

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Sergi Cardenal Montraveta, *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (170 páginas), por Ramon Ragués i Vallès.

Recensión a Beatriz Escudero García-Calderón, *El Consentimiento en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (398 páginas), por Andrés E. Schlack.

Recensión a Tatjana Hörnle, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2013 (80 páginas), por Gabriel Pérez Barberá.

Recensión a Scott J. Shapiro, *Legalidad*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, 2014 (513 páginas), por Gustavo A. Beade.

Reseña

Obras generales de Derecho penal chileno, por Tatiana Vargas Pinto.

Recensiones

Recensión a Sergi CARDENAL MONTRAVETA, *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (170 páginas).

Ramon Ragués i Vallès

Universitat Pompeu Fabra

De todas las figuras que integran la parte general del Derecho penal la prescripción de la pena es, sin duda, una de las menos conocidas. La explicación seguramente radica en que, en circunstancias normales, se trata de una institución de uso muy excepcional y reservada para casos anómalos, en los que, pese a que la administración de justicia ha dado todos los pasos necesarios para imponer una condena, por razones poco habituales –como la fuga del reo o algún error grave en la tramitación del procedimiento– la sanción finalmente no logra ejecutarse en un plazo que pueda considerarse razonable. ¿Cuántos profesores explican la prescripción de la pena en clase? ¿Cuántos se atreverían a preguntarla en un examen de parte general? Seguramente muy pocos.

Sin embargo, que la prescripción de la pena sea una de las figuras menos conocidas y estudiadas no significa que sea de las menos aplicadas en la práctica. Basta con echar un vistazo a los repertorios de jurisprudencia para advertir cómo su empleo no es infrecuente. Y, aunque no se conocen datos estadísticos fiables al respecto, algunas voces autorizadas aseveran de manera informal que en las últimas décadas se ha aplicado más a menudo de lo que generalmente se piensa, especialmente a propósito de penas leves o menos graves en las que la ejecución resultaba especialmente complicada por falta de una adecuada previsión legislativa, como en su día sucedió con los arrestos de fin de semana o los trabajos en beneficio de la comunidad. En todo caso, parece evidente que una aplicación demasiado frecuente de la prescripción de la pena es un síntoma claro de que algo no acaba de funcionar en un sistema penal de justicia.

En el concreto caso español el tema ha estado de actualidad durante los últimos años por culpa de una regulación legal tan escueta como deficiente de las causas de interrupción de la prescripción. Así, la eventual aplicación de posibles causas de extensión de los plazos de prescripción no estaba en absoluto clara en casos en los que la sanción ciertamente no se ejecutaba pero por motivos que podían parecer justificados, como el hecho de que se hallara suspendida por razones diversas (petición de indulto, interposición de recurso de amparo, obtención de la suspensión condicional) o, sencillamente, por estar el sujeto cumpliendo otras penas. Estas deficiencias legales intentaron salvarse con interpretaciones extensivas por parte de los tribunales que finalmente acabaron siendo en algunos casos consideradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, que, pese a no haber destacado a lo largo de su historia por ser precisamente estricto con los jueces en materia de legalidad, consideró que la creación judicial de causas de suspensión de la prescripción no previstas en la ley vulneraba dicho principio. A resultas de estas sentencias los jueces y tribunales encargados de la ejecución de las resoluciones habían quedado en una situación bastante comprometida, que les obligaba a apreciar la prescripción en casos en los que tal conclusión les parecía totalmente improcedente.

Estos problemas parecen haberse resuelto con la Ley Orgánica 1/2015, que ha incorporado un segundo apartado al art. 134 CP específicamente pensado para dotar de base legal a las causas de suspensión que había creado la jurisprudencia. Una novedad legislativa que debe acogerse favorablemente, en la medida en que resuelve los problemas de legalidad descritos, pero que también merece la sombra de duda que siempre debería plantear cualquier reforma legal que, como la presente, tiene como objetivo directo o indirecto tapar las vergüenzas del sistema penal de justicia ante lo que muchas veces son retrasos difícilmente justificables en la tramitación de los procedimientos o, más concretamente en este caso, en la ejecución de las resoluciones. Sin ir más lejos, por ejemplo, la reforma en cuestión permitirá en adelante al Tribunal Constitucional tardar cuanto quiera en resolver los recursos de amparo en asuntos penales sin contar siquiera con el acicate de que un retraso extremo pueda conllevar la prescripción de la pena impuesta al recurrente.

En cierto modo el hecho de que el legislador finalmente haya decidido actuar reformando el precepto en cuestión deja en evidencia los ingentes esfuerzos doctrinales y judiciales realizados para tratar de salvar la muy deficiente regulación existente hasta la fecha. El propio legislador parece haber reconocido a fin de cuentas que, *efectivamente*, existía un problema de legalidad que sólo podía quedar salvado con una adecuada reforma de la ley. Un buen ejemplo, seguramente, de que en ocasiones el papel que corresponde a la ciencia penal no es tanto el de buscar soluciones donde no las puede haber –es decir, más allá de lo que razonablemente permite el texto de la ley– sino el de denunciar ciertas deficiencias como insalvables y reclamar con insistencia la actividad del legislador.

En este contexto de cambio legislativo, Sergi CARDENAL acaba de publicar su monografía *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 1995*, que es el resultado de años de reflexión sobre el tema y el fruto de su doble faceta de profesor universitario y magistrado. La obra supone, sin lugar a dudas, el esfuerzo académico más notable realizado hasta la fecha para abordar con todos sus matices la figura de la prescripción de la pena, su aplicación judicial y su justificación político-criminal. Un libro que merecerá ser considerado en adelante como el trabajo de referencia sobre la materia, no sólo por ser el primero que describe a fondo el nuevo marco legal, sino por la profundidad con la que se abordan todos los aspectos de la figura analizada.

Tal vez la única lástima –si es que puede hablarse en estos términos– es que el libro llega en un momento en el que muy probablemente la reforma acabada de aprobar pacificará el estado de la cuestión y, si el río deja de bajar revuelto, la ganancia será menor, entendiendo por ganancia no la derivada de las posibles ventas –siempre moderadas, lamentablemente, en una obra monográfica de esta naturaleza– sino, sobre todo, de la necesidad de acudir al texto por parte de los operadores jurídicos para resolver los problemas planteados. En este contexto, destaca sin embargo el esfuerzo realizado por el autor para que la obra no pierda un ápice de su interés, tratando de aventurar ya posibles problemas que la nueva regulación puede generar y anticipando propuestas para su solución futura.

Como procede, y tras una breve introducción (I), el libro aborda la cuestión del fundamento de la institución analizada (II), un paso previo imprescindible para contar con una herramienta teórica que permita, posteriormente, resolver los concretos problemas aplicativos que plantea dicha

institución. La cuestión del fundamento de la prescripción –tanto del delito como de la pena– ha sido una cuestión ampliamente discutida desde siempre y al respecto se proponen numerosas hipótesis explicativas, unas de signo procesal, otras vinculadas con las funciones de la pena o del Derecho penal en su conjunto y, finalmente, unas últimas que tratan de justificar su previsión a partir de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Ante este dilema, el autor se decanta por un fundamento de naturaleza mixta o ecléctica (p. 27), según el cual la previsión legislativa de la prescripción de la pena se justificaría tanto por razones vinculadas con el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada la pena como a partir de la necesidad de preservar ciertas garantías de los sujetos condenados, en particular su seguridad jurídica. Tal propuesta presenta tanto las ventajas como los problemas de las fundamentaciones eclécticas: por un lado, quedan abarcados todos los aspectos de la institución, algo muy complicado para cualquier fundamentación unilateral; pero, por otro lado, siempre que se acude a una solución de compromiso se carece de un criterio de rango superior que permita decidir qué fundamento debe prevalecer en caso de conflicto. Dichos problemas se acentúan si, adicionalmente y como es el caso, se aceptan como posibles justificaciones todas las teorías preventivas de la pena, lo que tiene un efecto multiplicador de las posibles antinomias. En todo caso, dado que el presente trabajo se centra en la aplicación judicial del vigente modelo español de prescripción de la pena, y éste no es objeto apenas de cuestionamiento en la obra, los problemas propios del eclecticismo no se manifiestan de un modo tan evidente como seguramente hubiera sucedido si, además, el autor hubiera intentado acometer la tarea de diseñar un modelo regulatorio propio o de valorar la adecuación del modelo vigente a dicho fundamento.

Desde mi punto de vista, en todo caso, la seguridad jurídica no puede ser aceptada como un fundamento de la prescripción de la pena o, cuando menos, no es el fundamento del vigente sistema español o sistemas similares: así, no puede sostenerse, por ejemplo, que exista una pretensión legítima del reo de que la pena no se ejecute transcurrido un determinado tiempo incluso en aquellos casos –no infrecuentes– en los que la imposibilidad de ejecución debe imputarse al propio sujeto. ¿Realmente puede afirmarse que un sujeto que ha huido a un lugar donde es imposible conseguir su extradición tiene el derecho a que el Estado prescinda del castigo cuando transcurra un determinado plazo? Por otra parte, si realmente la seguridad jurídica fuera el fundamento de la presente institución ¿cómo explicar entonces la previsión legal de factores que en nada contribuyen a dicha seguridad (por ejemplo: la posibilidad de interrumpir el cómputo y volver a empezar de cero)? o, más allá incluso, ¿cómo explicar la existencia de sanciones imprescriptibles?

A mi juicio, sólo la desaparición de la necesidad de sanción puede explicar una institución como la presente. Esta justificación impone al legislador la extinción de la responsabilidad criminal cuando ha transcurrido tanto tiempo entre el hecho punible y su efectivo castigo que el primero ha perdido su lesividad en la medida en que la colectividad lo percibe ya como un asunto del pasado. Y partiendo de esta base, que obliga a prever plazos de prescripción salvo en casos de delitos que por su gravedad se perciben como asuntos vigentes mientras el responsable permanezca vivo, en los casos más leves el legislador puede anticipar la fecha de extinción de la responsabilidad criminal

con la voluntad de aligerar las cargas de la Administración de Justicia, concentrando los esfuerzos en aquellos procedimientos en los que exista una mayor expectativa de cumplimiento final.

Esta explicación no se vincula estrictamente con la función de la pena o, como sostiene el autor, con su utilidad preventiva (p. 33) –un fundamento que exigiría, más bien, que la sanción se mantuviera a toda costa, por lo menos ateniendo a consideraciones de prevención general– sino por medio del principio de lesividad y, más en concreto, acudiendo a la idea de que *el Derecho penal sólo debe reaccionar ante hechos que se perciben como portadores de una lesividad todavía vigente*. En otras palabras: el Derecho penal no reacciona frente al pasado. Ello significa que el reo no tiene un derecho a la prescripción que derive de la garantía constitucional de seguridad jurídica, sino sólo que, una vez que el Estado ha renunciado al castigo –obligado o libremente cuando concurren determinadas circunstancias– el sujeto tiene derecho a que no se le cambien las condiciones *ex post*. En tal sentido, la garantía de una cierta seguridad jurídica es más una consecuencia que un fundamento de la previsión legal de la prescripción.

A continuación el trabajo pasa a analizar la concreta regulación de la materia, dedicando una especial atención a los pronunciamientos judiciales previos a la reforma y a cómo ésta deberá interpretarse. Así, por este orden, se exponen los plazos de prescripción de la pena (III) o el momento de inicio de su cómputo (IV) y se dedica una especial atención a las flamantes causas de suspensión introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 (V a VII), para cerrar el texto con un breve capítulo dedicado al tiempo de prescripción de la pena (VIII).

Más allá de la discrepancia expuesta en el fundamento de la prescripción, la gran mayoría de las interpretaciones que propone CARDENAL respecto de las cuestiones que la ley regula de manera poco clara deben considerarse perfectamente asumibles. En particular, su rechazo a la creación de causas supralegales de interrupción o suspensión del avance de la prescripción (pp. 51 y 162) y a posibles interpretaciones extensivas del art. 134.2 CP, según las cuales cualquier supuesto de no ejecución de la pena debería entenderse como un estado de suspensión (p. 91). También cabe considerar convincente su opción, en casos de quebrantamiento, por computar los plazos a partir de la pena que efectivamente el reo tiene pendiente de cumplir y no la impuesta en sentencia y ya parcialmente extinguida (p. 44).

Por el contrario, tal vez pueda achacarse al trabajo una cierta complacencia con el legislador al constatar que las causas de suspensión –especialmente en supuestos de solicitudes de amparo o indulto– no están, a su vez, acotadas temporalmente (p. 117). En tal sentido podía haberse intentado formular una propuesta de acotación temporal que, aun cuando no está expresamente prevista el ley, sería siempre favorable al reo y, por tanto, perfectamente legítima e incluso comprensible si se defiende, como es el caso del presente libro, que la seguridad jurídica es una de las razones de la institución estudiada.

La conclusión es que nos encontramos ante una obra imprescindible para conocer en profundidad cuál será la regulación de la prescripción de la pena tras la reforma de 2015, para conocer las razones de dicha reforma y para contar con criterios convincentes que permitan interpretarla.

Recensión a Beatriz ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El Consentimiento en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, (398 páginas).

Andrés E. Schlack

LL.M. (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)

El libro que ESCUDERO nos presenta constituye su tesis doctoral, defendida durante el curso 2009-2010 en la Universidad Complutense y dirigida por el Prof. GIMBERNAT ORDEIG, quien prologa la obra. El consentimiento en el Derecho Penal, objeto de la investigación, es ciertamente un tema de inmensa complejidad, que ha ocupado a generaciones de penalistas sin perder nunca vigencia, dando lugar hasta hoy a intensas discusiones, particularmente en lo que respecta a su naturaleza y ubicación sistemática.

El trabajo, tras una introducción, está dividido en dos partes. La primera está dedicada a las instituciones del consentimiento real y del consentimiento presunto y se divide en cinco capítulos. La segunda, distribuida en tres capítulos, se ocupa del novedoso tema del consentimiento hipotético de la víctima y su relación con la teoría de la imputación objetiva. Finalmente, las conclusiones de su investigación.

ESCUADERO se hace cargo competentemente a lo largo de su trabajo –además de la doctrina española– de la doctrina alemana, referente hoy como antes ineludible para hacer dogmática penal. Es un mérito de la obra el arduo trabajo de reconstrucción y sistematización que la autora hace en cada uno de los temas tratados de la gran diversidad de opiniones expresadas en la doctrina alemana desde el siglo XIX y hasta la actualidad en relación con el consentimiento, casi inabarcables.

En la primera parte, el capítulo primero está dividido en dos secciones, una dedicada a la historia del brocardo *volenti non fit iniuria* y otra que delimita el consentimiento respecto de las instituciones de la persecución a instancia de parte y el perdón del ofendido. El capítulo segundo se ocupa primeramente de distintas clasificaciones según las diversas funciones del consentimiento en los delitos y, en una segunda sección, del tratamiento del consentimiento en cuatro códigos penales europeos.

El capítulo tercero contiene un recuento y sistematización de la discusión sobre la función del consentimiento, en donde se distinguen dos grandes grupos de teorías. Primeramente se exponen las tesis dualistas, para las cuales el consentimiento actuará como causa de exclusión, unas veces de la tipicidad, y otras de la antijuricidad, dando lugar así, según la difundida nomenclatura de GEERDS, a las instituciones del acuerdo (*Einverständnis*) y del consentimiento (*Einwilligung*), respectivamente. Seguidamente, se exponen las llamadas tesis unitarias, que ubican al consentimiento como causa de exclusión solamente de la tipicidad. La autora se detiene especialmente en la teoría de ROXIN, probablemente el defensor más destacado actualmente de la tesis unitaria.

Al momento de tomar postura (pp. 134 ss.), ESCUDERO se centra en los motivos que la conducen a rechazar el modelo *roxiniano* y el concepto liberal de bien jurídico que entiende subyacente a éste,

decantándose por un esquema propio de fundamentación de la tesis unitaria, basado en el principio de intervención mínima (pp. 145 s.). En este punto la exposición es, a nuestro parecer, algo lacónica y hubiera sido deseable un mayor desarrollo de la cuestión de por qué sistemáticamente la irrelevancia para el Derecho Penal que, a juicio de la autora, va unida al consentimiento respecto de la afectación de bienes individuales tiene por consecuencia el decaimiento ya de la tipicidad de la conducta. La autora manifiesta que su propuesta es *de lege ferenda*, pero no se nos proporcionan mayores noticias de la necesidad, fisonomía y contenido de los cambios legislativos que juzga necesarios.

En el capítulo cuarto se abordan los requisitos para la eficacia del consentimiento, que se tratan en cinco secciones. En la primera de ellas, referida a la capacidad, la autora toma partido (p. 154), descontados los casos en que el Legislador ha exigido requisitos especiales, por el criterio de la capacidad natural, matizado por consideraciones de razonabilidad en el caso concreto.

En la sección segunda se tematizan los vicios del consentimiento. Luego de exponer las distintas opiniones vertidas en la doctrina alemana, ESCUDERO se manifiesta partidaria de considerar el consentimiento ineficaz cuando, de no mediar el vicio, el titular no hubiera prestado el consentimiento, sea que se trate de error, de un engaño o una coacción (p. 172). Para la relevancia del vicio, la autora exige un vínculo de naturaleza causal con el consentimiento (p. 173). Al margen de la cuestión de si en el plano psíquico puede hablarse propiamente de causalidad, respecto de las dificultades probatorias que pueden oponerse como objeción a la tesis sostenida, la autora las considera paralelas a aquellas que podrían suscitarse a partir de su aceptación del consentimiento hipotético (p. 177). Considera conveniente *de lege ferenda* la introducción de un tipo penal análogo a la estafa, pero de naturaleza no patrimonial, respecto de las disposiciones de bienes individuales personalísimos (v.gr. donaciones de órganos) obtenidos mediante engaño (p. 178).

En la sección tercera, dedicada al momento y a la causa, la autora se pronuncia a favor de la irrelevancia general del motivo inmoral o ilícito, con la sola restricción del consentimiento relativo a la integridad física, en la que, a la luz de la regulación alemana y española, la ilicitud del motivo sí desempeña a todas luces un papel.

En la cuarta sección se aborda el problema de la forma del consentimiento, en donde, tras exponer las distintas teorías formuladas en la doctrina, se adopta (pp. 192 ss.) la teoría minoritaria de la dirección de la voluntad (*Willensrichtungstheorie*). De este modo, lo relevante es solamente si la afectación del bien jurídico se conforma o no con la voluntad del afectado, independientemente de la exteriorización de dicha voluntad por éste. Se tematiza aquí nuevamente la posible objeción de la dificultad probatoria, remitiendo nuevamente la autora a las mayores dificultades que a este respecto se presentan con la aceptación del consentimiento hipotético (pp. 194 ss.).

En la quinta sección, por último, se trata la cuestión del objeto. La autora se detiene en la pregunta por la existencia de bienes jurídicos individuales considerados indisponibles, y da por evidente que la regulación legal en Alemania y España debe llevar a concluir *de lege lata* que la vida y la integridad corporal no están enteramente entregadas sin restricción alguna a la libre disponibilidad del titular (pp. 198 s.). La autora cuestiona que esto deba ser así y aboga por la impunidad de la cooperación ejecutiva al suicidio (pp. 200 ss.).

El quinto y último capítulo de la primera parte está dedicado a la institución del consentimiento presunto. Tras realizar algunas precisiones terminológicas y haber delimitado los contornos de la figura frente otros supuestos, la autora intenta dilucidar la debatida cuestión de la naturaleza de esta institución, pues, si bien reina un cierto consenso en atribuirle el carácter de una causa de justificación, no existe acuerdo sobre qué tipo de justificante sea. ESCUDERO rechaza la concepción del consentimiento presunto como una ponderación meramente objetiva de bienes jurídicos –a modo de una especie de subcategoría del estado de necesidad– y se decanta por la solución que ve en esta institución una suerte de ficción normativizada del consentimiento real (pp. 222 ss.). La concepción sostenida por la autora nos parece defendible y es probablemente más coherente con el consenso existente respecto de la exclusión del consentimiento presunto cuando la voluntad contraria del titular sea conocida, aun cuando sea irracional; además, permite incluir indubitadamente en la figura determinadas actuaciones del tercero en beneficio propio o de otro, lo que parece razonable.

La segunda parte del trabajo es sin duda la de mayor novedad, por cuanto se ocupa, según se adelantó, del polémico consentimiento hipotético, creación jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán (BGH). Intensamente discutida en los últimos años en Alemania, la figura ha recibido escasa atención en la doctrina hispanohablante, por lo que valoramos positivamente el extenso tratamiento que la autora le dedica. La aplicación que el BGH le da se refiere a casos de intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento informado del paciente, en los cuales el tribunal ha negado la responsabilidad penal del médico por el delito de lesiones si se comprobara que el paciente, de haber sido debidamente informado previamente, habría consentido en la intervención.

Luego de un primer capítulo introductorio con un recuento de la evolución en la doctrina del tratamiento de las conductas alternativas conformes a Derecho en el marco de la teoría de la imputación objetiva, la autora dedica el segundo capítulo a la naturaleza y fundamentación de la figura. Examinadas las sentencias más relevantes del BGH que han acogido el consentimiento hipotético, la autora rechaza la ubicación sistemática como causa de justificación que alguna jurisprudencia del BGH le ha asignado a la figura. Se examinan asimismo algunos de los modelos de fundamentación esgrimidos por los partidarios del consentimiento hipotético en la doctrina, especialmente el desarrollado por KUHLEN, quien, transportando los criterios de la imputación objetiva al plano de la antijuricidad, ve en el consentimiento hipotético un caso de ausencia del nexo específico de riesgo (pp. 289 ss.).

Finalmente, el tercer capítulo de la segunda parte trata el problema más general de las conductas alternativas conforme a derecho en las causas de justificación y del traslado a la antijuricidad de la imputación objetiva, intentando la autora disipar las dudas que dicha extensión genera. Pese a ello, debemos confesar nuestro escepticismo acerca de la posibilidad de que la imputación objetiva pueda cumplir una función fuera del ámbito de la tipicidad y, en general, de la conveniencia del expansionismo de dicha teoría, panacea con la que en los últimos años se pretende dar solución a todos los problemas del Derecho Penal.

La autora, acogiendo la figura del consentimiento hipotético en el capítulo segundo, se aboca extensamente (pp. 291 ss.) a intentar refutar las objeciones tradicionales que se le han opuesto por la doctrina dominante en Alemania. Pese a que se trata de un esfuerzo sistemático y razonado, no creemos que la autora tenga éxito en disipar las reticencias que el consentimiento hipotético genera¹.

Contra la objeción relativa a que la aceptación tornaría superfluo el consentimiento presunto, consideramos que no basta señalar que se trata de instituciones distintas con supuestos de aplicación diversos: los estrictos requisitos del consentimiento presunto perderían su sentido si, al no concurrir uno de ellos, pudiera *a posteriori* considerarse la existencia de un consentimiento hipotético excluyente de la responsabilidad penal (p. 296). La prevención de KUHLEN, y que la autora hace suya (p. 295), de dejar subsistente una posible sanción a título de tentativa ha sido puesta en duda de modo convincente por los críticos del consentimiento hipotético².

A diferencia de la autora, consideramos decisiva la objeción de PUPPE (pp. 298 ss.) relativa a la imposibilidad de determinar *ex post* el consentimiento hipotético de la víctima: no se trata de un problema de mera dificultad probatoria, sino de que en el ámbito de decisiones humanas libres carecemos por completo de leyes naturales que nos indiquen cómo alguien hubiera decidido en circunstancias diversas de la realidad, por lo que se trata de una pregunta que carece de sentido por no existir a ella ninguna respuesta verdadera. La referencia de ESCUDERO a “máximas de la experiencia” o “probabilidades estadísticas empíricas” (p. 309) no se condice con la concepción que la jurisprudencia alemana y todos sus partidarios tienen del consentimiento hipotético como la determinación de lo que el sujeto *concreto* hubiera decidido, de tal modo que se reemplaza a éste por un ficticio “hombre medio razonable”, en circunstancias que las personas toman decisiones movidas por el sentimiento o incluso por la irracionalidad, lo que pertenece a su ámbito de autonomía garantizado constitucionalmente. Dicha imposibilidad alcanza al mismo sujeto involucrado, por lo que no convence la sugerencia de ROXIN y que la autora comparte (p. 310) de preguntar *a posteriori* a la víctima, amén de los problemas prácticos que ello generaría (no solamente el peligro de poner la punibilidad en manos de la víctima o de “venta del consentimiento”, que la autora considera conjurado por el juicio de admisibilidad del juez, sino además, por ejemplo, la imposibilidad de recabar dicha declaración en el caso de pacientes comatosos). No modifica dicho panorama la aceptación de supuestos hipotéticos en otros ámbitos del Derecho Penal, pues –además de no ser de recibo en general que el consentimiento hipotético pueda analogarse sin más a dichos supuestos– en el caso específico de la conducta alternativa conforme a derecho se trata exclusivamente del reemplazo de la conducta del *agente*, debiendo en cambio valorarse la de la víctima tal como ésta tuvo lugar.

Asimismo, es altamente dudosa la deseabilidad político-criminal de considerar el consentimiento hipotético también en supuestos de engaño, supuesto aceptado en la jurisprudencia del BGH y que la autora también acoge (p. 338).

¹ Para detalles y referencias sobre dichas objeciones, vid. SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho Penal alemán», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (19-2), 2012, pp. 275 ss.

² *Id.* p. 288.

Con todo, debe consignarse que la aceptación de la autora del consentimiento hipotético es considerablemente más restrictiva que en el caso de la generalidad de sus partidarios, limitando su aplicación a aquellos casos en que se exigen requisitos más elevados para el consentimiento, excluyéndolo de las intervenciones curativas y para aquellas indicadas médicamente y realizadas *lege artis* (p. 372).

Las críticas formuladas no restan mérito a una obra que aborda de manera documentada y con claridad sistemática, siempre respetuosa de las opiniones divergentes, un tema nada sencillo y evidentemente necesitado de un estudio profundo. Esperamos especialmente que el tratamiento del consentimiento hipotético dé lugar en la doctrina hispanoparlante a una discusión muy postergada.

Recensión a Tatjana HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2013, (80 páginas).

Gabriel Pérez Barberá

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

HÖRNLE parte de la premisa de que un reproche de culpabilidad está especialmente necesitado de justificación. Porque no se trata de un mero reproche ético, sino de un juicio de valor negativo efectuado por el Estado en contra de un ciudadano. Implica por lo tanto –ya como mero reproche– una afectación al derecho fundamental que en Alemania es conocido como derecho general a la personalidad, o al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.I de la Constitución alemana). El reproche clásico de culpabilidad, entendido como “haber podido actuar de otro modo”, o “haber podido decidir de otro modo”, requiere por tanto una muy prolija justificación normativa. Pero –afirma HÖRNLE– para ser legítimo debe, ante todo, basarse en una descripción acertada de la situación que tiene lugar al momento del hecho (p. 13). Por eso sostiene esta autora que, antes de considerarse los aspectos normativos del problema, resulta imprescindible tomar en cuenta aquello que hoy, desde las ciencias empíricas, se afirma respecto de su dimensión fáctica o descriptiva.

HÖRNLE repasa, entonces, el estado actual de esa discusión empírica, librada en especial en el ámbito de las neurociencias, en la que identifica tres conjuntos de tesis (pp. 15 y ss.). Según el más importante de ellos a los fines de la discusión que aquí interesa, se afirma que, muy probablemente, es desacertada la idea según la cual las tomas de decisión son siempre o por lo menos en gran medida conscientes y producto de una también consciente y exhaustiva ponderación de razones. Y esto pondría en serias dudas la hipótesis de que, al momento de tomar una decisión, una persona cuenta realmente con alternativas, y que por lo tanto puede “actuar de otro modo”.

En cuanto al problema normativo, lo primero que HÖRNLE se pregunta es si, de aquellos resultados empíricos, cabe derivar la tesis de que categorías normativas fundamentales –como “libertad”, “responsabilidad” y “culpabilidad”– son en verdad un sinsentido. HÖRNLE critica a algunos científicos empíricos que, a partir de tales hallazgos, efectúan conclusiones valorativas (p. 23). Pero si esa crítica fuese correcta, no estaría muy en claro por qué la discusión actual en neurociencias es tan decisiva para el derecho penal o para la filosofía moral, que es algo que HÖRNLE también afirma. Aquella importancia se explica, supongo, por el hecho de que “debe” implica “puede”. ¿Por qué, entonces, no ha de poder impugnarse desde una disciplina empírica la viabilidad de una afirmación normativa, si está claro que esta última presupone una afirmación fáctica y ésta, precisamente desde esa disciplina empírica, resulta improbable? Si ello es así, entonces la *inviabilidad* de la afirmación normativa puede ser predicada por *cualquiera* y con apoyo exclusivo en ese dato obtenido en el plano fáctico. Si –como HÖRNLE– se plantea no obstante como necesario un argumento genuinamente normativo para *deslegitimar* el reproche de culpabilidad (que es algo diferente a negar su viabilidad o posibilidad fáctica), es porque, en verdad, implícitamente se está asumiendo que él, empíricamente, no es cuestionable al menos en lo esencial. Pero esto, en el caso de HÖRNLE, colisiona con su empatía hacia las conclusiones escépticas, provenientes de las

neurociencias, respecto precisamente de que el presupuesto biológico del reproche de culpabilidad sea empíricamente constatable.

Supongamos no obstante, y por mera hipótesis, que el paso que da HÖRNLE del análisis de la viabilidad fáctica del “poder actuar de otro modo” al análisis de la legitimidad del “debiste actuar de otro modo” está bien dado, es decir: que la autora puede, sin fisuras internas de argumentación, plantear: ya que podías, veamos ahora si debías (está claro que, si bien “debe” implica “puede”, de “puede” no se sigue “debe”). ¿Cuál es el argumento normativo al que acude HÖRNLE para decir que no es legítimo un reproche como el de culpabilidad? Su posición es que un reproche de esa clase, en la medida en que implica entrometerse con el “mundo interno del autor” (pp. 58 y s.), sería contraliberal, una especie de rémora del reproche moral en términos de pecado que, genealógicamente, tendría su fuente en el proceso de cristianización en la visión del mundo, impropio por lo tanto para un Estado de derecho secular. Ese argumento, sin embargo, tampoco convence. ¿Es acaso forzoso entender a la culpabilidad como un reproche al “mundo interno” del autor, como una crítica a su “fracaso personal” en su autocontrol, tal como HÖRNLE cree? (pp. 51, 57 y ss.). A mi juicio, claramente *no*. Así como en el plano del ilícito de lo que se trata es de determinar si el autor sabía o tenía que saber lo que *hacía*, en el plano de la culpabilidad de lo que se trata es de determinar si el autor sabía o tenía que saber lo que *debía*. Y para ello no es necesario –de ninguna manera– indagar más en su “mundo interior” que lo que se indaga para averiguar si actuó con dolo o imprudencia (indagación –esta última– respecto de la cual HÖRNLE no emite ninguna clase de objeción). Como sea, adelanta la autora que nada de esto es en rigor tan dramático, porque para fundamentar la pena no es necesario efectuar un reproche de culpabilidad, sino que basta el reproche de ilícito (p. 29). Ahora bien: ¿qué significa “ilícito” en el marco de la propuesta de HÖRNLE?

Por lo pronto parece claro que, con su concepción, la profesora de Berlín se une, aunque a partir de una estrategia inversa, a los autores que niegan la relevancia de la distinción entre ilícito y culpabilidad (como JAKOBS y PAWLIK, entre otros; HÖRNLE, por lo demás, reconoce esto expresamente: p. 55, nota a pie 131). Estos últimos autores, ciertamente, niegan la relevancia de esa distinción, considerándola incluso incorrecta. Pero ello no implica que consideren materialmente superflua a la clase de atribución de responsabilidad que la teoría tradicional construye en el marco categorial del ilícito. Simplemente afirman que, a esas exigencias tradicionales (las propias de la imputación objetiva y subjetiva, para decirlo resumidamente) deben agregarse las de la culpabilidad para que se pueda decir que hay *ilícito*. ¿Sostiene HÖRNLE, en el fondo, algo idéntico, haciéndole decir al ilícito *también* lo que tradicionalmente se le hacía decir a la culpabilidad? ¿O realmente afirma que la imposición de pena es legítima aun sin que ella presuponga, bajo el ropaje que sea, lo que materialmente equivale al tradicional reproche de culpabilidad? Volveré a este interrogante enseguida.

Tras mostrar las diferentes estrategias a través de las cuales la dogmática penal ha evadido lo que la autora considera un desafío de las ciencias empíricas en este contexto (pp. 31-48), HÖRNLE efectivamente afirma, sin rodeos, que el criterio decisivo para afirmar la responsabilidad penal es que el hecho pueda serle imputable al autor tanto objetiva como subjetivamente. En eso consiste el “reproche de ilícito” (*Unrechtsvorwurf*), y él es *suficiente* para justificar la pena (p. 49). Ahora bien,

si ello es así, resulta imprescindible –sostiene HÖRNLE– mostrar por qué *ese* reproche –al contrario del de culpabilidad– *sí* es legítimo. La autora tiene en claro que, para ello, no bastan razones que muestren la utilidad, funcionalidad o incluso inevitabilidad –en el sentido de STRAWSON– de una práctica social como la atribución de responsabilidad en términos de ilícito, pues ello no pasaría de ser una descripción y no sería por tanto una justificación, que es lo que importa cuando se abordan problemas de legitimidad (pp. 50 y s.). Recuérdese que, mediante un paso argumental cercano a la falacia naturalista, para HÖRNLE el reproche de culpabilidad es *ilegítimo* (y no simplemente *inviable* o *imposible*) por no ser factible probar que es posible actuar de otro modo al momento de decidir.

Para fundar la legitimidad del reproche de ilícito HÖRNLE se ve obligada, entonces, no sólo a darle a ese reproche un contenido conceptual genuinamente diferente al del reproche de culpabilidad, sino a independizarlo, en su fundamentación, de toda necesidad de tener que probar que el autor, al momento del hecho, podría haber actuado de una manera diferente. Pues de lo contrario al reproche de ilícito le cabrían las mismas objeciones que al de culpabilidad (p. 50). HÖRNLE propone, por tanto, salir de la lógica tradicional de la posibilidad de control por parte del propio agente, en la que, desde una perspectiva de tercera persona, desde afuera de él y desde una posición de jerarquía y omnisciencia, como la de Dios con el pecador, se establece si desobedeció un mandato y si fue libre al momento de actuar. A juicio de HÖRNLE –y en esto sigue a DARWALL– la perspectiva que vale para un derecho penal secular no es esa, sino la de la *segunda persona* (pp. 52 y ss.). De acuerdo con ésta, las contrapartes discursivas en la situación comunicativa que se configura a partir de la comisión de un ilícito son, en un plano de igualdad, el autor y la víctima, y el reproche (de ilícito) que ésta le dirige a aquel es básicamente el siguiente: “has afectado mi espacio de libertad y ello me ha generado un daño especialmente importante”. Según HÖRNLE, la perspectiva de la segunda persona es lo que tornaría innecesaria la pregunta acerca del haber podido actuar de otro modo, y por tanto lo que daría legitimidad al reproche de ilícito sin tener que responderla.

Ello sería así para HÖRNLE porque, según su parecer, desde la perspectiva de la segunda persona no sería necesario inmiscuirse en la biografía del delincuente para que el reproche penal esté legitimado: si la víctima recibe un golpe violento de parte del autor, que le provoca una lesión grave, a aquélla no le interesará en lo más mínimo si esa conducta que la dañó se explica por difíciles situaciones de socialización que el agresor sufrió durante su infancia (p. 64). Y de hecho nada de eso importa para atribuirle responsabilidad *por ese hecho*. Pero lo que esta reflexión, a mi modo de ver y como ya dije, no advierte, es que identificar a la culpabilidad con eso no es necesario (ni correcto, en rigor), y que determinadas exigencias –usualmente inferidas del concepto de culpabilidad, y no del de ilícito– no son renunciables si lo que se pretende es que la imposición de pena sea legítima.

Por otra parte, no se entiende bien por qué, *en derecho penal*, la perspectiva desde la que se efectúa el reproche (el de ilícito o el de culpabilidad) es, o tiene que ser, la de la segunda persona. Precisamente: ¿Se pretende con esto describir o legitimar (justificar) ese reproche? Como descripción, ello no calza bien con el elemento autoritativo que caracteriza fácticamente a la pena –y con ella al reproche– estatal, que se condice más bien con una perspectiva ciertamente jerárquica y de tercera persona. Dicho de otro modo: afirmar que en derecho penal *se reprocha* desde una perspectiva de segunda persona es simplemente falso; y sostener que allí *debe reprocharse* desde una

perspectiva de segunda persona es nada más que una afirmación necesitada a su vez de justificación (que HÖRNLE no proporciona). Por lo demás, aun si se admitiera que en derecho penal el reproche debe efectuarse desde una perspectiva de segunda persona, lo cierto es que habría que asumir también que aquel que, desde el lugar de víctima, reprocha al delincuente su acto sólo en términos de imputación objetiva y subjetiva y en un diálogo *de tú a tú*, presume que está ante un sujeto responsable y por eso reprochable, y no frente a mera naturaleza (para decirlo con JAKOBS o con KELSEN) con la cual nos limitamos a actuar tácticamente (para decirlo con STRAWSON). Ese hablante que reprocha penalmente presupone, pues, que su reproche es comprendido como tal por quien es reprochado, y que por tanto su acto de habla es un reproche por una razón independiente del mero hecho de que sea él, desde su lugar de segunda persona, quien lo emite.

Es decir: también la legitimidad del reproche de ilícito depende de que se pueda afirmar que el autor pudo actuar no *de cualquier otro modo* (esto, en verdad, no le interesa al derecho penal), sino de conformidad con el derecho, y en particular con el derecho penal. Y para ello, sí, será necesario poder decir que el autor fue “libre” al decidir. Pero esto no exige una demostración de “la libertad de la voluntad”, sino tan sólo una prueba de que ese sujeto concreto en esa situación de hecho no actuó coaccionado o instrumentalizado por otro, ni fue víctima de una fuerza irresistible exógena a él ni de una enfermedad mental de gravedad. Todo esto, es cierto, es lo que tradicionalmente se exige desde la categoría de la culpabilidad. Pero no podría dejar de requerirse si se la eliminara como categoría sistemática y quedara el ilícito como única fuente del reproche jurídico-penal.

HÖRNLE dice que, en rigor, la cuestión de la perspectiva de la segunda persona es nada más que el trasfondo teórico de las condiciones que legitiman el reproche de ilícito (p. 52), y que esas condiciones son las siguientes: en primer lugar, que el reproche derive de normas de conducta fundadas o razonables; y en segundo lugar, que a quien se le efectúa el reproche sea realmente aquel que vulneró una de esas normas (pp. 51 y ss.). Pero estos son, como se ve, requisitos meramente formales que desplazan la cuestión de la legitimidad del reproche que efectúa el juez a la constatación de que actúen correctamente otros estamentos estatales, como el legislador en el dictado de normas razonables o el ministerio público en la identificación acertada del autor del hecho. Sin embargo, ninguna de esas condiciones nos dice nada acerca de la legitimidad *sustantiva* del reproche jurídico-penal. Básicamente: ¿por qué *está bien* que el Estado imponga una pena a aquel que sabemos con seguridad que vulneró una norma de conducta razonable?

Yo creo que la respuesta sigue siendo: porque ese agente sabía lo que hacía, o debía saberlo, y sabía lo que debía, o debía saberlo. Si alguna de estas dos condiciones falta, la pena será ilegítima, porque se estará frente a una persona a la que, por diferentes razones, la norma no podía motivar, que es su finalidad principal (y que HÖRNLE no pone en cuestión). Y esto, claramente, implica considerar materialmente necesario para la legitimidad de la pena a ambos niveles de conocimiento o de exigencia de conocimiento: el de lo fáctico y el de lo normativo. Ambas exigencias podrán luego distribuirse, sistemáticamente, en diferentes planos de reproche (de ilícito y de culpabilidad), o no, y en este último caso habrá que erigir una particular clase de reproche que englobe a ambas. No tendré objeciones sustantivas –aunque sí sistemáticas– para propuestas de esta última clase (como las mencionadas de JAKOBS y PAWLK). Pero sí para con aquellas que realmente sostengan que una

de esas exigencias no es indispensable. Veamos qué dice HÖRNLE, concretamente, respecto a este punto crucial.

Respecto de las exigencias que hacen a la denominada capacidad de culpabilidad, HÖRNLE afirma que éstas no son particularidades que caractericen el reproche jurídico-penal en cuanto a su contenido, sino que son sus condiciones o presupuestos (biológicos), y que por tanto deben ser constatados –como también lo propuso alguna vez JAKOBS– en forma previa incluso al abordaje de la cuestión de la imputación objetiva y subjetiva (pp. 70 y ss.). Por su parte, en lo que atañe a las causas de exclusión de la culpabilidad como, en especial, el estado de necesidad disculpante, HÖRNLE considera que tales situaciones deben ser consideradas como un impedimento para la *formulación* de un reproche de ilícito por parte del Estado, aun cuando el hecho del autor *sea* ilícito (pp. 74 y s.). En términos sistemáticos todo esto puede resultar plausible, o no (la solución que propone la autora para los casos de estado de necesidad disculpante me parece particularmente insatisfactoria, incluso desde lo conceptual). Lo que importa, no obstante, es que queda claro que HÖRNLE, con su propuesta, *no* está diciendo que estas situaciones carezcan de relevancia material y que por tanto, de darse, no tendrían efectos excluyentes para el reproche de ilícito. Sustantivamente, por tanto, no hay en este aspecto una diferencia de peso entre su punto de vista y el de la teoría dominante. ¿Pero sucede lo mismo con la posibilidad de motivación? ¿Qué lugar ocupa en la propuesta de HÖRNLE el problema del error de prohibición?

Sobre ese punto –absolutamente dirimente a mi juicio para poder enjuiciar la plausibilidad de la propuesta de HÖRNLE–, la autora no nos ofrece prácticamente nada. Apenas una línea en la p. 72 en la que incluye al § 17 del CP alemán entre aquellas normas de ese ordenamiento cuya redacción, a su juicio, habría que modificar para que ya la palabra “culpabilidad” no quede allí siquiera mencionada. En ese renglón da por supuesto que no debería ser punible quien actúa en error de prohibición inevitable, pero no ofrece al respecto ninguna fundamentación. Se supone que, en aras de la coherencia dogmática, HÖRNLE debería asumir la teoría del dolo en este contexto, y por tanto también un concepto de dolo en términos de *dolus malus*. Pero a todo esto debe inferirlo el lector. Tampoco dice nada acerca de cómo tratar al error de prohibición evitable, lo cual es especialmente importante si se asume la teoría del dolo. Todas estas son consecuencias dogmáticas demasiado relevantes –y en absoluto libres de objeciones sistemáticas y sustantivas– como para no dedicarles *ninguna* atención.

Con todo, lo que parece quedar claro es que HÖRNLE concede al error de prohibición inevitable un efecto excluyente de la punibilidad. Y si eso es así, la conclusión parece obvia: su propuesta no trae aparejado ningún cambio sustantivo de relevancia. Podría decirse entonces, respecto de ella, lo ya anunciado más arriba: lo que tradicionalmente se le hace decir a la culpabilidad, HÖRNLE se lo hace decir al ilícito, que dirá además todo lo que tradicionalmente ya se le hacía decir a él. Esto torna inocua, en consecuencias, a su teoría, pero también deja al descubierto “el punto” que tiene HÖRNLE, y lo que hace que, a mi modo de ver, este sea un libro valioso: si en definitiva todo se puede decir desde el ilícito, ¿para qué conservar entonces la categoría de la culpabilidad? Ella, por lo pronto, se estaría revelando quizás no como ilegítima, pero sí como superflua.

El problema es que HÖRNLE quiere desembarazarse de la culpabilidad porque considera que un reproche jurídico-penal puede ser legítimo aun cuando no se indague acerca de si, al momento del hecho, era posible para el autor “actuar de otro modo” (en rigor: actuar de conformidad con el derecho, y con el derecho penal). Y *esto* –conforme a lo argumentado más arriba– es lo que no puede dejar de exigirse como fundamento del reproche que legitime la pena, se lo quiera considerar un reproche de ilícito o de culpabilidad. Aquí queda claro, me parece, cuál es la principal debilidad de la tesis de HÖRNLE. Pero a la vez aparece, con ello, su fortaleza principal, en tanto eso mismo nos obliga a pensar por qué esa exigencia relativa a la posibilidad de motivación conforme a la norma tiene que continuar efectuándose desde una categoría independiente de la del ilícito, es decir: por qué sería correcto conservar la categoría de la culpabilidad. Y ello importa, a la vez, una invitación nueva y desde un lugar inesperado a continuar reflexionando acerca de si, conceptualmente (esto es, con independencia de las ventajas o desventajas sistemáticas), es correcto continuar distinguiendo entre ilícito y culpabilidad.

En este lugar sólo puedo dar, al respecto, una opinión muy provisional, y que desde luego sólo puedo enunciar, no fundar. Pienso que el interrogante clave aquí es qué es lo que hace que un reproche jurídico sea un reproche *penal*, en el sentido de *específicamente penal*. Y tiendo a pensar que sólo la categoría de la culpabilidad puede ofrecer esa especificidad. El actuar culpablemente es lo que nos hace jurídico-*penalmente* responsables. Un comportamiento ilícito, en cambio, lo es porque así lo determina *todo* el orden jurídico. En esa medida, estaría claro que la cuestión relativa al “saber lo que se hace” es algo que interesa a todo el derecho (incluido el penal, pero no sólo él), mientras que el “saber qué se debe” es algo que interesa sólo al ámbito jurídico que establece ese deber. Allí habría, pues, una razón conceptual para justificar –si se trata de derecho penal– la distinción entre ilícito y culpabilidad. Claro que, si esto es correcto, deberían ser revisadas algunas conclusiones dogmáticas propias del ámbito tradicional de la culpabilidad, incluso muy asentadas, como por ejemplo la que afirma que el conocimiento de la antijuridicidad no exige un conocimiento de la prohibición *penal*.

Pero no puedo detenerme sobre eso aquí, ni tampoco sobre muchas otras cuestiones –tanto conceptuales como sistemáticas– que quedan abiertas con la tesis de esta autora. Basta con decir, para finalizar, que la propuesta de HÖRNLE, aunque merezca objeciones en su planteo central, es no obstante lo suficientemente inquietante como para despertar interrogantes que pueden enriquecer la discusión dogmática actual, y que en ello reside su valor. Creo pues, sinceramente, que ha logrado un libro estimulante como pocos en una etapa de la dogmática del hecho punible en la que, lentamente, la discusión acerca de la corrección de sus propias categorías vuelve a ocupar un lugar importante.

Recensión a Scott J. SHAPIRO, *Legalidad*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid, 2014, (513 páginas).

Gustavo A. Beade

Universidad de Buenos Aires/Universidad de Palermo

En este espacio me propongo contarle a los lectores de esta revista, en su mayoría, teóricos penales e interesados en la dogmática penal, qué pueden encontrar de interesante en un libro sobre teoría general del derecho o mejor dicho, por qué deberían leer *Legalidad*, el último libro de Scott SHAPIRO publicado por Marcial Pons y traducido, magníficamente, por Diego PAPAYANNIS y Lorena RAMÍREZ LUDUEÑA.

Con *Legalidad*, SHAPIRO ha conseguido volver a discutir, de un modo muy original y accesible, problemas relacionados con la forma en la que entendemos y aplicamos el derecho. También, nos invita a descubrir los presupuestos con los que trabajamos y la manera en la que interpretamos la ley. Pero, fundamentalmente, nos obliga a pensar qué es el derecho para nosotros y qué concepción sostenemos en nuestra labor diaria como profesores, juristas o profesionales. La versión original de este trabajo ha sido reseñada y discutida en diferentes e importantes revistas de derecho y filosofía y se ha convertido en un libro influyente dentro de la filosofía del derecho. El libro es el intento más moderno y reconocido para repensar los problemas nucleares del derecho en general. Además, SHAPIRO presenta la defensa más original del positivismo jurídico de los últimos años. Algún amigo, filósofo del derecho, me ha dicho que un penalista no va a encontrar nada interesante en este libro. Sin embargo, creo que está equivocado y que el libro tiene una particular importancia para aquellos no interesados en la teoría general del derecho o la filosofía del derecho. En esta breve recensión presento el argumento central del libro para invitar a penalistas e interesados en general a leerlo. Vayamos concretamente al contenido del libro. Voy a comenzar con algunos comentarios generales, para luego puntualizar algunos aspectos que me parecen importantes para entender el argumento que hace SHAPIRO en su trabajo.

Para quienes están interesados en la teoría general del derecho, SHAPIRO los va a actualizar en las discusiones relevantes sobre la materia. Reconstruye, de un modo sencillo, algunas ideas que son centrales para entender los debates entre los filósofos del derecho. Así, las tesis de John AUSTIN, Hans Kelsen (cap. III), H.L.A. HART (cap. IV), Joseph RAZ y Ronald DWORKIN (cap. IX) son presentadas y criticadas de un modo profundo que, además, le permite al lector entender los problemas que plantean estos autores y las objeciones que presenta SHAPIRO. Pero además, SHAPIRO presenta su propia teoría del derecho, que tiene su origen en los principios del positivismo jurídico y que se relaciona con los planes que hacemos. Vuelvo sobre la Teoría de los Planes de SHAPIRO más adelante.

Para quienes no estén interesados en estas discusiones, el libro es muy importante, porque permite al lector, poco avezado en estos temas, acercarse a problemas y discusiones que son sobreentendidas (o mal entendidas), por momentos, en algunas áreas del derecho. El comienzo del libro de SHAPIRO es muy importante para eso. En los primeros dos capítulos, SHAPIRO presenta diferentes concepciones del derecho y, a la vez, nos da razones para entender su importancia.

SHAPIRO tiene como objetivo responder a la pregunta que se formula, a menudo, quien desconfía de la utilidad de la filosofía del derecho. De este modo, quien escribe o trabaja con problemas del derecho penal podría preguntarse sobre el vínculo entre la naturaleza del derecho y la práctica del derecho. Su pregunta podría ser ¿cuál es la importancia de la teoría del derecho? Según SHAPIRO, es imposible abordar muchas de las cuestiones prácticas que afectan a los juristas sin tratar los problemas analíticos de los que se han ocupado –y se ocupan– los filósofos del derecho. Entre estas cuestiones están, la autoridad jurídica para regular las distintas conductas, esto es, quién puede hacerlo y quién no, y el modo en que vamos a interpretar los textos jurídicos. SHAPIRO se propone mostrar que la respuesta acerca de cuál es el derecho en un caso concreto depende de la respuesta de qué es el derecho en general (p. 53). Me parece que tener en claro cuál es la naturaleza del derecho, en general, nos brinda la posibilidad de resolver una serie de desacuerdos que los juristas, a veces, pasan por alto. A menudo, creo que los dogmáticos penales tienden a afirmar que si el derecho fue creado por alguien con autoridad y que uno está interpretando los textos jurídicos como corresponde es suficiente para mostrar las características particulares que tiene el derecho. Es necesario, dice SHAPIRO, demostrar que la adscripción de autoridad jurídica a esa persona y la interpretación de sus textos de acuerdo con ella están justificados (p. 58). De este modo, comprender la naturaleza del derecho equivale a descubrir los principios que estructuran nuestro mundo social y, como hemos visto, estos principios tienen implicancias profundas respecto de cómo debemos desenvolvemos en la práctica jurídica (p. 61).

Quienes trabajamos con el derecho, debemos tener en claro y justificar por qué entendemos que el derecho y la moral deben (o pueden) estar vinculados o, en cambio, son conceptos diferentes que no tienen una relación estrecha. Es decir, tenemos que saber si defendemos una tesis positivista o una tesis no positivista en la interpretación de la ley. Debemos estar en condiciones de afirmar si las reglas son órdenes emitidas por un soberano respaldados por la amenaza de sufrir un mal como dice John Austin y, por otra parte, tener en claro a quiénes están dirigidas estas órdenes: ¿a los jueces? ¿A los ciudadanos? Deberíamos, tal vez, seguir la tesis de H. L. A. HART y preguntarnos si es necesario construir una regla de reconocimiento que esté dirigida a los funcionarios y que los ciudadanos comunes puedan seguirla para determinar cuál es el derecho en su comunidad. Según SHAPIRO, HART muestra mejor que AUSTIN el problema cuando comienza su construcción teórica apelando a las reglas sociales. Dice SHAPIRO: “De acuerdo con esta concepción, el germen de la juridicidad está en el compromiso del grupo con un estándar de conducta que todos han de observar. El derecho llega a existir siempre que las reglas sociales en cuestión hagan referencia a otras reglas. A partir de esta idea sencilla pueden comprenderse los conceptos que son distintivamente jurídicos” (p. 132).

SHAPIRO intenta mostrar que las reglas confieren potestades como instrumentos destinados a ser utilizados voluntariamente por quienes tienen la potestad de hacerlo. Es decir, se dirigen a quienes dan la potestad y no a quienes están sujetos al ejercicio de ella. Se trata de brindar a las personas la capacidad de concretar los deseos que tienen y actuar conforme a ellos. Entonces, las reglas son herramientas que permiten a los miembros de la comunidad realizar planes y proyectos. Esta idea contradice bastante la limitada visión que sostiene que el derecho es, simplemente, una expresión de deseos respaldados por amenazas de sanción con la que tradicionalmente nos formamos cuando estudiamos teoría y filosofía del derecho.

Sin embargo, SHAPIRO reconoce en la crítica de los practicantes del derecho algo evidente: los filósofos del derecho se han alejado demasiado de la actividad cotidiana de jueces y abogados. Las teorías de los filósofos del derecho no parecen reflejar la actividad de las instituciones jurídicas reales. La tesis que presenta SHAPIRO (en el capítulo V) intenta reconducir esa crítica hacia algo más concreto como los planes que hacemos todo el tiempo. Esta estrategia supone apartarse de la idea del positivismo jurídico de HART, en el que para identificar las reglas jurídicas válidas es necesario conocer qué piensan, pretenden o afirman los funcionarios públicos. Para positivistas como HART, el derecho sólo es lo que ciertas personas piensan, pretenden, afirman y “hacen por aquí”. Según SHAPIRO, es posible descubrir normas mediante la observación social –no moral– a través de los *planes*. Según su tesis, “las condiciones de existencia del derecho son las mismas que las de los planes, porque las reglas fundamentales de los sistemas jurídicos *son* planes”. La función de estas reglas es estructurar la actividad jurídica para que los participantes podamos trabajar juntos, lograr bienes y alcanzar valores que, difícilmente, pudieran ser alcanzados de otro modo. SHAPIRO afirma que podemos determinar la existencia de la autoridad jurídica sólo sociológicamente. De este modo, el poder jurídico de un órgano se obtiene si los funcionarios relevantes del sistema aceptan un plan que autoriza a ese órgano y, además, requiere tenerle deferencia. Como vemos, esta respuesta es tributaria de una tradición positivista y, por lo tanto, no se refiere a su legitimidad moral.

Durante todo el capítulo, SHAPIRO ilumina su teoría mediante ejemplos de planes que todos podemos entender: planes de cocinar juntos que, progresivamente, se transforman en planes de constituir una empresa que comercialice alimentos y, a partir de allí, todos los problemas que surgen para construir cada uno de los planes subsiguientes. De este modo, desde ponernos de acuerdo en qué cocinar, dónde comprar los ingredientes de la comida y en qué lugar realizaremos el encuentro. Todas estas son circunstancias que los grupos deben ir decidiendo y resolviendo a medida que se les presentan. La idea es que hacemos planes para guiar nuestra conducta. Así, construir planes es un proceso de tres etapas y quien aplica el plan debe determinar: a) el contenido del plan; b) el contexto de aplicación; c) cómo se logra la conformidad con el plan en ese contexto. Así, quien planifica puede descubrir que el plan no es aplicable a la situación en concreto (e. g. quiero cocinar un plato determinado pero no tengo suficientes alimentos para hacerlo) y por esta razón el plan no exige, no permite o no autoriza al sujeto que lo lleve adelante. De acuerdo con SHAPIRO, los planes son normas que guían conductas, en la medida en que tienen la función de señalar cursos de acción exigidos, permitidos o autorizados en determinadas circunstancias. También deben ser utilizados como parámetros de que la conducta es correcta, al menos, por los sujetos que realizan esos planes. Quien planifica, dice SHAPIRO, tiene la capacidad racional de sujetarse a normas (p. 169). Creamos los planes para ser normas y sujetarnos a ellas. Esto será así, sólo si es creado por un proceso que dispone a los destinatarios de la norma a acatarla. Pero ¿cómo se construye un sistema jurídico mediante los planes? SHAPIRO se dedica a presentar su visión del derecho basada en la teoría de los planes en los capítulos siguientes del libro.

Según SHAPIRO, la meta del derecho es planificar correctamente, adoptando y aplicando planes moralmente sensatos de manera moralmente legítima. Los sistemas jurídicos son una mejora de otras formas alternativas de planificación y cumplen su misión siempre que la reducción total de los costes de planificar sea mayor que el incremento de los costes morales ocasionados por el cambio. El problema es que, a veces, se diseñan sistemas jurídicos para aumentar los costes de

adoptar planes con el fin de reducir el riesgo de que se adopten planes inconvenientes. Por eso, la tarea del diseño institucional es asegurar que el proceso jurídico haga que los errores no sean tan probables o que no se utilicen métodos desagradables, de un modo que los beneficios morales de tener un sistema jurídico desaparezcan (p. 218). Según SHAPIRO, la Teoría de los planes es una construcción que se apoya en el positivismo jurídico porque la existencia, y el contenido, de los planes nunca está determinado por hechos morales.

En resumen, la Teoría de los planes sostiene que un órgano tiene autoridad jurídica en un sistema jurídico en particular cuando se satisfacen dos condiciones: a) el plan maestro del sistema autoriza a ese órgano a planificar para otros y b) los miembros de la comunidad, en general, obedecen a quienes gozan de esa autorización. La autoridad jurídica será posible si esas dos condiciones tienen lugar. Por otra parte, dice SHAPIRO, que la actividad jurídica es una actividad de planificación social y la denomina Tesis de la planificación. Esto implica que la actividad jurídica es más que la mera actividad de formular, adoptar, rechazar, afectar y aplicar normas para los miembros de la comunidad. Por ejemplo, para planificar el plan maestro (e. g. una Constitución) sus diseñadores no pretenden, meramente, que los participantes de la práctica jurídica planifiquen. También, están interesados en cómo lo hacen. Según SHAPIRO el derecho es derecho porque tiene un fin moral, no porque lo satisface (p. 266). Sin embargo, nuevamente es necesario aclarar que los planes no pretenden tener fuerza moral. Es decir, no afirman que ciertas personas deben realizar ciertas acciones. Los planes simplemente dirigen, permiten, autorizan o prohíben realizar o abstenerse de realizar determinadas acciones bajo ciertas circunstancias. Los hechos morales nunca determinan el contenido del derecho. En este sentido, el contenido de los planes no puede estar determinado por hechos cuya existencia se supone que los planes deben resolver. Como las leyes son planes que intentan resolver cuestiones morales, los hechos morales no pueden ser fundamento del derecho. Por otra parte, los planes también permiten a los planificadores compensar su falta de confianza en otros y capitalizar tal confianza cuando existe. Es por eso que la confianza es relevante en la interpretación del derecho porque es importante en la interpretación de los planes. Se supone que los legisladores identifican a quienes son confiables y les asignan tareas que sacan partido de confiabilidad y deben identificar a quienes son menos confiables, planificar sus comportamientos con mayor detalle y negarles la posibilidad de abusar de su poder (p. 410).

Para SHAPIRO, el derecho es instrumento y la mejor forma de interpretarlo es a través de los planes. Esta idea sencilla no permite reconocer porque estamos obligados por la ley. Pensar en hacer cosas con planes puede parecer algo demasiado ingenuo. Sin embargo, es posible encontrar rápidamente argumentos en la tesis de SHAPIRO si tenemos razones para explicar aquello que hacemos. Es decir, si podemos dar razones sobre el modo en el que interpretamos el derecho, si creemos que el derecho y la moral tienen (o no) un vínculo determinado o si podemos justificar la autoridad del derecho. Para eso no hace falta haber leído demasiada literatura específica sobre cada uno de estos problemas. Los funcionarios judiciales, los abogados y los académicos toman decisiones, escriben libros y dan conferencias asumiendo todas estas circunstancias. Básicamente, hacen esto todo el tiempo, porque es parte de su trabajo. Alcanza con poder dar razones de lo que hacemos. Esto, parece tan sencillo como la Teoría de los planes de SHAPIRO. Sin embargo, sólo alcanza con hacer la prueba e intentar ensayar alguna explicación para poder comprobar que no lo es. Este libro nos sirve, al menos, para corroborar que muchos de nuestros puntos de vista sobre asuntos importantes

del derecho descansan en presupuestos que tenemos dificultades para justificar acabadamente. Por esta razón su lectura es imprescindible, aún para aquellos que desconfían de la utilidad de la teoría y la filosofía del derecho.

Reseña

Obras generales de Derecho penal chileno.

Tatiana Vargas Pinto

Universidad de Los Andes, Chile

A partir de comienzos del siglo XXI, puede notarse en Chile cierto *rebrote* de estudios generales en Derecho penal, a pesar del fallecimiento de importantes exponentes de semejantes aportes en la década de 1970, como NOVOA, BUSTOS, POLITOFF, GARRIDO y CURY. Sin perjuicio de las reediciones o actualizaciones de varias de las obras desarrolladas desde esa época, como los cuatro tomos de parte general y especial de ETCHEBERRY (3ª ed., 1998) y los de GARRIDO (2ª ed., t. I, 2007; 4ª ed., t. II, t. III y t. IV de 2007, 2010 y 2008, respetivamente); la parte general de CURY (*Derecho penal, parte general*, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005) y aun textos de NOVOA (*Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. I y t. II) o POLITOFF (*Derecho penal*, 2ª ed., ConoSur Lexis Nexis, Santiago, 2000, t. I), ya no se vislumbran en este período enfrentamientos entre escuelas, como los postulados clásicos de NOVOA y los finalistas de CURY o “neoclásicos” que integran valoraciones, como las últimas ediciones de ETCHEBERRY. Los trabajos publicados por quienes denomina MATUS “académicos profesionales” (*Evolución histórica de la doctrina penal chilena. Desde 1874 hasta nuestros días*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2011) se enmarcan dentro de parámetros normativos y discurren más bien en las categorías del delito y los elementos que la integran. De todas formas se advierte la diversidad de perspectivas o tesis para el análisis del delito y la pena. El propio MATUS, junto a RAMÍREZ, continúa la publicación de sus *Lecciones* con POLITOFF en el año 2004, frente a exigencias de adecuación al sistema procesal penal estrenado en el año 2000, desde el rechazo de presupuestos finalistas (*Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004). Antes, MATUS y RAMÍREZ publicaron los primeros textos lectivos sobre parte especial (*Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Ediciones Universidad de Talca, Talca, 2001; 2ª ed., 2002).

La *Lecciones* de 2004, con POLITOFF, de 2004 se elabora conforme al programa de curso de Derecho penal I que se imparte normalmente en las universidades del país, con especial atención a las necesidades de los nuevos intervinientes del proceso penal: fiscales del Ministerio Público, defensores públicos y jueces (de Juzgados de Garantía y de Tribunales Orales en lo Penal). Aborda principalmente la teoría del delito, donde se advierte el rechazo finalista al estructurar el delito sobre tipos penales como descripciones objetivas y un juicio de culpabilidad que integra el dolo y la culpa, aun cuando toman la conducta humana como base. Los autores explican los elementos subjetivos del tipo, siguiendo a HASSEMER, como consideraciones excepcionales que se refieren al agente pero la ley las considera en atención al hecho. Asimismo, destaca en el análisis normativo la acogida de un sistema abierto a los reclamos de política criminal, que fomenta POLITOFF y los autores mantienen no sólo en ediciones posteriores de parte general también de 2004 y de parte especial de 2005 (*Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005). MATUS y RAMÍREZ conservan esta línea de pensamiento en sus recientes publicaciones de parte especial y parte general en 2014 y 2015. Comienzan por los tomos de la parte

especial, que presentan como una tercera edición renovada y actualizada (*Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª ed., LegalPublishing Thomson Reuters / La Ley, Santiago, 2014, t. I; *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Thomson Reuters / La Ley, Santiago, 2015, t. II). Es en la última publicación dedicada a los fundamentos y límites constitucionales (*Lecciones de Derecho penal chileno. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho penal positivo*, Thomson Reuters / La Ley, Santiago, 2015) donde aparece la perspectiva político criminal con mayor énfasis desde el examen legislativo, histórico y el análisis dogmático no limitado a la usual influencia española y alemana. Plantean la reelaboración de sus lecciones con base en el ejercicio de la soberanía del legislador democrático como fundamento de legitimidad del Derecho penal y la función de la pena. El legislador sólo está limitado por la Constitución y los Tratados internacionales sobre Derechos humanos. Así, su tarea sería la de sistematizar e interpretar el Derecho positivo, con la posibilidad de proponer *alternativas normativas* dentro de esos límites. Aun las fuentes históricas se examinan desde consideraciones político-criminales. El texto termina con los efectos de la ley penal en el espacio, por lo que se espera una edición sobre el delito y la pena.

También en 2015 NÁQUIRA publica una reedición de su libro de 1998, dedicado a la teoría del delito (*Derecho penal. Teoría del delito*, McGraw-Hill, Santiago - Buenos Aires - Caracas, etc., 1998, t. I). En esa primera publicación ya asumía una perspectiva valorativa que se ocupa de los presupuestos jurídico penales para la imposición de penas, con asunción de las principales consecuencias finalistas que aprecian el dolo y la culpa en el injusto y dejan para el juicio de culpabilidad el examen de la capacidad penal del sujeto, el conocimiento de la antijuridicidad y el "contexto situacional normal". El texto destacó en esa época tanto por el aporte dogmático nacional y extranjero, principalmente español y alemán, como por la inclusión de ejemplos prácticos y esquemas que facilitaban la comprensión de la estructura del delito desde las principales teorías conocidas, que llega al influjo funcional. La segunda edición se presenta como un manual de parte general que mantiene su referencia a la teoría del delito, con igual estructura y propuesta de examen (*Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Thomson Reuters / La Ley, Santiago, 2015, t. I); por lo que se dejan pendientes tomos referidos a la pena o a la parte especial.

La renovación de las obras generales comienza antes de estos últimos años 2014 y 2015. Algunos de los textos que destacamos tratan en conjunto la parte general y la especial y otros atienden únicamente a una de ellas. En ambos casos sobresale la preferente atención de la conducta delictiva. Justamente por el especial enfoque al delito y sus exigencias de imputación, es curioso observar que los trabajos que retoman estudios de Derecho penal en 2008 y 2009 se ocupan de la pena. GUZMÁN, fiel seguidor de las doctrinas de RIVACOBBA Y RIVACOBBA, se ocupa de la definición de pena y de medida de seguridad para detenerse en las clases de pena en la primera parte de una obra que pretende contemplar luego la determinación de la sanción y la extinción de responsabilidad penal (*La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, LegalPublishing, Santiago, 2008). Es destacable, además de la profundidad del estudio, la preocupación por la noción de pena antes que abordar el problema de su finalidad, la que omite expreso por entender se trata de un tema filosófico que corresponde a textos de introducción al Derecho penal. Así define la pena desprovista de finalidades, desde el derecho positivo y siguiendo a su maestro, como una especie de sanción jurídica de carácter público a la que el ordenamiento asigna la mayor gravedad. Al año siguiente, VAN WEEZEL, discípulo de JAKOBS, se interesa por la pena como *expresión de sentido* según el derecho

vigente a una determinada sociedad (*Pena y sentido. Estudios de derecho penal* Ara Editores, Lima, 2009). Con ello profundiza en la función de la pena, que explica también el sentido del delito y del Derecho penal. Cuatro años después viene la obra de ORTIZ y ARÉVALO, quienes prefieren comenzar por estudiar la pena y otras consecuencias del ilícito penal precisamente como fundamento del Derecho penal (*Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013). De este modo, y a diferencia de GUZMÁN, atienden especialmente al fin de la pena, que ha de orientar consideraciones político-criminales. Con una finalidad integradora de pena, abordan también las circunstancias modificatorias y temas de responsabilidad civil y conceptos de rehabilitación y reinserción social. Queda pendiente la determinación de la sanción penal.

De todas formas, los estudios referidos al delito se retoman en general en 2010. Como excepción están las dos ediciones del curso de parte general y especial de BULLEMORE y MACKINNON de 2005 y 2007 respectivamente. La obra destaca por su carácter didáctico, con casos, jurisprudencia, controles y pruebas. La nueva edición mantiene los dos tomos de parte general que acepta presupuestos finalistas en un contexto normativo con influencia político criminal. Dos son las novedades principales de esta edición: la inclusión de esquemas en la parte general antes del análisis dogmático y la suma de un cuarto tomo de parte especial que agrega delitos contra la libertad ambulatoria, la intimidación, el honor, la administración de justicia, cometidos por funcionarios, las falsedades y delitos contra la Ley de Drogas, N° 20.000 (*Curso de Derecho penal*, 2ª ed., LexisNexis, Santiago, 2007, t. I; t. II; t. III y t. IV). Complementan estos textos el tratado sobre jurisprudencia y doctrina que dirige BULLEMORE en 2011, con explicaciones de parte general y sentencias sistematizadas según temas de parte general o especial (*Tratado de jurisprudencia y doctrina*, Thomson Reuters, Fallos del Mes, Santiago, 2011). SILVA SILVA, por su parte, presenta en 2010 un manual únicamente de parte especial en dos tomos, que comienza con los delitos contra la fe pública y termina con los delitos de daño (*Manual de Derecho penal. Delitos especiales*, Puntotext Thomson Reuters, Santiago, 2010).

En esa misma época PIÑA publica un texto orientado a los fundamentos del Derecho penal de clara orientación funcionalista, dentro del sistema jurídico penal y sobre la base del rol de los sujetos y las expectativas sociales, que mantiene en la segunda edición de 2014 (*Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, 2ª ed., LegalPublishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, 1ª ed. 2010). Así distingue la responsabilidad por organización, una institucional y otra por infracción de deberes de solidaridad. También en 2010, quien suscribe esta reseña presenta un manual de teoría del delito desde una perspectiva práctica que indaga exigencias normativas de imputación del delito frente a casos reales e hipotéticos y al análisis de fundamentos dogmáticos más conocidos; en ella distingue niveles de imputación de la conducta humana de acuerdo con el parámetro de atribución, incorpora esquemas y sistematiza argumentos según roles de los intervinientes en el procesal penal, como alegaciones y defensas (*Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010; 2ª ed. Legal Publishing, 2011; 3ª ed.). La segunda edición de 2011 obedece principalmente a la necesidad de incluir dos modificaciones importantes: el nuevo sistema de imputación penal para personas jurídicas y la eximente por necesidad incorporada a fines de 2010 (art. 10 N° 11 CP). La tercera edición de 2013 suma específicamente la *agravante de odio* (art. 12 N° 21 CP) incorporada en 2012, además de precisiones y actualización de jurisprudencia. En 2014 aparece, con colaboración de GUERRA, un texto especialmente dedicado a la sanción penal, que se

había dejado pendiente precisamente para su tratamiento particular. Se ocupa en primer lugar por la definición de pena como sufrimiento, que advierte el fundamento del castigo en el merecimiento y la necesidad de pena y explica la compatibilización entre fines y funciones (*Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y respuestas*, LegalPublishing Thomson Reuters, Santiago, 2014). En este texto se justifica con mayor intensidad la visión práctica, sobre todo al graficar los ejercicios de determinación de pena y el recurso a preguntas y respuestas.

En ese mismo año 2014 BALMACEDA publica dos manuales, de parte general y de parte especial (*Manual de Derecho penal. Parte general*, Librotecnia, Santiago, 2014; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Librotecnia, Santiago, 2014). La parte general contempla una introducción al Derecho penal, la teoría de la ley penal, junto con la teoría del delito y la de la pena. Sigue, con MIR PUIG, una noción imperativa de la norma penal, que lleva a admitir la función motivadora de la pena y la inclusión del dolo en lo injusto (al dirigir comportamientos humanos). En todo caso, integra el desvalor de resultado a lo injusto penal, en los términos de VELÁSQUEZ. La parte especial destaca por los delitos que contempla, que incluye tipos de leyes especiales más relevantes, como la conducción de vehículos en estado de ebriedad, el tráfico ilícito de estupefacientes o delitos terroristas, y delitos que no suelen ser tratados, como los delitos contra el orden internacional o delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado. Antes de llegar a los últimos textos de MATUS y RAMÍREZ ya citados, no puede dejar de mencionarse el comentario del Código Penal que dirigen COUSO y HERNÁNDEZ (CILLERO; *et. al.*, *Código Penal comentado. Libro Primero (Art. 1º a 105)*. AbeledoPerrot LegalPublishig, Santiago, 2011). Si bien está en una categoría distinta, la profundidad con que se aborda el Libro Primero sintetiza en forma completa y exacta las principales líneas de pensamiento de los autores chilenos en la casi totalidad de los temas de la parte general, relativos al delito y la pena. Aunque existe una obra que antecede este tipo de publicaciones dirigida por POLITOFF y ORTIZ y coordinada por MATUS (*Texto y comentario del Código Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, también del Libro Primero del CP), emerge como primer comentario al estilo de los conocidos en países como España y Alemania, constantes referentes para Chile. Se espera que la tarea continúe con los delitos del Libro Segundo, al igual que los estudios de parte general y especial, idealmente con mayor protagonismo para la sanción penal como respuesta en la que se concreta el delito y a la que han de mirar sus exigencias de imputación.