

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Recensión a Gustavo A. Beade, *Inculpación y castigo. Ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017 (136 págs.), por Tomás Fernández Fiks.

Recensión a Jon-Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (152 págs.), por Francisco de Borja Iriarte Ángel.

Recensión a Mertxe Landera Luri, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas. Regularización fiscal, Reintegro en la malversación, Retracción del falso testimonio y Liberación de la persona detenida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (402 págs.), por Pablo Sánchez-Ostiz.

Recensión a Ramón Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (165 págs.), por Adán Nieto Martín.

Recensión a Luis Emilio Rojas A., *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (183 págs.), por Mario Pereira Garmendia.

Recensiones

Recensión a Gustavo A. BEADE, *Inculpación y castigo. Ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017 (136 págs.)

Tomás Fernández Fiks

LL.M. (Columbia Law School)

–I–

Conocí a Gustavo BEADE en un seminario organizado en la Universidad de Buenos Aires por Roberto GARGARELLA. Recuerdo que en aquella oportunidad, BEADE manifestó que lo que le había atraído en un principio de los autores que escribían sobre cuestiones ligadas al derecho penal dentro de la tradición anglosajona, era la autosuficiencia de sus textos. A diferencia de lo que ocurre con la dogmática alemana, donde el acercamiento a las ideas de un autor requiere una verdadera inmersión en su obra –habitualmente compuesta por tratados de varios tomos–, uno podría seleccionar un artículo de treinta páginas de un autor anglosajón y sería capaz de comprenderlo, habiendo aprendido algo o al menos despertado alguna curiosidad al finalizar. Además, el abordaje de las cuestiones penales desde la tradición anglosajona tiene la virtud de utilizar un lenguaje accesible para cualquier persona, tenga formación jurídica específica o no. Ello no implica que el contenido de lo que se presenta carezca de sofisticación o no represente desafíos intelectuales para quien pretenda adentrarse en la discusión, sino tan solo que no resulta necesario dominar un lenguaje técnico para comenzar a leer.

El libro que me toca reseñar aquí se inscribe dentro de esta forma de pensar el derecho: mediante la utilización de un lenguaje claro, buscando el diálogo con el lector y aportando herramientas para contribuir a una discusión que resulta de interés para la comunidad entera, no solamente para abogados y jueces. La defensa de ideales democráticos, además de estar presente de manera explícita en el contenido de algunos capítulos, también se manifiesta entonces en el estilo que inunda todo el libro.

La obra consiste en una compilación de artículos, algunos inéditos y otros previamente publicados en revistas jurídicas, lo cual puede explicar la independencia que existe entre ellos. No obstante, existe un hilo común que se encuentra presente de principio a fin: al finalizar la lectura, uno tiene una idea definida sobre las principales posiciones que sostiene BEADE en temas que van desde la justificación del castigo penal a las obligaciones morales que tenemos con nuestros conciudadanos en el marco de una comunidad democrática. Entiendo que los ejes sobre los que circulan los diversos artículos de la obra son una defensa de la justificación del castigo penal que el autor presenta como comunicativa/retribucionista, una crítica al liberalismo clásico desde el comunitarismo –con especial énfasis en la obra de Carlos NINO–, y una lectura crítica sobre la forma en que se piensa y aplica el derecho penal en la actualidad. Me es imposible, por cuestiones de espacio, comentar en detalle todos los capítulos, por lo tanto me concentraré en lo

que sigue en algunos puntos de la teoría justificatoria del castigo defendida por BEADE que me han parecido problemáticos.

– II –

A lo largo del libro, BEADE defiende su teoría justificatoria del castigo, ampliamente influenciada por los escritos de DUFF. Según esta, el objeto del juicio penal no es sólo la imposición de un mal sobre el ofensor, sino que el juicio constituye una oportunidad para escuchar lo que el autor del delito tiene para decir, para establecer un diálogo con él. A partir de esta concepción, debemos tratar al imputado como un miembro más de la comunidad, a quien llamamos a responder por lo que hizo precisamente porque forma parte de la comunidad cuyos códigos ha violado, y el juicio es la oportunidad para que el ofensor reflexione, se arrepienta, y luego de cumplir su pena vuelva a ser un ciudadano con el mismo estatus que los demás. Esto implica que en el marco de una comunidad, el ofensor tiene la obligación moral de arrepentirse y reconciliarse con quienes ha ofendido, y la sociedad tiene la obligación moral recíproca de reincorporar al ofensor una vez que este ha cumplido su pena.

BEADE incluye a su teoría del castigo dentro de la escuela retribucionista. En términos muy generales, la versión clásica del retribucionismo tiene su origen en KANT e implica la justificación del castigo en términos de devolver “un mal a ese mal causado previamente” (p. 30). Por supuesto que desde KANT a la actualidad esta visión del castigo se ha visto revisada, refinada y precisada, y hoy en día coexisten teorías, con diferencias significativas entre ellas, que pueden ser rotuladas como “retribucionistas”. Esto lleva a BEADE a aclarar, correctamente, que “la retribución no es realmente el nombre de una teoría del castigo particular. En cambio es el nombre de una tradición o un grupo de teorías que comparten algunas similitudes” (p. 31). Hecha esta aclaración, sostiene que no existe un solo tipo de retribución, y pasa a criticar al retribucionista tradicional para quien “el ofensor merece recibir un castigo por lo que hizo” (p. 32). El autor identifica a esta concepción de la retribución con la venganza, y luego afirma que en realidad es posible pensar en el castigo retributivo en otros términos que no sean equivalentes a la venganza. A la hora de desarrollar esta visión alternativa sobre la retribución, BEADE recurre a la idea de inculpación, o reproche, como una expresión de desaprobación de la comunidad. A través del juicio penal, comunicamos al ofensor nuestra desaprobación respecto de lo que hizo, lo cual también implica tratarlo como un agente moral que forma parte de la comunidad.

Es correcta la observación en cuanto a que no existe una sola teoría retribucionista, sino que este es un rótulo que se aplica a una familia de teorías. Dentro de los autores que se auto-denominan, y son reconocidos por sus colegas como, retribucionistas, contamos con una gran variedad.

En efecto, existen innumerables trabajos cuyo objeto es aportar una mayor precisión a la delimitación de una teoría retribucionista. Podemos, sin embargo, partir de un elemento común a todas, señalado por DUFF, cual es que la relación justificatoria se da entre el castigo presente y el crimen pasado, no entre el castigo presente y las consecuencias futuras. De este modo, BEADE presenta su teoría como formando parte de esta corriente porque justifica el castigo en términos

del tratamiento del ofensor como un agente moral que forma parte de la comunidad que le reprocha, y lo responsabiliza por, su accionar pasado. Del libro no surge en ningún momento que BEADE considere que el castigo del ofensor es un bien intrínseco, o que la imposición del castigo esté justificada porque el ofensor lo merece (ambas tesis comúnmente sostenidas por autores retribucionistas). El aspecto retribucionista en la teoría de BEADE es, más bien, el tratamiento digno del ofensor como un sujeto de derechos (en oposición a las teorías del castigo utilitaristas que instrumentalizan al ofensor, imponiéndole un castigo para obtener ciertas consecuencias beneficiosas y de este modo lo tratan como un medio para un fin). De este modo, vemos desde el comienzo del libro que el autor se intenta distanciar de las teorías que justifican el castigo en términos “devolver un mal a ese mal causado previamente” (p. 30), a las que identifica con la “venganza”. Creo, sin embargo, que esta asociación es conceptualmente errónea.

Las importantes diferencias que existen entre el concepto de retribución, al menos en el sentido tradicional identificado por BEADE, y la venganza han sido marcadas en una gran variedad de trabajos. Por ejemplo, NOZICK señaló cinco diferencias entre los dos conceptos, entre las que se pueden destacar, el hecho de que la venganza conlleva cierto placer que está ausente en la retribución, y que no es necesario que exista generalidad en la venganza, mientras que la retribución debe aplicarse, *prima facie*, a todos los casos que presentan circunstancias análogas. PRIMORATZ sostiene que, si bien venganza y castigo son especies de retribución, la venganza se distingue del castigo en cuanto supone una retribución que no es ejecutada de manera imparcial y proporcional al daño sufrido. Agrega que a diferencia del castigo, la venganza no es institucionalizada. MOORE señala la independencia entre ambos conceptos: incluso si nadie quisiera vengarse del ofensor, podría existir una razón retributiva para castigarlo. FLETCHER escribió que la relación entre la venganza y la retribución es equiparable a la que existe entre la lujuria y el amor.

Con este repaso he querido señalar que la equiparación del concepto tradicional de retribución con la venganza (con la importante carga emotiva negativa que conlleva este último término) es una estrategia algo apresurada. Creo que BEADE intenta rechazar la mirada, sostenida por MOORE más notoriamente, de que la imposición de un mal en la forma de castigo sobre el ofensor es un bien intrínseco. Así, se alinea con una gran cantidad de autores que ven algo rudimentario o bárbaro en justificar el castigo en términos de devolverle un mal a quien causó un mal. Pero en cualquier caso, creo que si pretende distanciarse de los retribucionistas que ven un bien intrínseco en el castigo del ofensor sólo porque lo merece, debería elaborar su posición sin recurrir a la inexacta analogía entre esta concepción tradicional de la retribución y la venganza.

Es este mismo rechazo de la idea de retribución como imposición de un mal sobre el ofensor que se encuentra intrínsecamente justificado, lo que genera que la teoría de BEADE tenga serias dificultades para explicar el elemento de “deliberada imposición de dolor” que conlleva el castigo penal. Los filósofos del derecho penal tienden a estar de acuerdo en que el castigo penal abarca dos elementos: un elemento comunicativo de censura y desaprobación por parte de la comunidad, y otro elemento que implica la imposición de un mal sobre el ofensor (“*hard*

treatment”), generalmente materializado en las sociedades modernas en forma de la privación de libertad del castigado.

El problema que encuentro en la posición de BEADE es que la imposición de un mal sobre el ofensor aparece como un elemento completamente injustificado, ajeno a los fines a los cuales se orienta su teoría. Si el castigo penal se justifica en la medida que promueve un dialogo entre ofensor y comunidad, con el objeto de que el ofensor recapacite sobre lo que ha hecho, se arrepienta, pida disculpas y a partir de ello la comunidad lo pueda reincorporar, ¿dónde estaría la necesidad de mandar al sujeto en cuestión a la cárcel por años? La comunidad bien podría obligar al ofensor a que tome clases de educación cívica, o brindarle libros, o establecer algún tipo de mediación entre ofensor y víctima con el fin de que exista un pedido de disculpas formal. Todas esas alternativas y muchas otras que se podrían pensar tienen sentido si aspiramos a lograr un proceso de comunicación y reconciliación como el que plantea BEADE en su teoría, pero sostener que dichos resultados pueden obtenerse a través de la imposición de un mal, como la privación de libertad, sobre el ofensor pareciera ser un *non sequitur*. Además, teniendo en cuenta la especial carga justificatoria que conlleva la imposición de ese mal sobre el ofensor (pues privar a alguien de su libertad no es algo que en circunstancias normales estaríamos habilitados a hacer), BEADE tendría que demostrar que esta es la forma *más efectiva* o la única posible para lograr el tipo de comunicación en la cual se apoya su teoría. Esto parece especialmente difícil: un estudio reciente que recogió testimonios de presos elaborado por SCHINKEL sugiere que el juicio no resulta el ámbito adecuado para que exista el tipo de comunicación moral que defienden DUFF y BEADE. Durante el juicio, la atención de los imputados estaba fijada en la posible longitud de la sentencia, y lo que está en juego es tan importante que es común que los acusados, y el resto de los actores del juicio –defensores, fiscales y querellantes– quieran manipular el resultado final, menoscabando así la dimensión moral del juicio.

Frente a esta objeción, intuyo que BEADE podría responder que su teoría es meramente normativa y que, por tanto, no necesita dar cuenta de las prácticas penales reales. Es decir, el argumento sería que la teoría intenta demostrar en qué instancias el castigo estaría justificado, pero no pretende sostener que las prácticas que existen estén justificadas. Esta respuesta, sin embargo, estaría apoyada en una errónea concepción binaria que distingue entre teorías descriptivas y normativas. Como señala KLEINFELD, esa dicotomía debe abandonarse, ya que cuando se trata de pensar acerca de fenómenos sociales, deberíamos buscar que nuestras teorías normativas tengan algún valor descriptivo y que nuestras teorías descriptivas tengan implicaciones normativas. De lo contrario la teoría normativa confundiría su objeto de estudio y la teoría descriptiva no tendría relevancia para la acción. Una teoría justificatoria del castigo debe necesariamente tomar como punto de partida las instancias normales de aquello que pretende justificar, i.e., el castigo penal, pues de lo contrario se convierte en una teoría de justificación de algo distinto al castigo.

Para concluir retomaré una crítica que efectúan PETRONE y RAMALLO al comentar el libro que aquí me toca reseñar, en el número 5 de la revista *En Letra Penal*. Recordemos que según BEADE, “así como el ofensor debería arrepentirse, si esto ocurre, la comunidad debe reconciliarse con él” (p. 28), y esta obligación comunitaria “implica reconocer que sus miembros pueden cometer

errores y causar daños que afectan a otros conciudadanos" (p. 27). PETRONE y RAMALLO piensan en los crímenes de lesa humanidad cometidos por miembros del ejército durante la última dictadura militar que tuvo lugar en la Argentina y se preguntan si, aun estando los militares genuinamente arrepentidos, podríamos exigir a las víctimas y sus familiares que se reconcilien con ellos.

Creo que la respuesta debe ser negativa. Ante la comisión de los peores crímenes imaginables, resulta moralmente inadmisiblemente requerir a las víctimas, o a la misma comunidad, que se reconcilien con el ofensor. Ello, por supuesto, no implica que, cumplida la pena, el ofensor no pueda volver a vivir en sociedad sin sufrir ninguna pena adicional. Pero creo que no hay razones morales para exigirles a quienes sufrieron los actos del ofensor, que lo reciban con los brazos abiertos luego de que este haya cumplido su condena. En estos casos no es posible pensar en que la reconciliación y el perdón son obligaciones morales porque no es posible concebir a la desaparición forzada de personas, el homicidio, la violación, o la tortura como "simples errores".

Las debilidades del enfoque comunicativo sobre el castigo no acaban aquí, pues no sólo resulta inexigible a la comunidad reconciliarse con el ofensor en algunos casos, sino que, además, es posible que el ofensor no quiera o no pueda captar el mensaje que se le intenta transmitir a través del castigo, y aún así pensaríamos que el castigo estaría justificado. ENGEN tiene en mente esta última posibilidad, que ilustra con la figura del "ofensor no receptivo". Toda vez que nuestras intuiciones nos dirían que el castigo del ofensor no receptivo se encuentra justificado, deberíamos justificar el castigo en términos de expresión, y no de comunicación. Lo que es relevante para la justificación del castigo es que, a través de este, la comunidad expresa un reproche hacia el accionar del ofensor, independientemente de que este reproche sea ignorado o malentendido por su recipiente.

No he defendido en esta reseña mi propia teoría justificatoria del castigo, aunque asumo que el lector podrá sospechar que me encuentro en el campo de quienes BEADE identifica como retribucionistas tradicionales. Así pues, más allá de las diferencias que tengo con el autor del libro que me ha tocado reseñar, debo aclarar que la lectura del mismo ha enriquecido mis propios puntos de vista, me ha invitado a pensar algunas cosas de manera distinta, y me ha exigido re-examinar y precisar mis posiciones iniciales. Creo que lo mismo le ocurrirá a todo aquél que lea la obra, y por eso considero que se trata de una contribución fundamental a la filosofía del derecho penal. Es un libro que nos invita a pensar, dialogar y discutir, y todo ello resulta más fácil por la claridad de pensamiento y de redacción que caracterizan a su autor.

Recensión a Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (152 págs.)*

Francisco de Borja Iriarte Ángel

Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco

Los delitos de odio han venido para quedarse es la primera frase de la obra que aquí trato; y es así, de forma que, si bien la tipificación de estas conductas es anterior, se han convertido en uno de los grandes retos del Derecho penal en esta segunda década del siglo XXI. Si bien en el fondo, el aspecto que más discusiones suscita, el *hate speech*, no es tan novedoso como a primera vista parece; basta recordar el infame *Der Stürmer* de Julius STREICHER, o incluso si nos remontamos más en el tiempo, los orígenes ideológicos y las formas de transmisión de la *Leyenda Negra* –que no hubiese sido posible sin la imprenta, un cambio tan radical en su tiempo como para nosotros ha sido internet–, para ver que el odio a grupos determinados, habitualmente como medio de acción política, se ha utilizado a lo largo de la historia. Pero nunca hasta la llegada de internet y de las redes sociales ha sido tan fácil, tan barato, tan rápido, tan universal... y tan perseguido penalmente, como tal discurso. Un *tweet* redactado en unos segundos por un particular –sin pensar demasiado–, y que nunca hubiese accedido a un medio de comunicación tradicional, puede llegar a los confines del mundo en aún menos tiempo... y llevar a su autor al Juzgado de guardia en poco más. Nos encontramos ante conductas con un mayor reproche social y penal que el que en tiempos no tan lejanos tuvieron y que, en algunos supuestos, están relacionadas con la acción política –partidista–, lo que dificulta aún más una aproximación serena.

El Profesor LANDA GOROSTIZA se atreve con el reto, y en mi opinión de práctico del Derecho, lo supera ampliamente, tal y como iremos viendo.

La obra se estructura en una introducción, tres grandes epígrafes, a saber, uno dedicado a las cuestiones previas en relación con la materia, un segundo dedicado propiamente al discurso del odio y un tercero dedicado a los delitos de actos de odio, para concluir con una *Reflexión final y conclusiones*.

Comienza la introducción con la frase mencionada al principio de este trabajo, seguida de una muestra de las noticias aparecidas en prensa sobre este tipo de delitos, para a continuación anticiparnos cuál es el objetivo de esta monografía: *una propuesta interpretativa fundamentada y de lege lata con relación a los delitos del artículo 510 CP y a la agravante del artículo 22.4º CP...*; sigue relatando los problemas terminológicos que envuelven a estos preceptos, tanto desde la perspectiva genérica como desde la determinación de los grupos diana, que identifica en tres: étnicos, por razón de sexo y otros.

El epígrafe relativo a las cuestiones generales empieza con los referentes terminológicos del *hate speech* y el *hate crime*. El primero a tratar es el derivado de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Estrasburgo, con sus limitaciones a la libertad de expresión, en principio para casos extremos relacionados con extremismos políticos y

la negación del holocausto, que ha ido evolucionando hacia un sistema más matizado, teniendo en cuenta el caso concreto, el contexto más que el contenido del discurso y el colectivo diana a que se refiera; supone que no existe una definición precisa de lo que es el discurso del odio –y en general, de la libertad de expresión– sino que debe inducirse de cada caso, dando lugar no a uno, sino a varios discursos del odio. A continuación analiza la tradición legislativa en los Estados Unidos y la evolución de los grupos protegidos por la normativa federal, desde los orígenes en los momentos posteriores a la Guerra Civil hasta las últimas encaminadas a la protección de un género en particular o la identidad sexual, pasando por las leyes de derechos civiles de los años 60 del pasado siglo, principalmente encaminadas a frenar los crímenes de odio por motivos raciales, religiosos o derivados del origen nacional de la víctima, junto a las que conviven las diferentes normas estatales; se trata de un sistema de agravamiento de los delitos cuando tengan un contenido de odio o discriminación, pero excluyendo la penalización del discurso del odio puro, en tanto fue considerada contraria a la Primera Enmienda por la Corte Suprema. Finaliza este epígrafe tratando la toma de postura del legislador español por aunar los dos modelos, al establecer tanto delitos con palabras –art. 510 CP y concordantes– como con hechos –22.4 CP– bajo la habitual denominación de delitos de odio.

Se dedica más de la mitad de la obra al segundo epígrafe, relativo a los delitos con palabras, al *hate speech*. Comienza relatando el encaje constitucional del precepto a la luz de las obligaciones emanadas de la Decisión Marco 2008/913/JAI de la Unión Europea y de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, y ya en la segunda página nos dice que el nuevo artículo 510 CP va mucho más allá de lo que se deriva de aquéllas, con evidente riesgo para la libertad de expresión, creencia, ideología o cátedra, especialmente si se da una lectura expansiva; valoración en la que coincide con otros autores y que no puedo sino compartir. La sentencia del Tribunal Constitucional deja claro que nuestro sistema no es de democracia militante, a diferencia del derivado de la interpretación del Convenio de Roma por el Tribunal de Estrasburgo, resultando una libertad de expresión limitada, pero menos que en el caso europeo; según la interpretación del autor, que comparto, sólo será ilegítimo el discurso deliberadamente ofensivo, humillante, racista, que incite de manera directa o indirecta a la propagación de estas ideas o a la comisión de delitos relacionadas con estos supuestos, aunque no está del todo claro que el espíritu de la ley sea restringir tanto el ámbito cubierto.

En cuanto al bien jurídico protegido, recoge las posiciones doctrinales existentes, esto es, la que se centra en la protección individual antidiscriminatoria y la que lo hace en la protección de colectivos especialmente desprotegidos, decantándose por ésta, aunque con importantes matices: en primer lugar porque no sólo pueden ser destinatarios del discurso del odio los grupos especialmente vulnerables sino cualquier colectivo, sea vulnerable o no, sea minoritario o mayoritario, y en segundo porque no sólo protege los derechos a la integridad física o a la vida, sino cualquier derecho fundamental –libertad de circulación, derechos políticos...– que pueda ser minado, o pretender serlo, por el discurso. Sin ser experto ni mucho menos en la dogmática penal, en este punto me voy a permitir disentir de la opinión del autor, o quizás matizarla: estando de acuerdo en que el colectivo puede ser el sujeto de protección del tipo, no debe ser esta valoración absoluta, no nos debemos olvidar del individuo –como hemos visto en España en

algún supuesto en relación con el 578 CP en el que las instituciones han considerado menospreciada a una víctima del terrorismo aún en contra de su propia opinión–; en el Estado de Derecho el individuo no puede ser simplemente parte de un colectivo, debe ser algo más, algo único, sujeto de derechos por sí mismo, incluido el de ser protegido, sin necesidad de que para ello tenga que ser miembro de un grupo.

Posteriormente trata las seis figuras penales, y sus correspondientes tipos cualificados, comprendidas en el artículo 510 CP, sobre los que no es posible extenderse pormenorizadamente. Sólo diré que con carácter general el Profesor LANDA considera que nos encontramos ante tipos extensivos, susceptibles de interpretaciones abiertas, y en algunos supuestos con penas que no concuerdan con la gravedad de los hechos en relación con otras conductas del mismo precepto; apunta ejemplos en los que conductas de mayor desvalor tienen una pena inferior que otras menos reprochables.

El autor destaca dos aspectos complementarios a las consecuencias de los delitos mencionados como son las penas acumuladas *ex legem* a la principal de inhabilitación para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre y la destrucción de los efectos del delito (libros, documentos...) o incluso el cierre definitivo de sus canales de difusión o distribución. Llegados a este punto, me voy a permitir hacer un *excursus* sobre una cuestión que la obra trata brevemente, como es la destrucción de libros u otros documentos; en mi opinión, que coincide con algunos de los autores que se citan en la obra, se ha incidido poco sobre la gravedad de esta medida, que puede llevarnos a situaciones complicadas e incluso peligrosas de censura de ideas políticamente incorrectas, al mundo de *Fahrenheit 451*; creo, como Jorge DE BURGOS, que, aunque sólo sea para los investigadores, un libro no se destruye, sólo se guarda, y se cuida de que nadie –o la menos gente posible– lo toque.

Finaliza este epígrafe con un estudio de la incipiente jurisprudencia en relación con el 510 CP en su redacción actual, empezando por la pionera sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2017, relativa al desprecio de las víctimas de violencia de género, y de la que destaca la *parquedad* argumentativa y la falta de definición clara de cuál de los apartados del artículo 510.1 CP aplica y los motivos por los que se ha aplicado éste y no el 510.2 CP. A continuación, trata los novedosos supuestos en los que se extiende la protección del precepto a grupos institucionales, a grupos investidos de autoridad en el ejercicio de funciones públicas, para concluir con los supuestos más habituales, los primeros que nos vienen a la cabeza al tratar este tema, como es la protección de los inmigrantes y la propaganda neonazi. Llegados a este punto creo necesario detenerse, aunque sea brevemente, en lo que el autor llama *protección institucional*, esto es, la consideración de determinados colectivos investidos de autoridad o ejercientes de funciones públicas como sujetos pasivos de los delitos de odio, de lo que pueden ser paradigmáticos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; para el autor esta línea interpretativa –que según la información aparecida en prensa ha sido la adoptada por la Audiencia Nacional en el *caso Alsasua*– si bien no es descartable *a priori*, puede dar lugar a abusos. Creo, sin disentir totalmente del Profesor LANDA GOROSTIZA, pues el riesgo de abusos está ahí, que no es desacertada esa línea de actuación pues nos hemos encontrado ante supuestos, sorprendentes pero reales, en los que

grupos que evidentemente se encuentran investidos de autoridad han sido objeto de vilipendio e incluso amenazas que pueden ir más allá de lo amparable en la libertad de expresión propia de un Estado de Derecho; actitudes que si bien se han producido tradicionalmente en relación con *los policías* empezamos a atisbar con otros cuerpos, como el judicial, tal y como hemos visto en el asunto de *la manada* y que creo que, sin pecar de corporativismo, son, además de preocupantes, cercanas al *hate speech*.

En el tercero de los epígrafes se centra en la agravante genérica para los delitos de odio. Comienza estudiando la génesis legislativa en el Código Penal de 1995 de la que resultó un motivo con un importante elenco de causas de agravación y de teórica aplicación a cualquiera de las acciones tipificadas. Después trata la fundamentación de esta agravante desde las diferentes posiciones doctrinales, sea en el juicio de culpabilidad, sea en el plano del injusto, en el desvalor adicional que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo, opción esta última a la que, aún con matizaciones, se adhiere el autor. Por último, reúne en el libro la jurisprudencia existente sobre la cuestión, que, dice, ha interpretado la agravante en clave subjetiva de la culpabilidad desde el primer momento, lo que para el autor entraña un riesgo de arbitrariedad que compartimos en tanto como él dice, entramos en un *ámbito de decisión pantanoso*.

La obra concluye con una *Reflexión final y conclusiones* en las que el autor hace una propuesta interpretativa de los artículos 510 CP y 22.4 CP en la versión dada por la Ley Orgánica 1/2015, *buscando maximizar los ámbitos de libertad en que la regulación irrumpe*, centrándose obviamente en la libertad de expresión. Conclusiones de obligada lectura y que no vamos a desarrollar aquí para no extender excesivamente este texto; me limitaré a destacar la *Reflexión final*, en la que remarcando la problemática del artículo 510 CP en relación con la libertad de expresión y proponiendo de *lege ferenda* que el ámbito de aplicación de éste se limite a los casos especialmente graves, centrándose para los demás en el que le parece instrumento más eficaz, la agravación. El autor propone –y no puedo sino concurrir con esta opinión– caminar en el sentido en que lo ha hecho el derecho anglosajón, quizás sin llegar a la total despenalización del *hate speech*, como ocurre en Estados Unidos, si no aproximándonos al sistema de Inglaterra y Gales, territorio modelo en el control y persecución de delitos de odio, pero en el que son escasas las condenas por delitos de incitación.

Como colofón se recoge la abundante bibliografía manejada por el autor; entre la escrita en lengua distinta del español me parece acertado el profuso estudio de obras de autores anglosajones, ya que no debemos olvidar que es en los países de esa cultura en los que más pronto y con más profundidad se ha estudiado la libertad de expresión y sus límites. Junto a ella la habitual referencia a obras alemanas, pues incluso para los juristas prácticos es manifiesta la importancia que tiene su dogmática penal en nuestro sistema.

Se trata, en mi humilde opinión, basada en la experiencia práctica, de una obra muy interesante, determinante me atrevería a decir, trabajada con detenimiento, pero con una actualidad digna de estos tiempos de la inmediatez, que nos da una visión profunda y actualizada de los delitos de odio y su regulación en el Código Penal español, añadiendo a ello significativas referencias al

tratamiento de éstos por los Tribunales internacionales y por países ajenos al sistema europeo de protección. El Profesor LANDA GOROSTIZA realiza una excelente y sólida aportación, no sólo de interés para los académicos, sino también para los juristas prácticos que nos enfrentamos en nuestro quehacer cotidiano a estas conductas y sus consecuencias penales.

Recensión a Mertxe LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas. Acciones contratípicas. Regularización fiscal, Reintegro en la malversación, Retracción del falso testimonio y Liberación de la persona detenida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (402 págs.)

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

Esta monografía contiene buena parte del contenido de la que fue la tesis doctoral de su autora, defendida en 2009, y publicada ahora, años después. Su tema se inserta en uno de los que sigue suscitando interés en la doctrina jurídico-penal, como es el de la ubicación sistemática y contenido de la punibilidad. No son pocas ya las monografías de la doctrina penal en lengua española sobre la categoría general de la punibilidad o sobre alguno de los supuestos que la conforman. Se percibe que queda todavía mucho por avanzar si se espera que la punibilidad llegue a tener un contenido tan delimitado como las categorías “clásicas” de la teoría del delito. En esta monografía LANDERA “intenta estructurar un marco común para todas las conductas postconsumativas positivas” (p. 33): la investigación se centra en cuatro supuestos, mencionados en su subtítulo, caracterizados todos ellos por ser conductas postejecutivas de sentido inverso al del delito: son “*contratípicas*”, en expresión empleada a menudo en la investigación.

La obra contiene cuatro amplios capítulos (caps. 1-4), dedicados a cada una de las excusas absolutorias seleccionadas, más un capítulo introductorio no numerado, y la conclusión final (cap. 5). Aunque la atención del lector puede irse fácilmente a los cuatro capítulos de las concretas excusas absolutorias, la *Introducción* y la *Conclusión* poseen no menos importancia. Es más, a mi modo de ver, en estos dos se contienen las claves interpretativas y la principal aportación conceptual de LANDERA, mientras que los cuatro capítulos “sistemáticos” son plasmación o desarrollo de la idea inicial. En concreto, la *Introducción* (pp. 23-39) contiene en buena medida el resumen de su posición, que en esencia podría expresarse así: *ciertos delitos admiten acciones en fase postconsumativa que vienen a contrarrestar el injusto cometido, lo cual influye en la efectiva responsabilidad penal*. Aunque la tesis sostenida se expresa al inicio, la autora no se ahorra un minucioso y profundo examen inductivo de los cuatro supuestos seleccionados (p. 26): en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, la regularización tributaria (cap. 1); en los de malversación de caudales públicos, el reintegro de las cantidades, como atenuante (cap. 2); en el de falso testimonio, la retractación (cap. 3); y en el de detenciones ilegales, la liberación antes de tres días, como atenuante (cap. 4). Obsérvese que en todos ellos el bien jurídico admite, de una manera u otra, cierta “repercusión” en cuanto perduración o variabilidad del injusto, y en esa misma medida también dan cabida a acciones postejecutivas de sentido inverso, esto es, de vuelta atrás en la situación típica (de “resiliencia” habla LANDERA en ocasiones: pp. 35 o 376, por ejemplo).

En efecto, la autora acuña y emplea una terminología en la que se cifra la clave de su aportación, para designar esas conductas en las que resulta todavía posible “retroceder” en la afectación al bien jurídico. Así, por ejemplo: “comportamientos postconsumativos positivos” (pp. 41, 42, 323);

“acciones contratípicas” (pp. 41, 42, 107, 183 y *passim*); “acciones postconsumativas de carácter contratípico” (p. 355); “acciones positivas postconsumativas” (p. 376); la acción supone “el negativo de la acción típica” (p. 377); “el contrario del comportamiento infractor” (p. 320). Esa posibilidad de revertir la situación del bien jurídico da lugar a que sea posible contar con casos de un “menor injusto *a posteriori*” (p. 159); o hablar de un “injusto post-típico” (pp. 183, 321); o de “‘reversión-relativización’ de la situación” (p. 34); “menor lesividad *a posteriori*” (p. 219); “comportamiento postconsumativo positivo de reducción del injusto global” (p. 235); “relativización *a posteriori* de la situación surgida directamente de la comisión de la acción típica” (pp. 322, 346); “relativización *a posteriori* a efectos del injusto global” (p. 367); o un “menor injusto global” (p. 375). Aunque quepa dudar de la corrección de alguna de dichas expresiones, como la de “acción contratípica”, resultan sumamente gráficas, y logran transmitir lo que se contiene en la tesis principal: que en ciertos casos el bien jurídico o la modalidad de la acción delictiva admite todavía una “vuelta atrás” (que por cierto se denota a menudo con el prefijo castellano re-), lo cual influye en la pena.

Vienen a continuación los cuatro capítulos de carácter analítico, en los que se emplea un mismo esquema de análisis (pp. 88, 194, 225, 253, 327): descripción del régimen previsto, naturaleza jurídica, fundamento de la exención, estudio pormenorizado de los requisitos positivos y negativos, ámbito de aplicación personal, y toma de postura final (“Recapitulación”) sobre la concreta excusa.

En el cap. 1 se aborda con detalle el estudio de la regularización de la situación del defraudador tributario; y en menor medida del de subvenciones (y mínimamente del defraudador a la Seguridad Social). Tras un minucioso estudio de los concretos requisitos exigidos por la letra de la ley, en sus sucesivas versiones, se llega a la conclusión de que “por medio de la rectificación de la declaración y el pago de la deuda se eliminan el desvalor de acción y el desvalor de resultado y, consecuentemente, desaparece la necesidad de imposición de pena desde una perspectiva preventiva” (p. 186). Es más, esta causa de no punibilidad parece servir para poner de manifiesto cómo la conducta regularizatoria viene a neutralizar el injusto de la acción típica; en ese sentido, se entiende la insistencia en el aspecto postconsumativo y a la vez de retroceso o reversión respecto al injusto, más arriba descrito. Dado el fundamento preventivista de la exención de pena, se señala cómo resulta incoherente no atender a los motivos interiores de retorno a la legalidad por parte del regularizador: la ley se conforma con una voluntariedad mínima o formal, sin indagar en los motivos (cfr. pp. 122-123 y 186). A fin de cuentas, el bien jurídico y la dinámica comisiva admiten una posibilidad de persistir en la afectación al bien jurídico (basta con que las cosas sigan su curso), pero sobre todo admite también volver atrás o deshacer lo realizado, mediante una especie o variante de “desistimiento en la fase de injusto post-típico” (p. 188). Ciertamente el desistimiento se perfila como la clave comprensiva de estos supuestos, pues en ellos la peculiar fisonomía del bien jurídico admite todavía agravar la situación o, en cambio, deshacerla.

El cap. 2 se dedica al estudio de la atenuación por reintegro de cantidades apropiadas en el delito de malversación de caudales públicos (antiguo art. 433.II). Como bien se detalla en la nota 344, la

regulación fue reformada en 2015, y su contenido pasó a ser distinto. El fundamento que se asigna a esta previsión atenuatoria es el sentido reparador de la conducta (p. 218).

En el cap. 3 se trata con detalle la retractación en el delito de falso testimonio (art. 462). LANDERA sitúa la figura como un caso intermedio entre el desistimiento y la reparación (p. 272), y por tanto a medio camino entre la regularización y el reintegro (p. 311). En su opinión, los delitos de peligro abstracto son el ámbito idóneo para admitir figuras de “acciones contratípicas”, en la medida en que evitan que degeneren en peligro concreto o lesión (p. 273).

A la figura atenuatoria de la liberación anticipada de la persona detenida se dedica el cap. 4. En él se adopta como pauta interpretativa el desistimiento (p. 338), como paradigma incluso para identificar “hipotéticos ‘desistimientos’ en fase post-típica” (*ibidem*). En este caso, por la peculiar fisonomía del delito (permanente), se admiten formas de reversión o desistimiento que disminuirían *a posteriori* el contenido de injusto (pp. 343, 375). Con todo, el carácter personal del bien jurídico libertad impide que la liberación compense la agresión inicial (p. 377), de donde se explica su carácter atenuatorio y no eximente.

Las fuentes bibliográficas empleadas provienen en su gran mayoría del ámbito español, sin que falte alguna referencia a la doctrina en lenguas alemana e italiana. Las referencias jurisprudenciales, recogidas en una relación final, se reducen a las imprescindibles (en algunos capítulos, como 1 y 3, escasas) y son empleadas como muestras o ejemplos de aplicación de las disposiciones legales.

Realizo a continuación alguna observación, como consecuencia de las reflexiones a que invita la lectura de esta investigación.

En primer lugar, se podría llamar la atención sobre la desproporcionada extensión de la parte de análisis de las concretas excusas absolutorias estudiadas, frente a la de fundamentación o conceptualización. En este sentido, los caps. 2-5, que consumen una amplia proporción del conjunto, resultan menos interesantes si de lo que se trata es de esclarecer la categoría de la punibilidad en los casos de conductas postconsumativas de signo contrario o compensatorio. Y no me parece que se trate de una mera cuestión de economía al optar por reducir la tesis inicial a dimensiones practicables, pues entonces podrían aligerarse algo los capítulos citados; en cambio, resulta insuficiente por breve o reducida la parte constructiva (pp. 23-39, 379-384). Pienso que el lector académico hubiera preferido más extensión de esos aspectos; mientras el profesional práctico posiblemente no desee conocer todo de cada una de las cuatro excusas escogidas. Dicho de otra manera: LANDERA es autora de una sugerente tesis, cuyo contenido puede quedar oculto tras lo minucioso del análisis de las concretas excusas.

Además, en segundo lugar, la identificación de los cuatro supuestos como excusas absolutorias resulta discutible, pues no todas tienen ese carácter (de entrada dos de ellas son meramente atenuatorias), ni se refiere a todas las que se suelen recoger bajo esa denominación (por ejemplo, no trata de la exención por parentesco en delitos patrimoniales no violentos); y además, la propia

autora critica con argumentos plausibles su contenido político-criminal (nota 389). De donde el lector extrae fácilmente la conclusión de que el verdadero tema de la investigación, el que supone una novedad relevante –las acciones subsiguientes neutralizadoras del delito cometido– bien necesitaría otra denominación. En efecto, se podría abandonar la denominación de “excusas absolutorias” para los supuestos de acciones subsiguientes de contenido positivo.

En tercer lugar, aunque resulta comprensible por el tiempo transcurrido entre la defensa de la tesis y su publicación, como se ha señalado, podrían haberse actualizado algunos aspectos que no son menores. En concreto, por lo que hace a la previsión legislativa del reintegro en la malversación, que ha resultado reformado entre tanto, y que con ello exigiría modificar algunos argumentos literales y político-criminales: a mi juicio, hubiera sido de ayuda contar con una explicación de las razones por las que el legislador modificó esta previsión, con el fin de extraer consecuencias. También la referencia al régimen de penalidad de las personas jurídicas (pp. 176-178), previsto después de este estudio, pero antes de la publicación, y que podría servir para proporcionar nuevos argumentos (por ejemplo, a efectos de notificaciones o de beneficiados por la regularización en delitos contra la Hacienda Pública: pp. 133-147).

Cabe, en cuarto lugar, reconocer el interés por ese grupo de conductas subsiguientes en las que se pone en duda el injusto de la acción típica. Sea como fuere, *algo pasa después de la consumación* que afecta, no sólo a la necesidad de la reacción penal, sino también a la entidad de la conducta realizada. Es mérito de LANDERA haber reconocido e identificado ese grupo de conductas. Cabría sugerir que en ellas, puesto que se da una conducta subsiguiente, tendría sentido preguntarse por los aspectos subjetivos del hecho, el conocimiento y la voluntad (como el “negativo” del dolo, por seguir con la imagen que emplea en la investigación); asimismo, se podría exponer en clave de imputación objetiva el sentido de la acción “contratípica” como el despliegue de un curso de acción neutralizadora del riesgo típico inicial. En este sentido, pienso que la doctrina de la omisión y los delitos especiales podría tenerse en cuenta: y es que, al cometer el delito, el autor pasa a ser un claro ingerente en la esfera de libertad de la víctima, por lo que está en posición privilegiada para actuar: es más, tendría el *deber* de actuar para volver atrás la situación. En cuanto al contenido de la acción “contratípica”, es interesante lo que la autora apunta en diversos lugares (por ejemplo, en p. 29) a propósito del injusto: acostumbrados, como estamos, a asociarlo al momento de realización de la acción típica, es oportuno plantearse por la perduración del sentido o significado del delito en la amplia fase que va desde el inicio de la realización del tipo, hasta la de cumplimiento de la pena. Esta reflexión excede con mucho los límites de la investigación aquí reseñada, uno de cuyos méritos es haber centrado el objeto de interés en la dimensión y duración del injusto.

En fin, son meras sugerencias para proseguir reflexionando sobre un tema que LANDERA ha abierto con su investigación. Habría que llamar de nuevo la atención de la importancia de los aspectos formales que, siendo más de competencia de la editorial, no están a la altura de los contenidos: un mayor esmero en evitar erratas y unificar estilos ayudaría a cualificar la amplia producción editorial. Con un esfuerzo adicional de revisión de la composición y estilo, se podría lograr mucha más calidad bibliográfica; mientras que las erratas desmerecen de la calidad de la obra investigadora. Y no parece que la calidad deba estar reñida con la pulcritud.

Aunque el origen de esta monografía se halle en la tesis doctoral de 2009, ha valido la pena esperar para que ahora vea la luz su investigación sobre las excusas absolutorias. LANDERA LURI ha sabido seleccionar bien su tema, abordarlo con originalidad y buen sentido. Y aquí está el resultado final: una monografía cuya lectura es necesaria para comprender un poco más esa categoría final de la punibilidad y contribuir a resolver sus no pocas incógnitas.

Recensión a Ramón RAGUÉS I VALLÈS, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (165 págs.)

Adán Nieto Martín

Universidad de Castilla la Mancha

Es hora de ir a los detalles. Durante estos últimos años el debate acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha estado presidido por las grandes cuestiones. De un lado, la legitimidad de la decisión del legislador. De otro la discusión acerca del fundamento de la responsabilidad. La obra de Ramón RAGUÉS que comentamos se enfrenta con uno de los “elementos singulares que conforman esta forma de responsabilidad”: la función que cumple la exigencia de que el delito sea cometido por la persona natural en beneficio, directo o indirecto, de la entidad. Mas como siempre ocurre, el análisis de los detalles es el camino más seguro para analizar los problemas fundamentales.

Tras leer la primera parte de la obra, la impresión que uno saca es que el término “en beneficio” es como uno de esos invitados que a veces encontramos en las bodas, a quienes nadie conoce pero todos asumen que deben estar. Prueba de ello son su muy generalizada presencia en el derecho comparado y el empecinamiento del legislador español en mantenerlo. En la reforma del 2015, siguiendo ni más ni menos que las indicaciones de la OCDE –¡menudo padrino!–, se modificó el originario “en provecho”, por la actual fórmula. Más sorprendente es aún cómo nuestro invitado se ha colado a través de las normas europeas. Tras el estudio de Ramón RAGUÉS parece que son los traductores europeos quienes se encargan de incluirlo o excluirlo en las diversas versiones.

Asumida su asistencia al banquete, las interpretaciones que se hacen acerca de las razones de su presencia se dividen básicamente entre aquellos que lo entienden en clave subjetiva y quienes lo objetivizan. Para unos se trata de un elemento subjetivo especial que ha de constatarse en la persona física que actúa, para otros se trata más bien de una característica del comportamiento: su capacidad en abstracto para generar beneficios al autor.

En realidad, como el autor expone, la presencia de nuestro extraño invitado se explica porque la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mítica Hudson River del TS de los EEUU tomó prestados elementos y razonamientos del derecho de daños. “Quien encomienda a otro una determinada gestión y se beneficia de ella debe responder en caso de que dicho agente ocasione algún resultado dañoso”. Examinada desde esta óptica la responsabilidad penal de la persona jurídica, no estaría lejos del enriquecimiento injusto, de los partícipes a título lucrativo o de la responsabilidad civil subsidiaria que se establece en el art. 120.4º del CP, aplicable a “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados”.

Una vez que hemos desenmascarado al invitado, lo más lógico hubiese sido echarlo sin más del banquete de la regulación de las personas jurídicas. Un intruso que se ha colado, procedente del mundo de la responsabilidad objetiva y que atiende a la lógica de distribución de costes y beneficios del derecho civil, no debiera sentarse a la mesa del derecho penal presidida por el principio de culpabilidad (pp. 69 ss).

Esta opción, como reconoce el autor, resulta incompatible con el principio de legalidad. La presencia de nuestro intruso se debe precisamente a la invitación efectuada por el legislador, cuya presencia además tiene un claro carácter limitativo de la responsabilidad. Nos guste o no, debemos, por tanto, sentarlo en la mesa y darle una finalidad (p. 79). Y a este objetivo es al que Ramón RAGUÉS dedica la segunda parte de su obra. El elemento “en beneficio”, debe interpretarse conjuntamente con los elementos “en el ejercicio de atribuciones sociales”, “por cuenta” o “en nombre o por cuenta”. Este haz de elementos típicos tiene como finalidad describir el denominado “hecho de conexión”.

El hecho de conexión cumple dos finalidades distintas. En primer lugar, legitima: una persona jurídica no puede ser hecha responsable de cualquier delito cometido por una persona natural. A juicio del autor, la persona jurídica solo puede ser hecha responsable si (a) existe un acto de delegación: “un acto objetivo, expreso o tácito, por el que la persona jurídica haya encomendado determinadas funciones a la persona física y, a la vez, haya asumido como propios los efectos de la actuación de esta última”; (b) el delito se comete en el contexto o con ocasión del desempeño de funciones asumidas por delegación del principal (resumidamente, p. 28). Esto es en realidad lo que el art. 31 bis quiere señalar a través de las expresiones de “ejercicio de atribuciones sociales”, o “en nombre o por cuenta”.

Dentro del espacio de lo legítimo, el legislador puede, conforme al principio de fragmentariedad, limitar la responsabilidad. En el sistema español, basado en la responsabilidad derivada de un defecto de organización, estos recortes tienen como objetivo político criminal establecer en relación a qué comportamientos individuales la persona jurídica tiene que establecer programas de cumplimiento o modelos de organización. La limitación más significativa es el sistema de *númerus clausus* que el legislador ha elegido a la hora de tipificar la responsabilidad de personas jurídicas. La segunda es que dentro de los delitos elegidos, la persona jurídica debe desempeñar sus obligaciones preventivas en relación a aquellas conductas que puedan beneficiarle (p. 93 ss, conclusión p. 97). Este es el sentido político criminal de la expresión “en beneficio”.

Lógicamente y a diferencia del primero de los elementos del “hecho de conexión”, que resultan irrenunciables (expresamente, p. 101), este límite puede ser dejado de lado por el legislador. Pero haber encontrado el significado político criminal del elemento permite al autor realizar una interpretación del mismo alumbrada con el potente faro de la interpretación teleológica (p. 110), que conduce a indicar que la expresión “en beneficio” debe interpretarse de manera objetiva.

Mientras que “la adopción de un modelo estrictamente subjetivo dificultaría notablemente la orientación de las personas jurídicas en el cumplimiento de sus deberes de supervisión”, la

interpretación objetiva les permite con mayor facilidad determinar ex ante si un determinado tipo de comportamiento (en las afortunadas palabras de la Fiscalía: “tendencia objetiva de la acción”) puede beneficiar a la persona jurídica y por tanto conformar un programa de cumplimiento que sirva para su prevención.

A partir de esta constatación, la obra analiza minuciosamente una serie de supuestos, aportando numerosas e interesantes consecuencias prácticas. Así por ejemplo se pone de manifiesto cómo en un grupo de delitos, la aptitud del delito para generar beneficios hace que la existencia del requisito “en beneficio” sea inherente. El arquetipo sería el delito fiscal. Otros por ejemplo presentan un carácter mucho más abierto (por ejemplo, la revelación de secretos) y la exigencia del hecho de conexión y en particular del elemento “en beneficio” será determinante.

Leer al Profesor RAGUÉS es siempre una actividad gratificante y útil. La obra que ahora se recensiona no es una excepción, la propuesta que hace del elemento “en beneficio” es convincente, como también lo es su propuesta de prescindir del mismo en futuras reformas. Es un resultado que comparto. En uno de mis últimos trabajos sobre este asunto (“La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2018) he intentado formular sistemas de responsabilidad diferentes en atención al tipo de deberes de autorregulación que se quieran implantar. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe ser exactamente igual por ejemplo en los delitos dolosos que en los imprudentes.

En el contexto de este debate, la pregunta que me sugieren las conclusiones de la obra es si el merecimiento de pena y la necesidad de pena para la persona jurídica son exactamente igual cuando se trata de prevenir comportamiento que benefician a la entidad, que otros que les pueden ser “neutrales”. Desde luego, la regulación del blanqueo de capitales obliga a prevenir tanto los casos en que el empleado de banca actúa con la intención de beneficiar a la entidad, como aquellos otros en los que intenta beneficiarse él o un tercero, pero la pregunta es si la responsabilidad de la persona jurídica merece igual pena en ambos casos o, aún más, si debe ser abordada mediante una infracción similar. La criminología, desde Sutherland, nos indica que el comportamiento que con más facilidad genera la empresa es el del empleado que atrapado por el espíritu criminal de grupo desea beneficiarla. ¿No tendría sentido en este caso mantener un tipo de incriminación de la persona jurídica, con mayor contenido punitivo? Por ejemplo, ¿tendría sentido crear un tipo penal similar al defenestrado art. 286 seis del proyecto del 2015 para sancionar los supuestos en que la empresa incumple las obligaciones preventivas que le impone el legislador? Este precepto podría convivir con un tipo penal como el que propone el art. 31 bis, donde la expresión “en beneficio” denotaría un tipo de comportamientos no sólo más peligrosos y dañinos socialmente (lo que no siempre puede ocurrir), sino que por proceder de factores criminógenos puestos en marcha por la empresa exige un mayor compromiso de la empresa en su prevención. En fin, como pueden apreciar, el libro que comentamos posee el rasgo que acompaña al trabajo científico bien hecho: anima a seguir leyendo y pensando.

**Recensión a Luis Emilio Rojas A., *Teoría funcionalista de la falsedad documental*,
Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (184 págs.)**

Mario Pereira Garmendia

Universidad de Navarra

Luis Emilio ROJAS es *legum magister* y *doctor iur.* por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania (2010). Encargado del Área de Derecho penal y coordinador académico de los programas de postgrado en Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, es autor de la obra *Grundprobleme der Haushaltsuntrue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Untrue* (§ 266 StGB), 2011, así como de numerosos artículos publicados en revistas especializadas.

Cierto es que pocos temas resultan tan complejos y áridos a la dogmática penal, como el de las falsedades documentales. Mas esta no es una obra que reitere postulados tradicionales, sino que, con un enfoque novedoso y más normativista que funcionalista, propone la demostración de la siguiente hipótesis: que los arts. 193, 194 y 197 del código penal chileno (correlativos a los arts. 390 a 396 del código penal español) comparten una misma conducta básica prohibida, constituyendo así un verdadero *sistema de normas*. El denominador común de dicho sistema, en palabras del autor, radica en la descripción de tal conducta básica comisiva de una falsedad documental. No obstante, reconoce cómo la doctrina y jurisprudencia mayoritarias (tanto chilenas, como españolas) han procedido a interpretar estos tipos penales fraccionando dicho sistema de normas y, desde allí, destruyendo esa lógica normativa. Así, interpretan al art. 193 como un delito especial de funcionario público, que tutela la “administración pública documentaria”. El art. 194, configuraría un delito “híbrido” compuesto de falsificación material de documento público y de falsedad ideológica, cuya sanción quedaría supeditada (en esta segunda hipótesis) a la existencia de otra ley penal. Respecto de la norma subyacente a dicho tipo penal, la doctrina mayoritaria –advierte el autor– ha dejado “en la oscuridad”, sin aportar una explicación racional de su fundamentación. Finalmente, en cuanto al art. 197, entienden que establecería un delito de falsedad material en perjuicio patrimonial de otro, cuyo fundamento se encuentra en la protección al patrimonio. De tal manera, y pese a que la ley penal expresamente establece un sistema de normas, la doctrina y la jurisprudencia (en virtud de tal modelo de comprensión) han concluido en la existencia de tres delitos diferentes: un delito funcionario (193), un delito híbrido (194) y un delito patrimonial (197). Rompiéndose de tal modo todo esbozo de unidad y coherencia sistémica entre ellos.

La razón por la que la doctrina y jurisprudencia se han decantado a favor de este “modelo de comprensión” se encontraría en la técnica legislativa adoptada por el código penal chileno de 1874 (derivada del *Code Pénal* francés de 1810), que confundía e incluía en un mismo tipo penal, dos injustos diferentes relativos al documento: un injusto básico de falsedad documental, entendido como creación de un documento falso en el sentido de inexistente; y un injusto de falsedad documental sobre un documento existente, pero cuyo testimonio acerca de los hechos relevantes falta a la verdad como correspondencia. Sin embargo, como sentencia el autor: “Una

técnica legislativa poco depurada, menos diferenciada, es solamente una opción del legislador histórico. No implica que el *texto de la ley penal* no abarque ambos injustos del delito reseñados. El comprensible esfuerzo que ha destinado la doctrina y jurisprudencia de raigambre latina a lo largo de más de un siglo de álgida discusión para no hacer responder penalmente a un particular por una simple ‘mentira por escrito’ (‘delito de falsedad ideológica’), ha relegado al más profundo olvido la existencia del injusto básico de la falsedad documental”.

La obra, en palabras del autor, tiene por sentido y fin, “rescatar del olvido y traer nuevamente a la luz este injusto básico del delito de falsedad documental”. Así, a través de cuatro capítulos armónicamente entrelazados entre sí y manteniendo una clarísima coherencia intradogmática, el autor comprueba la hipótesis planteada: que la descripción de la conducta prohibida incluida en el encabezado del tipo del art. 193 del código penal chileno y al cual remiten tanto el tipo del art. 194 como el del art. 197, abarca el mismo tipo de injusto básico que el delito de falsedad documental descrito en el tipo del § 267 StGB. Esto es: el cometer falsedad como equivalente a crear o hacer un documento falso, inexistente, tanto si es público o como privado. Norma, cuyo fundamento dogmático se halla en la violación de un deber (negativo) de veracidad. De ahí que la norma subyacente al tipo del art. 193 prohíba al empleado público crear un documento público falso; a la vez que la implícita en el art. 194 extienda tal prohibición a los particulares; y la del art. 197, prohíba a cualquier persona crear un documento falso. El problema se suscita respecto de la modalidad de comisión descrita en el art. 193.4: la que alude explícitamente a la falsedad como discrepancia entre narración y hecho y, por ende, presupone un concepto de verdad como correspondencia. Este otro injusto del delito abarcado por la descripción contenida en ambos tipos penales se restringe conceptualmente a una clase de documentos: el testimonial y público. Siendo que, para este otro tipo de falsedad (continente de un interés diverso), la *ratio legis* emerge de los deberes (positivos) de veracidad, institucionalmente delimitados por normas pre-penales.

A los efectos de comprobar los anteriores asertos, en el capítulo primero se analiza la evolución histórica de esta figura penal. Así, se parte del Derecho romano; concretamente, de la *Lex Cornelia de falsis* introducida como respuesta a la creciente falsificación de testamentos escritos (modalidad de acto jurídico que estaba desplazando a la *mancipatio*). Extendiéndose en el año 16 d.C. esta *quaestio de falsis* a otros documentos, si bien sólo respecto de las conductas de *scribere, signare* y *recitare* (*i.e.*: a los casos de falsedad material). Respetándose, en todo caso, la concepción de falsedad aportada por PAULO (Digesto 48,10,23): “se considera [falsedad] cuando alguno imitara una escritura ajena o un libelo, o mutilara o rehiciera un escrito o unas cuentas, pero no si de otro modo mintiera en una computación o cuenta”. Será con la glosa de AZIO a la Novela LXXIII de Justiniano (en plena Edad Media) cuando, a efectos de definir el *crimen falsi*, se confundirá el concepto de *falsum est imitatio veri* por el de *falsum est immutatio veritatis*. Se entiende que hay mutación de la verdad siempre que mediante ella nazca la posibilidad de que una tercera persona resulte engañada. De tal modo, este delito se identifica con toda mutación de la verdad hecha con dolo y concebida en un sentido subjetivo: provocar en el observador una representación que no se corresponda con las relaciones entre los objetos percibidos (*i.e.*: provocar un error). La doctrina medieval también consideraba menester la verificación de un perjuicio a otro, si bien no cumplía sino una función –conforme a los parámetros dogmáticos actuales– de determinación del riesgo

típicamente relevante: la mutación constituirá un riesgo típico, en la medida en que sea apta para provocar un daño a otro a través de una representación falsa.

Sin embargo, ya dentro de la legislación contemporánea, punto de inflexión fueron los arts. 145 y ss. del citado *Code Pénal* francés de 1810 (legislación recibida en los códigos penales españoles de 1822, 1848 y 1870). Ciertamente es que en éste sólo se describían las diversas modalidades en que se podía consumir el delito, sin entrar a precisarse los elementos esenciales. Y de ahí que la doctrina haya integrado tales tipos con las construcciones dogmáticas pertenecientes al *crimen falsi* medieval. No obstante, la regulación que hizo el *Code Pénal* sí vino a influir decisivamente en la manera en que sistematizó la falsedad documental: se verificaron dos características comunes a dichos tipos penales: a) ser una sistemática construida sobre la base del delito de falsedad en documento público, a la que sigue un tipo penal residual de falsedad en documento privado; y b) observar, con posterioridad, una descripción de las modalidades de comisión del delito, exigiéndose –legalmente–, respecto de los documentos privados, la generación de un perjuicio a un tercero, tanto de naturaleza patrimonial, como referido al honor. La razón de esta estructura –dice el autor– radicaría en dos extremos: de un lado, la concepción de que lo tutelado por estos delitos no es ni la escritura ni la forma del acto, sino la fe pública (en el sentido de la confianza depositada en la prueba escrita); y, de otro lado, por considerar que la mutación de la verdad que recae en una escritura pública o privada sólo es punible cuando se realiza conforme a las conductas descritas en la ley. Por lo que el tipo penal pasa a sintetizar, en una sola redacción, conductas que atentan contra intereses diferentes (la falsedad material y la falsedad ideológica).

Cerrando el capítulo, se encuentra un profundo análisis acerca de la evolución de esta figura en el derecho alemán. Se indica cómo tal sistemática se construyó al revés de la legislación francesa: partiendo de la base de un tipo de falsedad correspondiente a cualquier documento, seguido de disposiciones penales relativas a la falsedad en documento público, entre otras. Tal técnica legislativa describe con fórmulas generales la falsedad documental en el tipo básico, mientras que en las disposiciones sobre falsedad en documentos y registros públicos se precisan modalidades concretas de comisión. En adición, el autor analiza críticamente las valoraciones hechas por la doctrina alemana acerca del fundamento del castigo de la falsedad documental (extremos que desarrolla en los capítulos dos y cuatro). Se entiende que no se agota en la alteración de la verdad, sino que debe referirse a un derecho de un tercero tutelable jurídico-penalmente. Surge entonces la discusión entre quienes sustentan que lo tutelado es un derecho a la verdad en perspectiva subjetiva (así: KLEINSCHROD, FEUERBACH); y quienes sustentan que lo tutelado es la fe pública, no pudiendo existir un derecho a la conservación inalterada de la verdad (así: BINDING, KLIEN). Posiciones que se intentaron sintetizar en la fórmula ecléctica de BAUER, conforme a la cual el fundamento residiría en la tutela de un derecho negativo (correspondiente a toda persona) de omisión de alteraciones a la verdad pasibles de poner en peligro o de lesionar sus derechos (se trataría de una manifestación del *neminem laedere*). Claro que para ello el concepto de fe pública se ha de relacionar con el aportado –originalmente– por ROSSHIRT: aquel vínculo de buena fe que une a una persona con otra, y cuya vulneración trasciende el ámbito interpersonal e involucra intereses públicos. Sin embargo, tal ejercicio de síntesis resulta imposible si nos atenemos al concepto de fe pública más recibido (el postulado por ORTLOFF): aquella confianza general

depositada en ciertas formas auténticas de relaciones y cosas. Aquí, las distancias con la teoría del derecho a la verdad resultan, como mínimo, insalvables.

El capítulo tercero, trata sobre las “dicotomías” generadas dentro del modelo de interpretación mayoritariamente seguido tanto en Chile como en España, las que actúan “como una suerte de velo [que] le impide a la doctrina y la jurisprudencia ver el injusto propio de los delitos de falsedad documental. Al no darse cuenta del injusto realizado (...), recurren a otro delito para arribar a una solución del mismo.” Así, el autor identifica cuatro dicotomías: entre fe pública como bien jurídico colectivo y patrimonio como bien jurídico personal; entre documento público como portador de fe pública y documento privado como mero instrumento de la defraudación patrimonial; entre falsedad ideológica y falsedad material como injustos esencialmente diferentes y, por último, entre delito especial y delito común (incluyendo la modalidad “híbrida” del art. 194). Resultan particularmente relevantes las dos primeras, puesto que, tras admitir la fe pública como bien jurídico (colectivo), luego se termina recurriendo al patrimonio (bien jurídico individual) a los efectos de determinar la ofensividad de la conducta. Luego, la argumentación se mueve en las antípodas de dos bienes jurídicos esencialmente distintos; sin determinarse cuál de ellos es el que imprime la dirección dogmática del tipo, ni respecto a cuál de ellos se considerará la creación (o no) de un riesgo típicamente relevante. La segunda dicotomía es fruto directo de la anterior: ya que ¿cuál es el objeto sobre el que recae la conducta típica? Puesto que, si bien la falsedad recae sobre “documentos”, es el documento público el auténtico beneficiario de la fe pública; de allí que la falsificación sobre documento privado se vea reducida –por esta interpretación– a un medio especial de comisión de una estafa (planteándose, conforme a la doctrina chilena, un concurso aparente de normas, más que un concurso medial).

Los aportes de mayor enjundia, se hallan en el capítulo cuarto, donde se critica cómo la regulación sistemática del *Code Pénal* ha provocado que la doctrina chilena y española mayoritarias propusieran tal justificación conglobante sobre la protección de los intereses en juego; sin reparar en que los mismos son diferentes y exigen, por tanto, una fundamentación propia. No obstante, soluciones como la de recurrir a la teoría de las funciones del documento, a efectos de fundamentar la *ratio* del art. 193 del código penal chileno, o del art. 390.1 del código español, no son de recibo. Ello, puesto que tal teoría ha sido creada por la doctrina alemana a los efectos del § 267 StGB, cuya finalidad se circunscribe a la protección de la autenticidad de un documento público o privado. A estos efectos, ha de tenerse presente que en el StGB la falsedad ideológica cometida por funcionario público o por particular se castigan en tipos diferentes al del § 267 (los tipos de “falsa documentación” de los §§ 271 y 348, respectivamente).

Sin perjuicio de tal confusa sistematización, heredada en los códigos español y chileno, no se impide verificar la existencia de un delito básico, consistente en la falsedad material de un documento, y de otra modalidad que obedece a la falsedad ideológica; cuyos fundamentos, al ser distintos, no pueden sintetizarse sin incurrir en las dicotomías relacionadas por el autor. Se concluye que el fundamento de la norma que brinda protección a la autenticidad de un documento, sea público o privado, radica en un derecho negativo a la verdad que, como tal, exige amplia protección. De ahí que la norma abarque cualquier clase de documento, y que la discusión

doctrinal se deba centrar en el concepto normativo de documento. Por el contrario, el fundamento de la norma que brinda protección a la verdad de la documentación pública, consiste en un derecho positivo a la verdad, correlativo a un deber siempre restringido. De allí que su alcance se limite a cierta clase de documentos públicos (testimoniales, aquellos que contienen una declaración sobre la ocurrencia de un hecho) y solamente respecto de determinados contenidos fácticos relevantes. Relevancia que no emerge de la fe pública, puesto que esta última es el reflejo del deber de verdad (y no al revés). Bien al contrario, su relevancia emerge de los deberes de veracidad determinados por normas pre-penales.

Por supuesto que la brevedad que esta reseña supone, no permite hacer justicia a la profunda argumentación y extensa doctrina que el autor maneja con particular claridad expositiva. Sólo cabe resaltar que estamos ante una obra novedosa que, sin hesitaciones, resultará lectura obligada para todo aquel que desee profundizar sobre el régimen penal del delito de falsedad documental en la doctrina jurídico-penal.