas interpretaciones judiciales. Frente a este hecho indiscutido no se puede negar que el juez tiene una función en la creación del Derecho y de las reglas que dirimen el conflicto penal. Entonces cabe preguntarse si es posible *“demandar de esa práctica jurisprudencial una garantía que permita al justiciable prever de modo razonablemente seguro sus decisiones y enfrentar los pronunciamientos judiciales contradictorios”* (p. 1). La pregunta adquiere especial relevancia en ordenamientos jurídicos, como el chileno, que no regulan expresamente los mecanismos para lograr ese objetivo. El esfuerzo del autor, por lo tanto, será encontrar los argumentos para afirmar que las sentencias dictadas en materia penal por la Corte Suprema de Justicia deben operar como precedentes interpretativos de valor general y obligatorio, tanto para los tribunales inferiores como para sus propias decisiones posteriores.

Su trabajo se estructura en tres capítulos. El primero se refiere al valor que puede asignarse a los precedentes en un sistema de derecho continental; el segundo, a los recursos que pueden entablarse ante el máximo tribunal del país (casación y nulidad) como mecanismos a través de los cuales puede hacerse efectiva la tarea de uniformar la jurisprudencia y dar valor al precedente. El tercer y último capítulo se centra en los efectos que debe tener el precedente unificador del Derecho penal.

El Capítulo I, como era de esperar, hunde sus raíces en el principio de legalidad y sus exigencias. Pero una vez constatada la labor ineludible que debe realizar la jurisprudencia para la determinación del significado normativo del texto legal, significado que depende de la manera en la que se lo interpreta y aplica, postula la necesidad de *“ensanchar la garantía de determinación del derecho penal, de modo tal que abarque no sólo el momento de la creación legislativa de la norma, sino también el paso posterior consistente en su interpretación por el órgano judicial”* (p. 31). Previene, en todo caso, que no se trata de asignar a la jurisprudencia el valor de fuente de Derecho, sino que debe entenderse como un mandato que establece la forma en que han de interpretarse las normas. De hecho, más adelante advierte que es una frecuente confusión la de identificar el valor vinculante del precedente con su identificación como fuente formal del ordenamiento jurídico (p. 167 ss.).

Identifica los diversos “estatus” que se pueden conferir a los precedentes –vinculación formal, sin vinculación formal pero con fuerza, sin vinculación formal ni fuerza, o mero valor ilustrativo–, aunque no termina de aclarar bien cuál de ellos es el que correspondería asignar al precedente en los sistemas jurídicos continentales, en los que se podría hablar solo de una “vinculación *de facto*” que, técnicamente hablando, sería solo una regularidad.

Pero entonces plantea lo que, me parece, es el *quid* del asunto: en nuestro sistema *“el juez sólo está sometido al imperio de la ley; por tanto, la vinculación del precedente no se puede encontrar en el propio precedente, sino que debe derivar de normas jurídicas que, directa o indirectamente, sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, de los que solo se puede separar, como en*

los países del common law, de manera motivada y razonada. Esas normas jurídicas se encuentran a menudo en los textos constitucionales que, a través de sus normas jurídicas, establecen la interdicción de arbitrariedad y reconocen la seguridad y la igualdad ante la ley” (p. 46). De ahí que pueda postular que la jurisprudencia ha de considerarse vinculante cuando contiene una regla jurídica que se encuentra racionalmente justificada bajo un principio de universalización, que asegure la imparcialidad de la resolución.

No se puede justificar un pretendido derecho de los jueces a desvincularse de esta clase de precedentes en el principio de legalidad, aduciendo que al momento de decidir ellos solo estarían atados a la ley, pues ello lleva a una consecuencia paradójica: “En la medida que a un tribunal se le reconoce libertad para interpretar la ley y también para modificar su propia doctrina, se le permite en definitiva crear normas jurídicas y horadar, así, la pretendida certeza jurídica supuestamente garantizada por el principio de legalidad penal” (p. 47); y “cuando una ley es interpretada y aplicada de distintas maneras, con los consiguientes efectos prácticos para las partes del juicio, es como si hubiera varias leyes” (p. 48).

A ello se agrega el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, una garantía que “no sólo impone al legislador el deber de someter a todas las personas a una única legislación penal, sino que interpela, además, a todos los órganos del Estado. Y muy especialmente al juzgador, a quien ordena tratar igual a los iguales, lo que supone que las normas legales debe interpretarse y aplicarse, de modo uniforme, a través del respeto a precedentes que eviten discriminaciones injustificadas y vuelva previsible la actuación de la ley penal” (p. 172).

En suma, Echeverría Ramírez estructura sus argumentos sobre la base de las garantías de seguridad jurídica y de igualdad para afirmar la obligatoriedad de los precedentes judiciales, tanto de un modo vertical (pp. 54-59) como horizontal (pp. 59-62) y aun a pesar de que no exista una disposición que formalmente les asigne ese valor.

Frente a esto, objeciones como la posible lesión del principio de independencia judicial carecerían de sentido, pues esa independencia se asegura también como “una garantía de los imputados y no un privilegio judicial” (p. 80). Con MAIER, afirma que la independencia judicial solo significa que cuando juzga y decide un caso concreto cada tribunal es libre de todo poder estatal para adoptar su decisión y sólo se exige que su fallo se conforme con aplicar el derecho vigente, pero entonces cabe recordar –y para ello cita al Tribunal Constitucional español– que eso “implica el respeto no sólo a las normas, sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico” (p. 78). En cambio, si se pretendiera arraigar la fuerza vinculante del precedente en la jurisdicción disciplinaria de la Corte Suprema, entonces sí podría hablarse de un atentado contra la independencia judicial.

El Capítulo II se detiene en el análisis de los mecanismos concretos que permitirían, en el ordenamiento jurídico chileno, que la Corte Suprema realice su tarea de uniformar las diversas, legítimas y, en ocasiones, contradictorias interpretaciones que de la ley penal realizan los tribunales superiores de justicia del país, para asegurar la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio de la nación.

Si bien este capítulo no reviste demasiado interés para el lector de otras latitudes, pues se concentra en las características, limitaciones y forma como han sido tratados los recursos de casación de fondo y nulidad penal por la Corte Suprema de Chile a través del tiempo, de este estudio se pueden extraer algunas condiciones básicas indispensables para que el máximo tribunal realice su función de otorgar seguridad jurídica, mucho más trascendente y relevante que la de perseguir la reparación de los agravios que la sentencia puede inferir a las partes cuando viola el Derecho en el caso concreto. Entre ellas, como es obvio, la forma como se estructura la Corte para conocer de estos recursos –en pleno o por salas especializadas–, el empleo de criterios razonables para restringir su admisibilidad, la necesidad de excluir cualquier pronunciamiento sobre los hechos, y las estrictas limitaciones que se han de imponer a la posibilidad de que dicte una sentencia de reemplazo. A lo que podríamos añadir, también, que la resolución sea dictada por un órgano colegiado y luego de una deliberación colectiva.

Para terminar, el Capítulo III pretende delimitar mejor cuál es la fuerza obligatoria que tienen los fallos de la Corte Suprema, la posibilidad de apartarse de un precedente, y por último, las consecuencias que implica asignarle ese valor a la jurisprudencia, especialmente desde el punto de vista de su eventual aplicación retroactiva.

Echeverría Ramírez centra buena parte de su fuerza argumental en las características del recurso de nulidad en el Código Procesal Penal chileno, art. 376 inc. 3º, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema cuando el recurso se fundare en que en la sentencia objetada se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y *respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores* (p. 157 y ss.). Una argumentación que, como es obvio, no resulta extrapolable a otros ordenamientos jurídicos. Pero el fundamento último sigue siendo, como se planteaba al comienzo, de orden garantístico: *“los fallos del máximo tribunal generan una vinculación vencible para los tribunales inferiores, quienes al marginarse de su doctrina lesionan la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica”* (p. 166).

Esa vinculación, sin embargo, no es absoluta. Existe siempre la posibilidad de apartarse de la doctrina del precedente si se entregan razones jurídicas fundadas y racionales para obrar en dicho sentido. Racionalidad que centra en el respeto por el principio de universalización, esto es, la disposición para sostener el mismo criterio de ahí en adelante; así se deja en evidencia que se está intentando imponer una preferencia personal del juez, sino decidir conforme a la norma. En todo caso, habrá también que ponderar si la ventaja que supone adoptar un criterio diferente compensa los posibles perjuicios que ello significa, necesariamente, para la seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

El trabajo termina haciéndose cargo de los efectos temporales que ha de tener esta jurisprudencia. Aquí postula la necesidad de aplicar reglas similares a las que se reconocen para la ley penal en blanco, esto es, prohibir la aplicación retroactiva del precedente desfavorable. Sin embargo, no se decanta claramente por ninguna de las posibles soluciones para hacer eso efectivo, las que van desde una solución objetiva que extiende al precedente la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable, la solución subjetiva

del error de prohibición, el empleo de cláusulas *von nun an*, el recurso a una acción constitucional de amparo o la analogía *in bonam partem*. Reconoce que para este problema “es un desafío pendiente hallar una respuesta exenta de censura” (p. 202).

Estamos ante un trabajo que, sin ser demasiado original al abordar cada uno de los tópicos tratados, los integra en una visión conjunta y en torno a un objetivo bien definido. Tampoco es un análisis demasiado riguroso ni erudito, pues se basa en una bibliografía muy limitada y abusa de las citas indirectas de obras que pudo revisar personalmente. En este sentido, se nota que el autor no se dedica a la investigación sino que su trabajo responde esencialmente a las inquietudes emanadas del ejercicio práctico de la profesión, como abogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Los Lagos, pues en Chile resulta muchos más relevante saber quiénes son los jueces encargados de decidir un asunto y cuáles son sus preferencias personales, que conocer la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Tal vez por eso también se explica un cierto desorden en el planteamiento de los temas así como muchas reiteraciones completamente innecesarias.

También pueden objetarse algunas afirmaciones que desliza a lo largo de su estudio, sin mayor justificación, como que la interpretación restrictiva sería la única admisible en el Derecho penal (p. 30) o que el principio de igualdad involucra para el justiciable un “derecho a prever” los resultados de su contienda (p. 59).

A pesar de lo anterior, es un análisis interesante y que estimula a no quedarse en las meras declaraciones de principios –legalidad, independencia judicial, seguridad jurídica, etc.– sino a confrontarlos con sus resultados prácticos y en función de eso resolver el valor que se le debe dar a la jurisprudencia.

Es evidente que los problemas de desigualdad en la aplicación del Derecho penal existen también en otros países, aun cuando exista regulación expresa sobre algunos aspectos que en Chile son debatidos. También porque existen nuevas controversias relacionadas íntimamente con lo tratado. Es lo que ocurre en España en relación con los Acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo, cuya naturaleza y vinculatoriedad son altamente discutidos. Los argumentos propuestos por Echeverría Ramírez se pueden trasladar, *mutatis mutandis*, a esa discusión, lo que permitiría afirmar su carácter obligatorio. No porque haya sido proclamado así por el propio Tribunal en su Acuerdo de 18 de julio de 2006 pues “la fuerza de la jurisprudencia uniformadora de la correcta aplicación de la ley penal, pronunciada por la Corte Suprema, no obliga en sí misma al juzgador, como si se tratara de una ley. Solo le impide fallar de manera arbitrariamente distinta, vale decir, sin dar razón de su marginación de la doctrina jurisprudencial fijada” (p. 180). En otras palabras, el Acuerdo de 2006 no tiene mayor sentido, pese a lo cual los demás Acuerdos sí deben considerarse vinculantes para la interpretación de la ley.

Con todo, no queda claro en el texto si esto podría significar que la sentencia que se aparta injustificadamente de un precedente uniformador puede llegar a calificarse como prevaricadora.

Al inicio de su estudio ECHEVERRÍA RAMÍREZ planteaba que, aunque parezca paradójico, lo que fue decisivo en su momento para conceder supremacía a la ley no fueron los códigos, sino un cambio de mentalidad de los propios jueces que se persuadieron de la omnipotencia de la ley así como de su impotencia frente a ella (p. 10). En el proceso inverso que estamos viviendo, vuelve a ser esencial la autocomprensión de los jueces respecto de su labor y el énfasis que deben poner en su argumentación, evitando lo que SÁNCHEZ LÁZARO ha descrito como “intuiciones punitivas irracionales” que no se corresponden bien con los principios que informan el ordenamiento jurídico. En este sentido, entendemos que la exigencia va mucho más de la adecuación al principio de universalidad. Y dentro de esta labor a la doctrina le corresponde un rol fundamental de apoyo para conseguir las dosis de seguridad jurídica que la ley no es capaz de ofrecer.

Recensión a Esther Pascual Rodríguez (coord.): *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013, (324 páginas)

Margarita Martínez Escamilla
Universidad Complutense de Madrid

Entre 2011 y 2012 tuvo lugar una experiencia pionera en el Estado español: la celebración de catorce encuentros restaurativos entre personas que habían sufrido la violencia terrorista de ETA y personas que la habían ejercido y que estaban cumpliendo condena por ello. La narración y análisis de los diferentes aspectos de esta experiencia, en la pluma de algunos de sus protagonistas —mediadores, víctimas, victimarios y responsables políticos que la propiciaron—, constituye el objeto de *Los Ojos del Otro*.

Como se aclara en el epílogo que firman en coautoría Mercedes GALLIZO, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias entre 2004 y 2011, y Txema URKIJO AZKARATE, por entonces asesor de la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco, dichos encuentros restaurativos no fueron el resultado de la reflexión acerca de una adecuada estrategia penitenciaria que contribuyera al final de ETA, sino producto de una serie de circunstancias que los propiciaron. Surgieron a raíz del deseo expresado por integrantes del colectivo de presos disidentes de ETA, autodenominado “Grupo de presos comprometidos con el irreversible proceso de paz” que cumplían en aquel momento su condena en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, de hacer algo más que firmar una carta escrita de arrepentimiento, su deseo manifestado de forma poco elaborada de acercarse a las víctimas con el fin de aportar lo que pudiera estar en su mano para la sanación de las heridas por ellos causadas. Este es el punto de partida de una experiencia que ineludiblemente tuvo un carácter público y fue propiciada por el gobierno central y el de Euskadi. Sin embargo, el papel institucional fue totalmente secundario, limitándose a servir los medios e instrumentos para posibilitar unos encuentros restaurativos que operan en la dimensión interpersonal de lo sucedido, poseen un carácter absolutamente privado, sin la finalidad de trascender más allá de la esfera íntima de las personas que han intervenido,

de los que no se derivan efectos jurídicos sobre la condena ni pretenden resolver problemas de convivencia en Euskadi, si bien poseen un importante potencial pacificador.

Dichos encuentros se enmarcan dentro de lo que se conoce como justicia restaurativa, un movimiento social, una filosofía que tiene que ver con la forma en que las sociedades abordan la resolución de los conflictos, entre ellos los que tienen que ver con el delito y que se caracteriza, entre otras cosas, por el papel del diálogo entre las partes; justicia restaurativa de cuyo marco conceptual, nacional e internacional, realiza un profundo análisis en el capítulo primero Alberto José OLALDE, profesor de trabajo social en la Universidad del País Vasco y mediador en esta experiencia. Si bien probablemente la mediación penal es el instrumento más conocido y aplicado de la justicia restaurativa, se huyó de esta denominación para nombrar los encuentros por las diferencias existentes entre ambos instrumentos. La mediación penal entre víctima y autor del delito, tal y como se viene aplicando mayoritariamente en nuestro país, es un instrumento “intraprocesal”, es decir, se inserta en alguna de las fases del proceso penal –bien sea en fase de instrucción, de enjuiciamiento o ya en fase de ejecución de la sentencia condenatoria–, pudiendo ser tenido en cuenta el acuerdo entre las partes en la determinación de la responsabilidad penal o en su forma de ejecución. Las diferencias con los encuentros restaurativos son claras, pues éstos tienen una naturaleza “extrajudicial” y de ellos no se derivan consecuencias jurídicas; de hecho, el que los ex terroristas no obtuvieran ninguna ventaja jurídica por su participación en la experiencia fue una exigencia *sine qua non* de todas las víctimas.

Tras la decisión de las instituciones implicadas de buscar un cauce para la iniciativa de los presos a la que me he referido, se buscó a quienes pudieran articular y llevar a cabo semejante reto, conformándose un equipo de lujo, integrado por profesionales con una larga y acreditada experiencia en mediación y coordinado por Esther PASCUAL RODRÍGUEZ, abogada y mediadora, quien también coordina la obra colectiva objeto de esta reseña. Esther PASCUAL relata en el capítulo tercero cómo primeramente se llevaron a cabo dos entrevistas generales con los presos de Nanclares que habían pertenecido a ETA para explicarles las características de los encuentros restaurativos que se podrían propiciar. Algunos pidieron participar.

Otros entendieron que estos encuentros no eran lo que ellos necesitaban y formularon diversas sugerencias que dieron lugar a un Taller de convivencia del que nos habla en el capítulo noveno del libro Xabier ETXEBARRÍA, abogado y profesor de Derecho penal en la Universidad de Deusto y coordinador de dicho taller. Éste se celebró durante los meses de octubre y noviembre de 2011 y uno de sus objetivos era facilitar la concreción de propuestas que el colectivo pudiera realizar de cara al reconocimiento del daño y para el favorecimiento de la convivencia social en Euskadi. Sin embargo, parece ser que más allá del valor personal y grupal que tuvo el taller para sus participantes, en el que también intervinieron víctimas de ETA, esta dimensión buscada se vio frustrada por los cambios de gobierno.

Pero sigamos con los encuentros restaurativos. Con posterioridad a las reuniones generales y tras recibir las peticiones de presos que finalmente deseaban participar (todos ellos habían sido condenados y después de muchos años de prisión se habían desvinculado de

ETA,) se llevaron a cabo una serie de entrevistas individuales con ellos a fin de constatar sus motivaciones y valorar si el encuentro resultaba viable. La Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco fue la encargada de contactar con las víctimas, con quienes se mantuvo una reunión inicial en la que se les explicó las características de los encuentros que se proponían y se despejaron sus dudas, en la medida de lo posible pues el carácter pionero de esta experiencia hacía que muchas incógnitas no pudieran ser despejadas por el mediador. Finalmente se llevaron a cabo catorce encuentros restaurativos, previas las reuniones preparatorias individuales que en cada caso fueron necesarias. No todos los encuentros restaurativos se celebraron entre víctima o los familiares y su victimario directo. Algunos encuentros se celebraron entre víctimas de ETA y ex miembros de la organización aunque éstos no hubieran participado en las concretas acciones, sin que ello mermara el sentido del encuentro pues los presos que en ellos participaron se consideraban moralmente responsables de todas las muertes causadas por la organización en cuyo marco actuaron.

En esta experiencia participaron como mediadores además de Esther PASCUAL, y de Alberto José OLALDE, ya mencionados, Francisca LOZANO, mediadora y psicóloga, José Luis SEGOVIA, mediador y profesor de Ética social en la Universidad Pontificia de Salamanca, Julián RÍOS, mediador y profesor de Derecho penal en la Universidad Pontificia de Comillas, Eduardo SANTOS, mediador y profesor de Derecho penal en la Universidad Pública de Salamanca y José CASTILLA JIMÉNEZ, mediador y abogado; personas con formación académica y bagaje personal diverso pero todos con larga trayectoria en procesos de justicia restaurativa. Todos ellos participan además en la obra recensionada. Sus contribuciones versan sobre los diferentes aspectos de los encuentros restaurativos, de su preparación, su filosofía, el método y sistema de trabajo. Nos relatan la complejidad emocional de dichos encuentros, las motivaciones que impulsaron a unos y a otros a participar: la necesidad de terminar de integrar la pérdida, de encontrar respuesta a las preguntas mil veces planteadas, la de contribuir a la convivencia, la necesidad en algunos casos de restaurar la imagen del familiar muerto, etc. Por parte de los victimarios, personas que han vivido un largo y difícil camino de ruptura con el terrorismo, el mirar a la cara el horror de sus acciones, el sentimiento de culpa, la asunción de responsabilidad, el deseo de paliar de alguna manera el daño causado y de poder enfrentar el futuro, etc. También se reflexiona acerca de las actitudes que facilitan estos encuentros: el creer en la perfectibilidad del ser humano y en que las personas somos siempre algo más que nuestro comportamiento pasado, por muchas atrocidades que se hayan cometido. El reconocer al otro como ser humano, lo que en modo alguno se confunde con la justificación de sus acciones. Se nos habla también de las dificultades que tuvieron que enfrentar los participantes, como por ejemplo la incompreensión familiar o del entorno en algunos casos, así como las incertidumbres que inevitablemente surgen durante el tiempo, normalmente largo, en el que se prepara el encuentro. También se da cuenta de los múltiples obstáculos para celebrar los encuentros pendientes por parte de los responsables políticos y penitenciarios a partir del desembarco en el poder del Partido Popular, imponiendo condiciones difícilmente compatibles con principios de los encuentros restaurativos como, por ejemplo, la presencia en dichos encuentros de algún responsable de instituciones penitenciarias a los efectos de “levantar acta”, obstáculos que incluso llegaron a la prohibición expresa por parte de las autoridades penitencias de que los encuentros se

celebrasen durante alguno de los permisos penitenciarios que se concedieron al victimario en cuestión.

Más allá de dar breve noticia del contenido de estas aportaciones, no voy a tratar de resumirlas pues difícilmente podría reflejar el inmenso calado de esta aventura humana, cuyo relato a ratos alcanza una inusitada intensidad como cuando se narra –naturalmente con el permiso de los participantes– el encuentro epistolar entre el hermano, muy mayor y enfermo, de la persona asesinada, que debido a sus hondas convicciones religiosas desde hacía tiempo había perdonado al asesino y sólo pedía a Dios que iluminase a éste para que se diera cuenta del error cometido. Finalmente pudo ver su ruego cumplido.

También interviene en el libro Luis María CARRASCO, ex miembro de ETA, que nos traslada “que le impulsa a alguien como yo, tras llegar al convencimiento de que lo que hizo fue enteramente nefasto, a dirigirse a una víctima del terrorismo, a una víctima de su propia violencia y pedirle perdón” y qué es lo que para él supuso el encuentro. Y por último, subrayar la participación Maixabel LASA, ex Directora de la Dirección de Víctimas del Terrorismo del Gobierno vasco, cuyo marido fue asesinado por ETA y que intervino en su condición de víctima en los encuentros. Ella firma el prólogo a *Los ojos del otro*, un libro inusual y absolutamente recomendable.

Recensión a Esteban SOLAZ SOLAZ, *La estafa procesal*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013 (517 páginas)

Nuria Pastor Muñoz
Universidad Pompeu Fabra

En el libro objeto de la presente recensión, Esteban SOLAZ SOLAZ aborda el estudio de la estafa procesal con una «vocación eminentemente práctica» (p. 20), desde una perspectiva exclusivamente española. El autor se enfrenta a un tema al que nuestra doctrina no ha dedicado, hasta el presente, demasiada atención y lo hace en un momento en el que su estudio se revela como especialmente necesario, a la vista de la reforma mediante LO 5/2010 de la modalidad agravada de estafa procesal, recogida a partir de entonces en el art. 250.1.7º CP.

-I-

Tras exponer la evolución histórica del tipo de estafa en Derecho español y la regulación vigente (Capítulo I, p. 25 ss.), SOLAZ aborda el análisis del concepto de estafa procesal, su naturaleza y su bien jurídico (Capítulo II, p. 57 ss.). El autor expone la definición de las diversas formas de estafa procesal (propia directa, propia indirecta, colusión de las partes, impropia, p. 76 ss.) y destaca la decisión del legislador de 2010 de dejar la estafa impropia fuera del art. 250.1.7ª CP (p. 83). El Capítulo III (p. 85 ss.) lo dedica SOLAZ al estudio del sujeto activo y pasivo del delito, esencialmente con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; el autor analiza, además del círculo de autores, la responsabilidad penal de las

personas jurídicas y dedica un excursus a la interpretación del art. 31 CP, si bien dicho precepto no parece tener relevancia para la interpretación de la estafa procesal.

El núcleo del trabajo lo constituyen los Capítulos IV y V. El primero de ellos lo dedica el autor a la estructura y requisitos típicos de la estafa procesal. Tras repasar algunas de las opiniones doctrinales sobre los criterios de tipicidad del engaño y arrimarse esencialmente al criterio objetivo-subjetivo de la jurisprudencia (p. 139 ss., también en p. 177 ss.), SOLAZ se enfrenta al problema de si es posible engañar de forma típica al juez sobre hechos y sobre el Derecho (p. 163 ss.), concluyendo que solamente es posible lo primero, pues respecto al Derecho rige el principio *iura novit curia*. Ya en este punto es posible vislumbrar la relación profunda que existe entre la cuestión de la tipicidad del engaño y la posición jurídica de los diversos intervinientes en el proceso. En lo referente al *carácter bastante del engaño* (IV.2), SOLAZ describe la discusión de los últimos años relativa a la existencia de “deberes” de autoprotección de la víctima (p. 193 ss.), la proyecta sobre la estafa procesal (p. 206 ss.) y llega a la conclusión de que «deberá valorarse la actitud del perjudicado en el proceso para graduar la idoneidad del engaño, sobre todo en aquellos casos en que la injusticia de la resolución del juez pueda imputarse a la propia negligencia del vencido en el juicio» (p. 206). En concreto, SOLAZ construye los deberes de autoprotección siguiendo el siguiente esquema: al juez, en función de su posición procesal, no se le puede exigir que despliegue actividad de autoprotección, pues su función es la de aplicar la ley de acuerdo con lo alegado y probado, por lo que los deberes de autoprotección recaen sobre la parte que debería haber aportado pruebas o datos para sacar al juez de su error (p. 207). Ciertamente, esta afirmación del autor pone acertadamente de relieve que no es posible examinar la tipicidad del engaño en el proceso ignorando los deberes de juez y de las partes en dicho proceso. Sin embargo, se echa de menos que el autor formule criterios más precisos y más distintivos que permitan determinar cuáles son los deberes de información de las partes y cuáles son los deberes de protección (del perjudicado) que recaen sobre el juez (cuya existencia parece negar SOLAZ) y cuáles son los deberes de autoprotección de las partes en cada clase de proceso. En efecto, por una parte, sería necesaria una mayor fundamentación de la afirmación genérica de SOLAZ conforme a la cual al juez no le corresponde adoptar medidas de autoprotección (mejor dicho, de protección del patrimonio del perjudicado); por otra parte, sería precisa una explicación de cómo se concilia tal afirmación con la tesis del autor conforme a la cual no hay error típico cuando el juez ha sido negligente (p. 243), pues esta última tesis sugiere que si es posible que el error del juez sea atípico por su actuar negligente, se parte de que hay una expectativa de diligencia del juez en lo que se refiere a la neutralización del engaño del autor. A su vez, sería necesario saber qué alcance pretende otorgar SOLAZ a su afirmación conforme a la cual es posible exigir a la contraparte que se autoproteja, aportando pruebas o datos.

Una cuestión importante en la determinación del engaño típico es la relativa a los casos de *estafa por omisión* (p. 101 ss.). Al respecto, SOLAZ sostiene que solamente pueden ser típicos los casos de engaño concluyente, pero no los casos de omisión en sentido estricto, porque «la estafa requiere un comportamiento que transmita información y un mero no hacer no tiene contenido comunicativo»; con todo, considera posible la concurrencia de una estafa por omisión en caso de que se pueda fundamentar una posición de garante del sujeto conforme a la cual está obligado a impedir el error en que pueda incurrir el sujeto pasivo

(p. 217). Ahora bien, en mi opinión, la admisión de estafas en comisión por omisión requiere precisamente renunciar a la definición del injusto de la estafa como un acto de «transmisión de información» y entender que en realidad lo relevante no es si se transmite una información o se deja de transmitir (la “forma” del comportamiento del autor), sino si el autor es competente por el error en que se encuentra el disponente, con otras palabras, si tenía frente a este último un deber de veracidad. En todo caso, en materia de estafa procesal SOLAZ admite que puede existir una posición de garante que fundamente la tipicidad de la omisión, en concreto, «cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar» (p. 219). En concreto, considera fuente de una posición de garantía las relaciones entre hermanos herederos y a las relaciones entre cónyuges, mientras que niega que del principio de la buena fe procesal derive siempre una posición de garantía (p. 221). Esta última afirmación es, ciertamente, correcta, pues la buena fe no hace garante a la parte del patrimonio afectado por la decisión judicial; es más, la afirmación de una posición de garante parece imposible en el caso del procedimiento civil, en el que la legislación procesal excluye la existencia de deberes de información entre las partes (p. 222). Así las cosas, el planteamiento de SOLAZ permite ver la vinculación entre la preconfiguración normativa del proceso y la constitución de posiciones de garantía. Sin embargo, el autor no ofrece una fundamentación de las posiciones de garantía de una parte respecto al patrimonio del perjudicado. En efecto, el texto no deja claro por qué la relación de parentesco fundamenta una posición de garantía respecto al patrimonio del pariente, ni en qué medida una relación de confianza da lugar a una posición de garantía. Al respecto, falta una fundamentación de las posiciones de garantía cuya infracción da lugar a una estafa típica, así como la explicación de qué influencia tienen, si la tienen, en el nacimiento de dichas posiciones los deberes jurídico-procesales de las partes.

A continuación, el autor dedica un apartado a la relación de *estafa y procedimiento* (IV.3). Tras situar al lector en los cambios experimentados por la modalidad agravada de estafa procesal en el Código penal de 1995 y la LO 5/2010 (p. 223 ss.), el autor analiza las clases de procedimiento en que cabría apreciar esta modalidad agravada. Dicho análisis resulta interesante, si bien faltaría completarlo con la formulación de criterios concretos que permitan determinar en cada clase de proceso el alcance del engaño típico del autor. Ciertamente, SOLAZ asume el criterio de tipicidad de la jurisprudencia, es decir, el denominado criterio objetivo-subjetivo. Sin embargo, precisamente porque tal criterio opera con un primer “subcriterio objetivo” parece imprescindible la definición de estándares que permitan trazar, en cada clase de proceso, el límite entre el engaño típico y la mentira impune de las partes.

El análisis de los elementos del tipo de estafa procesal continúa con el estudio del error y el acto de disposición. El estudio de estos dos elementos es especialmente importante, pues ha habido voces de la doctrina que han negado que la estafa procesal sea una estafa propia con el argumento de que en ella no es posible constatar un error o/ni un acto de disposición. En lo que atañe al elemento típico del *error*, que en la concepción de SOLAZ abarca tanto la representación falsa de la realidad como la ignorancia (p. 236), el autor sostiene que el error del juez es típico conforme al art. 248 CP solamente cuando dicho juez no actuó de forma negligente (p. 243). Esto es, desde luego, sostenible, si bien falta determinar cuáles son las incumbencias de autoprotección (o, mejor dicho, de protección

del patrimonio del tercero) cuyo incumplimiento permite calificar de negligente la conducta del juez, así como qué deberes de veracidad tienen las partes en virtud del art. 248 CP, de manera que su infracción permita sostener que el error generado en el juez es el error típico del art. 248 CP, imputable al engaño del autor.

Por su parte, SOLAZ concibe el *acto de disposición* (IV.5) en términos amplios (no vinculados al concepto jurídico-civil de disposición, p. 245), e igualmente amplio es el criterio que adopta para vincular al engañado con el perjudicado de forma que pueda hablarse de estafa en triángulo. En lo que concierne al acto de disposición en la estafa procesal, SOLAZ entiende, siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO y a otros autores, que si bien el juez no tiene poder de disposición sobre el patrimonio del perjudicado, su «potestad jurisdiccional [...] le habilita para disponer de la cosa o derecho litigiosos a favor de la parte que deba vencer en el juicio, aún en contra de la voluntad de su titular, lo que equivale al poder jurídico de disposición sobre el patrimonio ajeno en el sentido del delito de estafa» (p. 250).

A continuación, SOLAZ aborda los *supuestos concretos de estafa procesal en la jurisprudencia española* (p. 253 ss.), que son mayoritariamente casos de estafa en el proceso civil, si bien hay también algunas resoluciones en otros órdenes jurisdiccionales, como el laboral, y que SOLAZ agrupa en las siguientes categorías: reclamaciones de carácter económico, fraude de seguros, estafas en procesos de ejecución y estafas en procedimientos laborales. Con el repaso de la casuística de la estafa procesal, el autor ofrece un panorama de la jurisprudencia en esta materia, permitiendo al lector formarse una imagen plástica de cuáles son los casos reales en los que se plantea la cuestión de la tipicidad de la estafa procesal. Ahora bien, en esta síntesis de la jurisprudencia puede verse claramente que en ocasiones la jurisprudencia se ha conformado, para afirmar la tipicidad del engaño, con la constatación de que este último “ha resultado ser” bastante (p. 266); ciertamente, como dice SOLAZ, ello implica la superación de la tesis conforme a la cual el juez no puede ser engañado (p. 266), pero, a mi entender, refleja a la vez que los criterios de imputación objetiva del comportamiento no se han desarrollado todavía plenamente en la aplicación jurisprudencial del delito de estafa en el marco del proceso.

Por último, SOLAZ cierra el Capítulo IV abordando los elementos subjetivos de la estafa procesal. Este autor encuentra en el tipo subjetivo del injusto razones para rechazar la tipicidad de la estafa cuando «la finalidad del autor sea legítima o válida, con independencia de que se le dé o no la razón, pues en la estafa procesal ha de estar presente el elemento intencional de defraudar» (p. 298). Con todo, en estos supuestos, en los que ciertamente falta la intención de defraudar, la tipicidad puede negarse ya en el plano objetivo, pues el uso legítimo del proceso (sin ocultación de informaciones que hay deber de proporcionar, sin simulación de documentos o de circunstancias fácticas que dan derecho a cobrar indemnizaciones, sin testigos falsos) no constituye un engaño típico en términos objetivos, por lo que el argumento de la falta de intención podrá servir, a lo sumo, de refuerzo.

El Capítulo V se ocupa SOLAZ del resultado de perjuicio, la tentativa y la consumación. En lo que concierne al perjuicio, el autor repasa las diversas concepciones de patrimonio (p. 299 ss.), algunos de los problemas clásicos vinculados a tal concepto, como el de la

valoración de la estafa en negocio ilícito o el de la pertenencia al patrimonio de las expectativas de lucro, y la discusión en torno al momento consumativo (para la jurisprudencia, el del desplazamiento patrimonial; en cambio, para algunos autores, el efectivo perjuicio económico, que no se solapa necesariamente con el momento del desplazamiento patrimonial). También describe la discusión en torno a las formas de imperfecta ejecución y la punibilidad de la tentativa inidónea e irreal de estafa (p. 315 ss.). En lo relativo a la estafa procesal, el autor sintetiza las principales interpretaciones relativas al momento consumativo, a saber, la que sostiene que la consumación se produce con la sentencia, la que ubica tal momento en la sentencia firme y la que considera que no hay consumación hasta la ejecución de la sentencia (p. 323 ss.). Es, desde luego, interesante conocer las diferentes opiniones doctrinales que expone el autor. Sin embargo, falta un análisis que ponga en relación el problema del momento consumativo con el concepto de perjuicio, es decir, que se plantee en qué medida la resolución judicial puede implicar ya un menoscabo del patrimonio del perjudicado, en la medida en que dicho patrimonio queda lastrado con una pretensión jurídica, basada en la sentencia.

SOLAZ cierra su obra dedicando los últimos capítulos a la prueba de los elementos de la estafa procesal (VI), las relaciones concursales (VII) y las consecuencias jurídicas (VIII). Así, subraya los problemas de *prueba* que pueden generar los elementos normativos y los elementos subjetivos, la prueba de indicios, la valoración de la prueba y el control casacional (p. 339 ss.). En el capítulo relativo a los concursos, dedica especial atención a la relación entre estafa procesal y delitos de falsedades (p. 377 ss.), así como a la relación entre estafa y los delitos contra la Administración de Justicia (p. 396 ss.), reflejando las principales opiniones de la doctrina y la jurisprudencia. Por último, cierra su obra dedicando el último capítulo al estudio de las consecuencias jurídicas (pena y responsabilidad civil) de la estafa procesal (p. 409 ss.).

-II-

La monografía de SOLAZ se ocupa, desde luego, de una figura muy importante que en España no ha recibido suficiente atención de la doctrina. Así, tiene el mérito de reabrir una discusión que es, a mi entender, importante. Con todo, habría sido conveniente que el trabajo incorporase las reflexiones de la doctrina alemana, la cual ha discutido intensamente sobre la posibilidad de subsumir los casos de estafa procesal en el tipo de estafa del § 263 StGB, su estructura de estafa en triángulo, así como el problema de en qué medida recaen sobre las partes del proceso los deberes de veracidad que se derivan del § 263 StGB. Es cierto que existen diferencias entre la regulación procesal alemana y española, pero los problemas dogmáticos son comunes y, por ello, resultaba especialmente conveniente incorporar la discusión alemana que, como he indicado, ha sido y es muy rica en esta materia. En todo caso, estando limitado el análisis a la perspectiva española, SOLAZ se esfuerza ciertamente por recoger en el tratamiento de cada cuestión algunas de las opiniones doctrinales relevantes, así como la interpretación de la jurisprudencia. Sin embargo, en algunos puntos el lector (por ejemplo, en lo referente al momento consumativo, en lo que atañe a la relación entre normas procesales y posiciones de garantía penales) no logra saber con certeza qué concepción del injusto de estafa adopta el autor.

Ciertamente, SOLAZ atribuye a su libro una vocación eminentemente práctica (p. 20), por lo que no tiene la pretensión de construir una nueva teoría sobre la estafa procesal; no obstante, sí habría sido necesario saber con más precisión la concepción de la estafa que el autor asume.

En cuanto a la bibliografía, SOLAZ maneja, en materia de estafa procesal, todo el aparato bibliográfico español existente. En cambio, el tratamiento bibliográfico de cuestiones estrechamente relacionadas con la estafa procesal a las que el autor hace referencia en su trabajo, como el injusto del delito de estafa (p. 43 ss., p. 132 ss.), la estafa en triángulo (p. 85 s., entre otras), la victimodogmática (p. 125 ss.), el concepto de patrimonio (p. 71 ss.) o la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 115 ss.) es incompleto. Por lo demás, el tratamiento jurisprudencial de la materia es rico: se pone de manifiesto que el autor conoce a fondo nuestra jurisprudencia. La redacción es clara, si bien la transcripción de términos alemanes podría haber sido más cuidada.

La lectura del libro sirve para dar pie a la reflexión sobre la figura de la estafa procesal, en concreto, sobre su estructura (¿es, efectivamente, una estafa en triángulo?) así como sobre el alcance de los deberes de veracidad del autor y de la relevancia a tales efectos de las normas procesales de cada clase de proceso. La *primera* cuestión es relevante, pues afecta a la decisión de si la estafa procesal puede ser dogmáticamente tratada como una estafa ordinaria o si, por el contrario, hay dificultades estructurales que lo impiden. Al respecto, la doctrina se enfrenta al reto de llevar a cabo un análisis estructural de la estafa procesal y, en concreto, de estudiar los problemas básicos que ha planteado la doctrina alemana, como la cuestión de si la resolución judicial puede considerarse un “acto de disposición” en el sentido de la estafa en triángulo, una cuestión cuya resolución requiere estudiar a fondo la relación entre la esfera jurídica del juez y la del titular del patrimonio perjudicado. La *segunda* cuestión concierne a un aspecto esencial del tipo de estafa: ¿qué mentiras son “engaño bastante” en el sentido del tipo? Y, aplicado al proceso, ello significa que hay que determinar en qué medida la inveracidad de una parte rebasa el límite de la tipicidad y convierte una mentira impune en una mentira típica conforme al art. 248 CP. Al respecto aparece clara la necesidad de estudiar las normas procesales y los principios que rigen el proceso y, en ese marco, fundamentar y definir los deberes de veracidad de las partes. En este punto, la conexión entre el Derecho procesal y el tipo de estafa, entre la diligencia exigida al juez en el proceso y los límites del engaño típico resulta evidente, pues allí donde procesalmente el juez no tenga posibilidades de neutralizar el engaño, difícilmente podrá fundamentarse un deber de neutralizar los engaños de las partes. Es más, incluso para quien quiera, como el autor, adoptar el criterio objetivo-subjetivo de nuestra jurisprudencia para determinar la tipicidad del engaño, será imprescindible, en la construcción de la parte “objetiva” del criterio, la estandarización, la determinación en el marco del proceso de esferas de competencia respecto al patrimonio.

En definitiva, el libro de SOLAZ sirve esencialmente para ser conscientes de lo importante que es reabrir el debate en torno a la estafa procesal. El reto para el futuro es importante: profundizar en la dogmática de la estafa y estudiar a fondo la relación entre deberes jurídico-procesales y posiciones de garantía jurídico-penales, para así construir una dogmática sólida de la estafa procesal.

Reseñas

Obras sobre delitos de peligro en la sociedad del riesgo: manual de usuario

Ronald Vílchez Chinchayán

Universidad de Navarra

La expansión del Derecho penal suele asociarse, entre otras, con la anticipación de la reacción punitiva. Dentro de ésta, si bien no es la única forma, destacan los delitos de peligro. Esta clasificación, que rompe con el modelo clásico (delito comisivo doloso de resultado y de autor único), ha captado la atención de la doctrina (en España, hasta donde alcanzo, a partir de los años 30 del siglo XX aparecieron en los manuales como unos tipos más a considerar. Así, por ejemplo, en CUELLO CALÓN, *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, 1933, pp. 61-62; y PUIG PEÑA, *Derecho penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Tomo I, 2.ª edición refundida y notablemente mejorada, Barcelona, 1950, pp. 198-199) y del legislador penal (por ejemplo, para sancionar las conductas de contaminación de aguas, incendios y contra la seguridad vial) al extremo de convertirlos en protagonistas (o, por lo menos, en uno de ellos) del actual escenario penal y (sobre)exigir su aplicación para casi cualquier vacío legal o nueva forma de *afectación* que aparezca.

Esta atención ha permitido «descubrir» no pocos inconvenientes y desnudar la realidad que los rodea. El problema es que no basta una figura teóricamente bien pensada (y sobre esto los autores siguen trabajando). Es necesario que pueda responder *adecuadamente* a las necesidades de protección. Por eso, un sector de la doctrina se ha preocupado por cuidar las condiciones de incorporación dentro del sistema penal (*faceta externa*) que ha devenido en una amplia discusión sobre su «legitimidad», las realidades protegidas y las conductas penalmente relevantes. También, aunque con distinta intensidad, se han ocupado de analizar los elementos y características propios de cada uno de los delitos de peligro (*faceta interna*).

Con ánimo de ofrecer un posible camino para quienes deseen abordar el estudio de los tipos penales de peligro se propone a continuación una relación con algunas de las monografías que han marcado la discusión en su faceta tanto externa como interna. Debo señalar que la muestra presentada, por razones de espacio, no es exhaustiva y deja de lado artículos en revistas e incluso trabajos en otras idiomas (pese a esto debe mencionarse, por ejemplo, a LACKNER, *Das Konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», JA, 1975, pp. 787-799; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981 y KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main, 1989). Sin embargo, puede considerarse como un posible camino a seguir para conocer el desarrollo de estos delitos en España.

Como primer trabajo de referencia obligatoria se encuentra la monografía de ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976. Este autor concentró su atención en la definición del peligro. Esto, sin embargo, no fue obstáculo para que en el desarrollo abordara al bien jurídico o presentara su propia clasificación de los delitos de peligro (denominándolos de peligro implícito y peligro explícito). Si bien quedaron pendientes algunas cuestiones adicionales (legitimidad, características, contenido) no puede negarse que este autor fue claro en el momento de presentar algunos puntos que incluso hoy en día se discuten (como, por ejemplo, la existencia de distintos grados de peligro, atendiendo a la *probabilidad de producción* y a la *probabilidad de no producción*).

Otro trabajo digno de ser mencionado es el de TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, 1981, pp. 825-847. Si bien no se trata de una monografía, sus ideas han terminado por imponerse (con más o menos críticas) dentro del ordenamiento jurídico español, lo que justifica su inclusión dentro de esta relación. En concreto, este autor (basándose en aquello que tiempo atrás había propuesto Binding) buscó reformular la visión que se tenía de los delitos de peligro –en especial la de los de peligro abstracto– apartando la «teoría convencional» o tradicional y evitando la configuración de simples tipos penales que originaban responsabilidad penal aun sin una conducta peligrosa. Luchó también contra el carácter residual que le atribuían (y le atribuyen) a los de peligro abstracto. Presentó, por eso, un matiz –ciertamente interesante– según el cual era necesario contar con una acción peligrosa (apta) como elemento del tipo (los delitos de peligro hipotético).

También MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, emprendió la tarea de revisar estos tipos penales, insistiendo –como lo habían hecho otros autores– en los conceptos de bien jurídico y de peligro, aunque tuvo en cuenta el nuevo contexto y las exigencias de protección requeridas (incluso se detuvo a analizar los principios y las razones de política criminal que orientaban a estos tipos penales). Esta autora destacó la tenue diferencia entre las dos clases de delitos de peligro y afirmó que el intento por reformular los de peligro abstracto había conducido a una crisis e indeterminación de los de peligro concreto. Sobre estos, añadió, solo lo serían aquellos tipos en donde fuera necesario individualizar un verdadero resultado de peligro para un bien jurídico. Respecto a los delitos de peligro abstracto, la autora tomó una posición muy crítica. Entendió que no podía encargarse a estos tipos penales la protección de bienes jurídicos (ni individuales ni colectivos), entre otros motivos, por los problemas dogmáticos que presentaban y su reñida configuración con el «principio de realidad». Cuestionó, en otras palabras, su definición clásica y su legitimidad.

Un sugestivo estudio, desde otro enfoque, es presentado por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994. Ella abordó el análisis de la imputación subjetiva en los delitos de peligro. Pese a esto, consideró necesario estudiar algunas cuestiones sobre el concepto y clases de peligro, y tomar como punto de apoyo el exigido en los tipos concretos. Dentro de su exposición, que combinaba tanto la doctrina alemana, española e italiana, mostró las distintas posturas sobre el peligro y resaltó la relevancia que tenía (tiene) esta figura para otros momentos (tentativa, causas de justificación,

imprudencia). Poco a poco, recorrió los conceptos que estimaba adecuados (peligro como posibilidad de lesionar un bien donde ya no existen controles por parte del autor para impedirlo; dolo como conocimiento más voluntad...) hasta concretar, en los dos últimos capítulos, la configuración propia de los delitos de peligro concreto y abstracto.

Con una propuesta distinta a todas las anteriores, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, ya no sólo insistió en los conceptos fundamentales, sino que intentó encajar todas las piezas del rompecabezas: Propuso construir una teoría general de los delitos de peligro. Consideró necesario repasar algunos aspectos básicos y reafirmó otros para dar con una construcción adecuada. Sólo por mencionar algunos puntos, respecto (a) a la tentativa en los delitos de peligro aseguró que el tratamiento podía ser el mismo que es aplicable en los delitos contra bienes jurídicos individuales, es decir, que *ex ante* se perciba el comportamiento como un peligro idóneo para lesionar (en este caso, el bien jurídico supraindividual) y, en el juicio *ex post*, se compruebe que ese peligro idóneo *ex ante* no se realizó *ex post*. Pese a esta idea inicial, negó la posibilidad de sancionar la tentativa en estos tipos penales, porque al haber concebido como objeto de protección de los bienes jurídicos supraindividuales la protección y la confianza de los ciudadanos en que no se supere el riesgo permitido de determinadas actividades, se estaría adelantando demasiado las barreras de protección infringiendo los «principios de necesidad y merecimiento de la pena». También se refirió (b) a la imputación subjetiva, asegurando que el objeto del dolo (y también de la imprudencia) en estos delitos era la conducta que suponía un peligro objetivo idóneo para el bien jurídico protegido. Finalmente, respecto al (c) concurso de delitos o leyes, aseguró que en el supuesto de que una conducta realice dos delitos, uno contra un bien jurídico individual y otro contra un bien jurídico supraindividual, se solucionaba como un concurso (ideal) de delitos en lugar de un concurso de leyes (excepto que se hubiera puesto en peligro y se lesione a la misma persona, o concurra un delito de peligro abstracto con uno de peligro concreto que protejan el mismo bien jurídico, en cuyo caso se aplicaría el concurso de leyes). Con la propuesta de la teoría general de esta autora el rumbo tomó un llamativo y prometedor futuro, pues pretendía alejarse del camino ya recorrido e iniciar uno nuevo.

Por su parte, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, retomó el reto de replantear el contenido de los delitos de peligro (especialmente, como Torío López, los de peligro abstracto). En su trabajo (enlazado con otro contemporáneo: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, donde analizó los problemas de legitimidad que afectaban a los tipos penales de peligro) resaltó la importancia de los delitos de peligro en los ordenamientos jurídicos actuales, expuso las dificultades propias de esta construcción (legitimidad y contenido), presentó las distintas propuestas doctrinales que intentaban dar solución a esos problemas y finalizó con las posibles interpretaciones que consideró adecuadas. La autora, especialmente, fue en búsqueda de los límites y el contenido de los tipos de peligro abstracto. De toda la exposición que realizó interesa aquí resaltar cómo insistió en el concepto doctrinal más extendido –aunque no uniforme– de estos tipos penales, que concebía como no necesario exigir un peligro efectivo para un bien jurídico, bastando una simple presunción legal que establecía cuáles eran las conductas peligrosas (haciendo innecesaria la prueba del efectivo

peligro en el caso en concreto): La situación le obligó a tomar ciertas medidas que exigían considerar la necesidad de adoptar un «concepto material de delito».

Por su parte, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Cizur Menor (Navarra), 2007, argumentó que la solución a los problemas de los delitos de peligro (abstracto) no estaba en aquella exigencia de «contenido material». Precisamente la novedad de este trabajo pasó por negar la utilidad de esa posible salida (algo que también había cuestionado antes en un interesante artículo FEIJOO SÁNCHEZ, «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 307-342). De ahí que la autora, después de revisar los antecedentes de los delitos de peligro y los principales problemas (relacionados con la legitimidad, el bien jurídico, el peligro), hubiera propuesto como una vía de solución la entrada de un «resultado de peligro abstracto». La tesis, sin duda, es interesante porque, por un lado, presentó una propuesta para «ensamblar» las piezas del rompecabezas utilizando «herramientas» poco usuales en estos delitos y, por otro, porque dejó claro que aún quedaba (queda) mucho camino por recorrer.

Adicionalmente, hay otros trabajos que aún no teniendo a estos tipos penales como centro (o ni siquiera mencionándolos en el título), enriquecen el panorama con sus aportaciones. Así, por mencionar sólo algunos, encontramos los siguientes: LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*, Granada, 1997; ACALE SÁNCHEZ, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención penal*, Buenos Aires-Montevideo, 2007; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 1999; 2.^a edición, Madrid, 2001; 3.^a edición, Buenos Aires, 2011.

En los trabajos de esta relación que he presentado puede observarse –nunca mejor dicho– una serie de «peligros» que captan la atención de los autores. Estos problemas marcan la discusión doctrinal de los tipos de peligro, de ahí la importancia de conocer las propuestas que han funcionado o no, sus motivos y hacia donde es posible «extenderse». Estas monografías conforman un punto de partida.