

MALDONADO, Francisco “Recensión: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LX (2007)” *Polit. crim.* N° 7, 2009, R2-7, pp. 12-14.

**Recensión: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,
Vol. LX (2007)**

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

El anuario se inicia en esta oportunidad con una nota necrológica elaborada por Alejandro Martínez Diré acerca de la figura de José María Stampa Braun (pp. 5-10), recorriendo tanto su actividad académica como aquella que desplegó en el ejercicio profesional; Luego, incluye diversos trabajos cuya *reseña* hemos preferido agrupar en torno al ámbito del derecho penal que abordan. En este sentido se incluyen cinco textos referidos a temas de la parte general, uno sobre teoría de la pena, tres de parte especial, dos misceláneos y, finalmente, dos que se refieren al ámbito de los principios de legitimación a los que dedicaremos la mayor parte de nuestra atención.

En lo referido a la parte general Joaquín Cuello Contreras (en “*Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa*” pp. 39-96) realiza un extenso y completo desarrollo analítico y crítico de las diversas cuestiones dogmáticas que propone el tratamiento de la tentativa, con especial acento en la diversidad de teorías (y matices) que en el seno español han procurado definir su fundamento en los últimos tiempos. Por su parte Yesid Reyes Alvarado (en “*Intervención delictiva e imputación objetiva*”, pp. 97-117) plantea los principales fundamentos que le llevan a asumir que en la distinción entre autores y partícipes no se plantean cuestiones referidas a la imputación (objetiva), sino que sólo importa una distinción relevante a los efectos de la determinación de la pena, siguiendo para ello el método de aproximación de su Maestro alemán Günther Jakobs; En otro ámbito, y como ha acostumbrado a hacer, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (en “*Un problema de antijuridicidad. Sobre la racionalización de los contenidos de oportunidad a través de la teoría jurídica del delito*”, pp. 293-313) propone nuevas perspectivas para abordar problemas tradicionales, asumiendo concretamente la incorporación de criterios de necesidad y merecimiento de pena (englobados como criterios de oportunidad) en sede de antijuridicidad, a objeto de obtener una mayor y más precisa delimitación con la culpabilidad en espacios en que la diferenciación puede presentarse de manera confusa. Las referencias a la parte general culminan con dos textos que buscan rescatar la valía de las concepciones que tradicionalmente guiaron el contenido de la culpabilidad a través del siglo XX, aproximación que da cuenta, y confirma, que la evolución del pensamiento, y de las ideas, se realiza de manera cíclica. En esta línea Hans Joachim Hirsch (en “*Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad*”, en pp.11-38) pasa revista (crítica) a las alternativas que se alejan del entendimiento de esta categoría como expresión de un poder individual de adaptar el comportamiento a la norma, defendiendo, consecuentemente, las ventajas de dicha formulación. Por su parte Mariano Melendo Pardos (en “*Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad*”

en Gimbernat”, en pp. 277-291) continúa con la línea que ya iniciara en su tesis doctoral¹³ – en una aproximación análoga a la de Hirsch- abordando, en esta oportunidad, el tratamiento de quienes plantean una visión de la culpabilidad centrada en nociones como la *motivación* o –indistintamente– la *necesidad de pena*, personalizadas concretamente en las reflexiones que al respecto formula uno de los precursores de dicha orientación (E. Gimbernat).

Como única contribución relativa a la teoría de la pena el *Anuario* incluye un trabajo de Inmaculada Valeije Alvarez acerca de “*La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995*” (pp 243-276); Por su parte, en lo referido a parte especial este número incluye un texto de Rafael Rebollo Vargas, relativo a “*Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal*” (pp. 205-242); otro de Juan L. Fuentes Osorio, centrado en el “*El bien jurídico "honor"*” (pp 407-456); y, finalmente, un artículo de José Daniel Cesano que versa acerca del “*Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo: su tratamiento en la dogmática penal argentina*” (pp. 457-478), incluido en la sección de Crónicas extranjeras. En ámbitos más misceláneos el volumen se hace cargo de aspectos asociados a los problemas que plantean las necesidades de integración transnacional (en particular la europea) de la mano de las reflexiones de Beatriz García Sánchez quien aborda las “*Dificultades de la euro-orden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea*” (pp. 315-378), como también de resaltar la importancia de las perspectivas históricas en el ensayo de Raúl Ramírez Ruiz sobre “*La criminalidad como fuente histórica*” (pp. 379-405);

Ahora bien. Hemos querido separar de esta reseña los dos textos que se refieren al ámbito de los principios de legitimación del sistema penal. En el primero (“*Bien jurídico y objeto protegible*”, pp. 119-163) Juan Antonio Lascaraín Sánchez sobre busca destacar cómo la noción de bien jurídico ha dado lugar a la configuración de dos teorías independientes, centradas en objetivos diversos, y que sólo tienen en común la referencia –nominal- a un mismo denominador. Se trata por ello, en cada una, de perspectivas diversas y, consecuentemente, de contenidos diversos. A fin de cuentas lo que se plantea es reconocer que tras la pregunta de qué es lo protegido por una norma penal se busca satisfacer una función diversa (metodológica y dogmática) de aquella que sirve el cuestionamiento acerca de qué es lo que puede resultar protegible por el modelo (de carácter político criminal). En la primera la idea de bien jurídico busca posibilitar una mejor comprensión del sistema mientras que en la segunda brinda utilidad para su mejor construcción racional, configurando lo que el autor denomina la “*teoría de lo protegible*” que se inserta en torno a las funciones del principio de proporcionalidad. La idea de *lesividad*, insertada en el análisis de la idoneidad de la intervención, permite a su vez encuadrar su desarrollo en el marco del Derecho Constitucional, posibilitando con ello un escenario más acorde con su función limitativa, que lo torna eficaz. Con ello reserva la tradicional denominación (la *teoría del bien jurídico*) como un referente que cumple exclusivamente roles en materia de sistematización e interpretación, encontrando para ello apoyo en las concepciones originales del mismo (la idea de separar lo protegido penalmente

¹³ *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Comares, 2002.

de la referencia a los derechos subjetivos). No en vano -destaca- sólo tras la segunda Guerra Mundial es posible apreciar el que cobra relevancia la perspectiva político criminal asociada al concepto, lo que le permite encuadrarla en el mismo contexto en el que cobra relevancia el desarrollo *moderno* de la proporcionalidad. Arriba con ello a una descripción acerca de su contenido: son “*realidades portadoras de una propiedad*”, objeto que resulta en tal calidad valorado por el legislador. A partir de ello entiende que se exige su concurrencia en toda norma penal, que la tipicidad exige su lesión (la posibilidad de imputación de la misma). A partir de esa base se encuentra definido lo que ha sido valorado, posibilitando (además) evaluar la razonabilidad de dicha decisión, sin ir más allá (esto es, sin abordar dicha aproximación). A partir de ello estructura la teoría de lo protegible en torno al contenido axiológico que informa el sistema y que encuentra – como ya hemos señalado- sus bases en el marco constitucional. Se distinguen, en concreto, los casos de ausencia de interés protegido de aquellos en que aquél que es referido por el legislador no resulta afectado; Por último, también hemos considerado necesario destacar la contribución que propone Norberto de la Mata Barranco acerca de lo que estima son los “*Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*” (pp. 165-204), pues se trata de una contribución que *renueva* las discusiones que propone su aplicación y, sobre todo (para ello), la precisión de sus contenidos. Primero en cuanto el autor destaca la necesidad de integrarlo dicha noción con arreglo a fines, planteando superar la mera asimilación de *lo proporcional* como expresión representativa de la gravedad del hecho, como una relación de equivalencia (retributiva) entre dicho parámetro y la gravedad de la pena. Con ello en parte sustenta el que no exista una desproporción en sí –ontológica-, sino el que ésta sólo puede afirmarse en relación a criterios que vienen definidos desde el fin de la pena, en una afirmación que va mucho más allá de la mera constatación de que los intereses dignos de protección penal son reflejo de un marco cultural concreto, histórico y determinado. La idea central es que resulta necesario integrar los supuestos a través de los cuales gravita el juicio de proporcionalidad con contenidos asociados a la prevención, a partir del simple hecho de que la pena se orienta (al menos en una parte de sus funciones) en dicha dirección. De ahí que este autor entienda que el principio no agota sus funciones en el marco de los presupuestos de la intervención penal, cumpliendo también una labor trascendente en el proceso de determinación de la pena. Sobre esas bases, incorpora al tradicional desarrollo de los sub-principios que integran su contenido esencial (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) con el análisis de antinomias que plantean los fines de la pena, en una perspectiva de corte integradora (síntesis) que enriquece las perspectivas del principio y aumenta las posibilidades que detenta para cumplir su función limitativa. El texto, además, constituye el primer anticipo de una completa monografía que, con la misma perspectiva, dedica este autor a la temática de la proporcionalidad, publicada a través de la editorial Tirant Lo Blanch.¹⁴

¹⁴ *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.