

**Recensión: *Revista de Derecho Penal*,
n° 25 (2008)**

Francisco Maldonado Fuentes

Doctor en Derecho. Profesor conferenciante Universidad de Talca y Director de extensión y programas especiales del Centro de Estudios de Derecho Penal

fmaldonado@utalca.cl

En la Sección de “*Artículos Doctrinales*” (pp. 11-77) se incluye en esta oportunidad una contribución del prof. Raúl Carnevali Rodríguez referida al “*Derecho penal como ‘ultima ratio’*. *Hacia una política criminal racional*” (pp. 11-49) y otra de la prof. Argelia Queralt Jiménez, que versa sobre “*El derecho a la doble instancia en la jurisprudencia constitucional y su adecuación a los estándares internacionales*” (pp. 51-77). Se acompaña, como es tradicional, de una amplia selección de “*Jurisprudencia*” (pp. 73-279), “*Doctrina de la Fiscalía General del Estado*” (pp. 281-292), una “*Crónica Legislativa*” (pp. 293-296) y un apartado de “*Bibliografía*” (pp. 297-302) recientemente publicada (pp. 299-302).

En lo referido a la sección doctrinal quisiéramos comentar el texto del profesor Carnevali Rodríguez. Se trata de una contribución que buscan identificar y destacar algunos de los puntos neurálgicos del denominado movimiento de expansión o intensificación del derecho penal. Lejos de lo descriptivo, el objetivo del autor se dirige a relevar el papel racionalizador que en este proceso puede cumplir el principio de *última ratio* o de *necesidad de la intervención penal*, planteando una lectura *actualizada* del mismo, en clave pragmática. En concreto, plantea que la subsidiariedad es algo que debe medirse en función a la eficacia preventiva, lo que lleva al Estado a inhibirse en el uso de instrumentos penales si dicha base no se encuentra asentada, sea que no se obtenga de manera suficiente o si existen otras formas de canalizar las necesidades de protección o aseguramiento social. Como es evidente Carnevali resalta el contenido y fundamento utilitarista del principio, contundentemente situado como fuente de su configuración histórica bajo una perspectiva netamente liberal (pp. 13 y ss.). Destaca las dificultades que le asisten para limitar las decisiones político-legislativas que determinan los destinos del derecho penal, asumiendo como relevante, pero no determinante, el que se deba recurrir a los presupuestos axiológicos del sistema político institucional (pp. 15-16). En este punto, y previo a compartir de manera descriptiva parte de los caracteres que definen al derecho penal “*de la expansión*” (donde este recurso se define como *prima ratio*), recuerda la trascendencia que revisten a estos efectos otros criterios de legitimidad. Por ejemplo, el hecho de identificar al modelo de intervención penal como parte del control social introduce un claro objetivo de reducción de la violencia social, sea que esta se produzca en la sociedad o de parte del Estado (de ahí una razón más para definir a la pena como último recurso). Asimismo, el principio de legalidad también cumple un papel a los mismos efectos al menos en lo relativo a su fundamento político-constitucional. En concreto, evidencia el nexo entre *prima ratio* y desformalización del derecho penal. Conviene aclarar en todo caso que esta constatación no lleva a Carnevali a asumir una perspectiva tradicional acerca del principio, limitada a exigir un cumplimiento estricto de los mandatos de determinación. Al contrario reconoce –con Hassemer– que la complejidad social obliga a un justo equilibrio entre

certeza y necesidades de flexibilidad. Ello en el caso de este autor no es sino reflejo de los caracteres complejos que definen a la sociedad contemporánea, donde las nociones de riesgo y seguridad (incluyendo con ello el lugar que ocupa la víctima) pasan a ocupar un sitio preferente entre los intereses sociales relevantes, dando lugar a un derecho penal del riesgo y de la peligrosidad (pp. 38 y ss.). Nuevos intereses, nuevos riesgos e individuos peligrosos (“*la criminalidad habitual*”) forman parte de esta nueva configuración (indeseada, pero existente).¹² Sobre esa base no es de extrañar que se manifieste directamente (en un gesto de transparencia que no suele abundar) partidario de revisar los contenidos que proporcionan las pautas tradicionales de legitimación, sin que ello pueda entenderse como una simple renuncia *principialista* en favor de un argumento de necesidad (pp. 32 y 33). Es ahí precisamente donde Carnevali asume que debe cumplir su rol la reorientación del modelo (de prima ratio) hacia la última ratio. Realza, finalmente, la relación entre bien jurídico, finalidad de la pena y racionalidad teleológica, base –esta última– de la ponderación de necesidad. Y es tal vez por ello que evidencia simpatía por las relaciones que se han estructurado entre el derecho penal y el pensamiento del *law and economics*, recordando a propósito de ello la mayor relevancia de la eficacia práctica del modelo por sobre su severidad (p. 48);

En lo relativo a la sección de jurisprudencia quisiéramos llamar la atención acerca de un pronunciamiento (STC 57/2008) del Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC) motivado en la necesidad de revisar si la liquidación de una condena debe considerar y, en concreto, descontar del periodo de cumplimiento, el tiempo que el condenado permaneció en prisión preventiva, en aquellos casos en que, paralelamente, el actor se encontraba cumpliendo una condena privativa de libertad por un delito diverso e independiente del que está siendo juzgado (pp. 94 a 97). La resolución impugnada y el parecer del Ministerio Fiscal es que el hecho de no considerar dicho periodo a efectos de una reducción no vulnera la libertad, pues se trata de un periodo en que el detonante de la privación radica en una sentencia condenatoria ejecutoriada diversa, siendo, en consecuencia, irrelevante el efecto restrictivo que emana de la prisión provisional, en términos materiales. El TC sin embargo estima procedente la vulneración. Primero, en base a sostener que la habitualidad con que se hace presente el caso en que un condenado a una pena privativa de libertad se encuentre, a la vez, en régimen de prisión preventiva, no permite sostener que el legislador no lo tuvo presente a la hora de regular la procedencia del abono, debiendo, en su caso, haber incluido una disposición particular que excluyera su aplicación (pp. 96-97). Pero además -y ya por sobre el plano meramente formal- la sentencia hace presente que la coincidencia temporal de ambos motivos de privación de libertad (prisión preventiva y condena) lesiona directamente la condición del penado, en cuanto afecta –sea directa o indirectamente– el acceso a modalidades de cumplimiento menos rigurosas que el encierro estricto (“*régimen de semilibertad, obtener permisos, ni (...) la libertad condicional*”) (p. 97), generando por ello un efecto restrictivo independiente y propio que, a fin de cuentas, justifica la procedencia del abono. Se mencionan precedentes en las STC 19/1999 y STC 71/2000 (p. 95); Acto seguido se reseña la STC 59/2008 (pp. 98 y ss.) que trata sobre cuestiones de constitucionalidad planteadas respecto del artículo 153.1 del Código Penal español y, en concreto, acerca de se discrimina por razón al sancionar de manera más gravosa al sujeto

¹² Precisamente en ese sentido que interpreta nociones como el derecho penal “*de la seguridad*” o de “*tercera velocidad*” como intentos por racionalizar y minimizar “*la expansión*”.

activo cuando es un varón respecto al caso en que éste es víctima de un delito de malos tratos, siendo victimaria una mujer. Se alega, en el mismo sentido, una vulneración del principio de culpabilidad, toda vez que las razones detalladas en la exposición de motivos para tal diferenciación se soportan en una presunción legislativa: el que en las agresiones de un varón a una mujer, en el contexto intrafamiliar, concurre una intencionalidad discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima. Pero además, y lo más importante, es que esta alegación se basa en sostener que se está atribuyendo un grado de responsabilidad que en el fondo es colectiva en cuanto el varón es “*representante o heredero de un grupo opresor*” (p. 107). El TC toma como primer punto a considerar el que la existencia de diferencias históricas y culturales ha constituido un motivo para observar la constitucionalidad de diversas instancias, en cuanto desconozcan dicha desigualdad (p. 101). Sobre esa base asume que no existe una igualdad esencial entre hombre y mujer en esta materia, en una base argumental que comparte los motivos de la normativa impugnada, esto es, que la violencia machista se desarrolla en un contexto de desigualdad, de especial incidencia, de peculiar gravedad en la sociedad española, basada en una particular comprensión de la mujer por parte del hombre (que no es sino una minusvaloración) y que toma además como antecedente el dato de la elevada frecuencia en la comisión de este tipo de delitos. Sobre esa base considera el TC que se trata de casos de gravedad mayor, porque corresponden a un “*arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”, una verdadera una “*pauta cultural*” que exige una mayor sanción. (pp. 104-5). Ello agrega efectos adicionales a los que genera el propio uso de la violencia, y que se traducen en “*una disminución de las expectativas futuras de indemnidad*” que conlleva una especie de efecto intimidatorio permanente que restringe el uso de la libertad de la víctima. Con ello afectan de forma especial a la dignidad de la víctima, en cuanto evento que niega su condición igualitaria como persona (perteneciente a un grupo menospreciado). Destaca asimismo que la agravación que se prevé en la sanción (que eleva el mínimo previsto en el respectivo marco penal de tres a seis meses de privación de libertad) es *significativamente limitada* frente a *la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse* (p. 106). Se descarta que contradiga al principio de culpabilidad pues no se está presumiendo una mayor lesividad a partir de un rasgo de personalidad valorado con carácter general, sino de casos que detentan una objetiva mayor gravedad, un significado particular, que emana de un arraigado modelo agresivo de conducta. La misma idea le hace descartar el que se trate de una presunción de mayor vulnerabilidad de la mujer o que se trate de una responsabilidad colectiva, pues la agravación no deriva de la conducta cometida por otros agresores, sino de la especial importancia y gravedad que caracteriza al propio acto que está siendo sancionado en cada caso (p. 108). La Revista reseña además el contenido de cuatro votos particulares incluidos en la sentencia. Por último, quisiéramos también destacar en esta sección de jurisprudencia un pronunciamiento del tribunal Supremo español (redactado por el ponente Bacigalupo Zapater) que acoge de manera directa la procedencia de la llamada *poena naturalis*, a través del expediente de las atenuantes analógicas (pp. 215 y ss.).