

CABEZAS, Carlos, “Recensión: VV.AA., SÁNCHEZ-OSTIZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2010, 1027 páginas.
Polít. Crim. Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), Rec. 1, pp. 243 - 247.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13R1.pdf]

Recensión: VV.AA., SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, 1027 páginas.

Carlos Cabezas Cabezas¹
Universidad de Antofagasta
ccabezas@uantof.cl

Siempre es difícil recensionar una obra de la envergadura y ambiciones del presente volumen, puesto que *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* es una *rara avis*, tanto para el propio derecho español como para nuestro derecho. Se trata de una novedad que, como toda obra del espíritu humano que comienza el recorrido de una nueva vía está plagada de méritos aunque también de algún detalle que hace esta obra importante y original pero, de todos modos, perfectible.

Se trata de un volumen de 1027 páginas, a cargo del joven profesor Pablo Sánchez Ostiz – el cual, además, es responsable de uno de los comentarios– cuyo título exprime una idea bien precisa: “Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal”, es decir, casos del Derecho penal español, pero también de otros ordenamientos, que, sea por su importancia, por su relevancia en el desarrollo del derecho penal posterior han sellado un momento indeleble, trascendente, un escalón más en la construcción de la disciplina penal contemporánea, incluso hasta nuestros días. Esta finalidad ya es de por sí evidencia de la ambición científica de sus autores, la cual, como veremos más adelante se satisface, mas no completamente.

Esta pretensión trae como consecuencia que se reúnan en el volumen casos venerables y profusamente usados en aulas universitarias, como el de *Rose-Rosahl* hasta aquellos más recientes y algo desconocidos, particularmente aquellos decididos en el derecho anglosajón después de los eventos del 11 de septiembre de 2001. Por lo tanto, valorar una obra de estas dimensiones parece ser también una tarea sumamente ambiciosa. En consecuencia, pido excusas al lector si esta recensión no llega a proveer un cuadro suficientemente exhaustivo de ella.

El volumen, formalmente, posee 54 casos de Derecho penal, además de una introducción a cargo del mismo Sánchez Ostiz y del profesor Jesús María Silva Sánchez. Se trata de 56 autores, 44 españoles, 2 chilenos, 4 italianos, 1 estadounidense, 1 peruano, 2 argentinos, 2 alemanes y un inglés. Los casos en su gran mayoría pertenecen a la jurisprudencia española de diversas instancias; mas, como se intuye, una obra de esta naturaleza no puede detenerse exclusivamente en la praxis jurisprudencial ibérica. Por ello, comparecen también 13 sentencias alemanas (confirmando, otra vez, la importancia no sólo de su doctrina, sino

¹ Profesor de Derecho penal Universidad de Antofagasta. Doctorando en Derecho penal, Universidad de Trento, Italia.

CABEZAS, Carlos, “Recensión: VV.AA., SÁNCHEZ-OSTIZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2010, 1027 páginas.

también de su jurisprudencia), 3 de Gran Bretaña, 2 de Italia y 2 sentencias sudamericanas (Argentina y Guatemala). A este cuadro comprensivo se agregan 4 sentencias de tribunales internacionales. El orden de los casos no es por materia, sino cronológico. La razón es muy sencilla: “Agruparlos por temas resultaba inviable, a la vista de las múltiples cuestiones abordadas en ellos” (p. 43). Algunos comentarios tienen 2 autores.

Por lo anterior, la única forma de juzgar una obra de este tipo es valorarla en base a sus objetivos, expresamente indicados en pág. 59: la obra tiene una pretensión expositiva y analítica, junto con desarrollar el análisis crítico de las soluciones y argumentos esgrimidos en las sentencias. De hecho, el examen de las decisiones asumidas hace patente el hecho que algunas de ellas merecen soluciones diversas. Por último, la obra, al cumplir dichos objetivos pretende, además, enriquecer el debate penalista.

La introducción de la obra desarrolla un breve ensayo acerca de la importancia del método de casos en la enseñanza del Derecho y de la jurisprudencia como parte del desarrollo del ordenamiento. Respecto al primer aspecto, los autores subrayan las ventajas y desventajas de este método: por un lado, el caso demuestra la relación entre Derecho sustancial y Derecho procesal, induciendo en los estudiantes el desarrollo del razonamiento jurídico; por otro lado, sin embargo, se arriesga generar una visión demasiado reducida, incierta y asistemática del fenómeno jurídico, siempre susceptible de manipulación. Respecto al rol de la jurisprudencia en la formación del Derecho, los autores desarrollan el ya viejo problema del intérprete como creador del Derecho, basándose en las teorías de autores como Müller y Kaufmann.

Cada caso debiese presentar tendencialmente las siguientes características: haber establecido un precedente, haber dado origen a criterios jurisprudenciales homogéneos, y haber alcanzado de este modo status doctrinal, haciendo historia. “Expresado de otro modo: han trascendido su condición de meras manifestaciones de una justicia del caso (*case law*) alcanzando una mayor o menor generalización” (p. 45) De esta forma, con su estudio “se proporciona un enfoque único sobre la evolución del Derecho penal (singularmente del español) a lo largo de más de un siglo” (p. 46).

Los casos pueden clasificarse entre aquellos de relevancia internacional (entendiendo por internacional no de aquellos propios del Derecho internacional penal, sino aquellos que son importantes para todo el Derecho continental o *civil law*) y aquellos que, si bien pueden ser interesantes para una pluralidad de ordenamientos, se refieren en propiedad a la justicia española o, en su defecto, nacional. En esta clasificación no es importante el origen geográfico de la sentencia. Por ejemplo, el caso del *Aceite de colza* famoso en la jurisprudencia ibérica es importante e interesante para todo el Derecho penal de matriz jurisprudencial (al mismo nivel del caso *Contergan*); mientras, en cambio, uno como el *Del chapista*, si bien desarrolla problemas presentes en todas las jurisdicciones, ha tenido una relevancia mucho más vasta en el medio español.

Cada caso, tendencialmente, presenta la misma estructura: una breve exposición de los hechos de la sentencia; a continuación se explican los extremos jurisprudenciales que han

convertido aquel caso importante para el desarrollo del Derecho penal. En seguida, el autor de cada comentario desarrolla un estudio crítico de la solución ofrecida por el tribunal y de la discusión originada, finalizando con su opinión personal.

Resulta del todo evidente que la lectura de un texto como este no puede hacerse en forma rígida, siguiendo el orden de los “capítulos”, sino según el interés del lector. Para ello, puede resultar muy útil el índice analítico al final del libro.

Representa al primer grupo de casos el ya célebre *Sirius* (profusamente utilizado en aulas universitarias), donde el BGH, enfrentado al problema de decidir entre una autoría mediata y una inducción –impune– al suicidio, decide por la autoría mediata. La responsable del comentario, Carolina Bolea-Bardón, en cambio, a través de un ordenado examen de la doctrina originada después del caso, se decanta por la autorresponsabilidad de la víctima y, en consecuencia, por la inducción al suicidio, impune. Otro comentario de caso perteneciente a este primer grupo es el de la *Mignonete* donde su autor, el profesor Luis E. Chiesa, desde la perspectiva del *common law*, se orienta hacia una solución similar a la ofrecida por la doctrina anglosajona de la *duress*, es decir, de una especie de estado de necesidad exculpante. Clásico pero más reciente, el caso *Roe v/s Wade* es analizado por el profesor chileno Juan Ignacio Piña, quien nos pone en alerta acerca de cómo la sentencia, si bien importante, no logró efectivamente pacificar la legislación acerca del aborto en Estados Unidos.

Buen ejemplo, en cambio, del segundo grupo, es decir, aquel donde el caso es más relevante desde un punto de vista nacional es el *De la ignorancia vencible* a cargo de Massimo Donini, autor que expone la famosa intervención de la Corte constitucional italiana (la sentencia 364/1988), la cual ha reescrito “las bases de la imputación subjetiva del delito en general”, sin eliminar, todavía, todos los casos de responsabilidad objetiva del viejo código Rocco. La crítica del autor, por otra parte se dirige al requisito de la inevitabilidad, el cual tiene un alcance limitado en la era de *google*. Respecto a la jurisprudencia española, el caso *De la silla*, su autor José Luis González Cussac examina el ámbito de responsabilidad de la víctima en el marco de la imputación objetiva en un medio, como el laboral, que presenta a menudo situaciones donde el límite entre riesgo aceptado y permitido se torna difuso. El autor niega que puedan resolverse estos problemas a la luz del estado de necesidad justificante. En lo que se refiere a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, Luigi Cornacchia expone el notorio caso *Erdemovic* concluyendo que se trata de un buen ejemplo de cómo la justicia criminal supranacional aun no ha alcanzado a definir su finalidad, teniendo presente que sus respuestas con dificultad arriban a un resultado diverso de la condena (lo que hace, precisamente, famoso el caso del soldado croata). De interés acerca de cuestiones relativas al principio de legalidad y su progresivo debilitamiento es el *Del medio ambiente europeo* a cargo de Raúl Carnevali, donde se exponen las bases de un posible Derecho penal de la comunidad europea el cual amenaza el principio cardinal del *nullum crimen sine lege* a través de la emisión de Directivas supraestatales cada vez más vinculantes y escasamente legitimadas a nivel democrático.

CABEZAS, Carlos, “Recensión: VV.AA., SÁNCHEZ-OSTIZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2010, 1027 páginas.

Luego de esta breve exposición de algunos casos, debe subrayarse que este volumen no es un manual de Derecho penal. Los estudiantes tendrían muchos problemas para aprender la parte general solo leyendo los casos. Tampoco es un *casebook* como aquellos a través de los cuales se enseña el Derecho en los países del *common law*, ya que en los casos expuestos faltan explicaciones metodológicas acerca de cómo resolver problemas jurídicos y argumentar una sentencia. El volumen se presenta, en cambio, como un excelente instrumento didáctico y para la investigación jurídica: los comentarios, en general, poseen un alto nivel, puesto que los autores, partiendo de la base del mismo texto jurisprudencial, resumen la discusión doctrinal originada del caso y, luego, proponen su posición personal la cual, a veces, puede ser una verdadera novedad, no exenta de polémica. Para la didáctica el volumen es una herramienta óptima, puesto que los casos acercan el Derecho a la problemática realidad de los hechos, aun cuando en los comentarios falten, a veces, explicaciones metodológicas. Por lo tanto, es tarea del docente orientar su estudio. Así, la obra es un instrumento complementario de los tradicionales manuales.

Aquello a lo que más asemeja el volumen es a una enciclopedia: la enciclopedia es una obra en la cual son reunidas y ordenadas nociones de todas las disciplinas o de una sola de ellas, en este caso, del Derecho penal, sobre todo de la parte general y, en medida más reducida, de la parte especial.

La antedicha ambición de compendiar si no todo, al menos una parte sustancial del Derecho penal deja los comentarios a veces demasiado breves, a pesar del esfuerzo de los autores para, de una parte, exprimir la complejidad del evento real y jurídico en pocas páginas y, por otra parte y al mismo tiempo, dar cumplimiento a las normas editoriales. Sin perjuicio de esto, la experiencia y habilidad de algunos autores hace de sus comentarios una magnífica contribución, a pesar de la falta de espacio.

Indicamos más arriba que la ambición científica del coordinador de la obra se satisface más no completamente. La explicación dice relación, por un lado, con la dificultad *in primis* de determinar cuáles casos *han hecho* doctrina verdaderamente en el Derecho penal. Si bien aquellos más antiguos, como el de la *Mignonette* no admiten dudas, los más recientes –por ejemplo, el interesante caso *Enron* de la jurisprudencia estadounidense– dada su relativa “juventud” presentan al lector serias dudas respecto a su categoría “doctrinal” no en el sentido que no sienten doctrina, sino en el hecho que aun es demasiado pronto para determinar si lo fallado se afirmará en el tiempo y creará líneas jurisprudenciales uniformes. El análisis del caso *Contergan* a cargo del profesor Cancio Melià es un ejemplo de cómo, una sentencia, si bien importante y técnicamente correcta no necesariamente termina reflejándose en la jurisprudencia posterior y que sólo el paso de las décadas nos permite afirmar su “status”. Desde ese punto de vista constituyen una apuesta. Por otra parte otras finalidades de la obra no se alcanzan con todos los comentarios; algunos, muy pocos a decir verdad, se remiten sólo a dar una descripción general del debate sin aportar demasiado a una discusión; probablemente este comportamiento obedece no a un descuido académico sino más bien a que ciertos temas parecen agotados o no han aparecido nuevas “vetas” interpretativas.

A pesar de estas debilidades, la lectura del volumen nos permite, al menos, arribar a dos conclusiones que, según quien escribe, son de verdadera importancia. Por un lado, reafirma la valor de la jurisprudencia, por lo menos como fuente mediata o indirecta del Derecho penal. Bien sabemos que el principio de legalidad, con su fuerte carga principalista tiende a hacernos olvidar que buena parte de la construcción de la norma, antes y hoy, queda entregada al juez (basta nombrar sólo algunos elementos normativos del tipo), el cual no puede realizar una labor meramente mecánica, sobre todo frente a problemas que no encuentran una respuesta unívoca ni siquiera en la propia ley. Ello no implica otorgarles la facultad de creación de normas penales, sino de recordar el privilegiado puesto que poseen como intérpretes de la norma. La segunda conclusión dice relación con la importancia del método comparativo en el Derecho penal. Quizás por la potencial gravedad de sus efectos sobre el individuo y la íntima relación que mantiene con la política y los derechos humanos, la disciplina penalista siempre ha buscado, consciente o inconscientemente, principios que sean universales o comunes; el hecho que casos como el de *Los dos psiquiatras del Tercer Reich* o el caso *Contergan* provean de extremos de interés para la dogmática penal de casi todos los países del así denominado Derecho continental es la prueba irrefutable que puede construirse, si no un Derecho penal común (el cual no sería recomendable), al menos una dogmática penal común que comparta no solo institutos de contenido similar, sino también un acercamiento científico orientado a privilegiar las garantías del individuo a través de un complejo sistema de principios que, en parte, se han construido también en base a la jurisprudencia, de lo cual este volumen es su elocuente testimonio.