

**Recensión: Revista Penal,
N° 23, Enero 2009**

Humberto Alarcón Corsi.

Mg. Investigador Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de Talca

halarcon@utalca.cl

En este comentario, del N° 23 de la “Revista Penal” nos centraremos en análisis de los trabajos del Dr. Felipe Caballero Brun, y el Dr. Francisco Muñoz Conde. Sin perjuicio de ello, la revista trae en esta oportunidad en su sección doctrina los siguientes artículos: 1) “*Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho Español*”, (pp. 3-12) de autoría del abogado y Dr. En Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Sr. Felipe Caballero Brun, 2) “*La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado «mediante el Derecho Penal»*”, (pp.13-32) artículo que corresponde a la conferencia efectuada por el profesor italiano de la Universidad de Modena Massimo Donini, en el Congreso: “La transformación jurídica de las dictaduras en democracia y la elaboración jurídica del pasado” (febrero de 2008), donde trata, cuales fueron los instrumentos jurídico penales que marcaron el complicado paso del fascismo a la democracia en Italia, luego de la segunda guerra mundial, los problemas y el debate surgido a propósito de la retroactividad de la ley y la amnistía, 3) “*Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización*”, (pp. 33-40) por el catedrático de la Universidad de Módena y Reggio Emilia Luigi Foffani, en el cual se revisa brevemente los escándalos económicos financieros -Enron o Parmalat-, comparando cuales han sido las reacciones legislativa en cada país, en especial en Italia y Estados Unidos de Norteamérica, terminando por exigir una armonización en la respuesta legislativa frente a estos casos, en especial en lo referente a los delitos societarios en la Unión Europea, 3) “*Ciencia del Derecho Penal y Nacionalsocialismo*”, (pp. 41-50) por el profesor de la Universidad de Kiel, Dr. Andreas Hoyer, traducido al castellano por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, 4) “*Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos (y II)*”, (pp. 52-72) de la profesora de la Universidad de Salamanca doña Nuria Matellanes Rodríguez, cuyo primer capítulo fue publicado en el número anterior de esta revista (N° 22, julio 2008), 5) “*De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal del enemigo*”, (pp. 73-114) que pertenece al catedrático Francisco Muñoz Conde, 6) “*Los delitos en contra de la personalidad individual en Italia*”, (pp. 115-119) de Enzo Musco, en el cual se analizan las reformas que estos delitos han tenido en Italia, en relación con las exigencias que en el orden Internacional de los Derechos Humanos se viene teniendo desde 1950 en la ONU, 7) “*La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (artículo 607.2 del Código Penal)*”, (pp. 120-137) por José Antonio Ramos Vázquez, 8) “*El tipo de administración desleal en el Derecho Alemán*”, (pp. 138-171) trabajo elaborado por el docente de la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile, el Mg. Luis Emilio Rojas A., en el cual se estudia el tipo del § 266 StGB, 9) “*La vigilancia acústica del domicilio y el ámbito esencial de configuración de la vida privada*”, (pp. 172-180) por Claus Roxin, y cuya traducción fue elaborada por Francisco Muñoz Conde, trabajo en el cual, se estudian los límites jurídicos en la obtención de pruebas a través de las escuchas domiciliarias,

examinando la jurisprudencia alemana sobre la materia, y exponiendo finalmente que pueden servir como fuente probatoria, el caso de la intervención acústica domiciliaria, conforme al derecho vigente, en puede presumirse fundadamente que se está llevando a efecto acuerdos conspirativos, en una vivienda privada, pero, dicha excepción, tiene como contrapartida el impedimento absoluto en la obtención de pruebas, a través de la intervención domiciliaria en que se obtengan conversaciones del inculcado con personas del ámbito de su estricta confianza, como su familia o seres queridos, 10) “*Pornografía en Internet*”, (pp. 181-202) por Nieves Sanz Mulas, 11) “*Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal*”, (pp. 203-217) por Manuel Vidaurri Arechiga.

En esta oportunidad, la revista en su sección “Sistemas penales comparados”, dedica como temática de análisis para sus colaboradores internacionales, el estudio de “*Las medidas de Seguridad*”, (pp. 218-267) un tema muy actual por estos días, sobre todo en lo que dice relación con las medidas de seguridad para imputables peligrosos, las cuales son sumamente discutidas en cuanto a su fundamentación y legitimidad. Al efecto, puede resaltarse –sin perjuicio que todos los informes son de interés– lo informado por el profesor nacional Dr. Héctor Hernández Basualto, sobre el tratamiento que la legislación alemana le da al tema. Se indica que se consagra explícitamente un sistema *dual* o de *doble vía* en materia de reacción frente a los delitos, por una parte la pena limitada por el principio de culpabilidad, y por otra, las medidas de seguridad fundada en la peligrosidad del autor, y limitada por la proporcionalidad de la medida en relación con el hecho previo.

Las medidas de seguridad contempladas en el sistema alemán son: A) Las medidas de seguridad con privación de libertad, en las que se distinguen: 1) Medidas que persiguen *fines terapéuticos* (además de asegurativo para la comunidad), como son: i) La internación en un hospital psiquiátrico; y, ii) La internación en establecimientos de desintoxicación; que exigen y se fundamenta en un hecho previo, proporcionalidad, y peligrosidad, respecto a sujetos inculpables y, 2) Medidas de seguridad que persiguen fines *puramente asegurativos*: La custodia de seguridad. Esta medida, es sin duda la que ha originado más polémicas en la doctrina alemana, dado que con las sucesivas modificaciones legales se han introducido la posibilidad de su aplicación a personas que por su carácter y condición sean considerados peligros, en especial en materia de delitos sexuales, procediendo a internaciones que si bien admiten revisión, se transforman en indeterminadas. Este tipo de medidas, no existe, por el momento en otros países como España. Así Adán Nieto Martín indica que el ordenamiento español, si bien es un sistema dualista, al igual que alemán, no contempla medidas de seguridad post delictuales aplicables a sujetos culpables pero peligrosos. Finalmente se encuentran: B) Las medidas de seguridad sin privación de libertad: i) La vigilancia de conducta, ii) La privación del permiso de conducir; y, iii) La prohibición de ejercer una profesión. Como se aprecia de los distintos informes, las medidas de seguridad existen, y son necesarias para el sistema penal, pues el recurso de la pena es insuficiente para los fines que este tiene. Pero, lo que sí es problemático, son las medidas de seguridad para delinquentes peligrosos, ello se puede apreciar en la temática de cada uno de los informes.

El trabajo “*Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho Español*” de Felipe Caballero B., dedicado a la memoria del recientemente fallecido profesor nacional y

diputado de la República Dr. Juan Bustos Ramírez, analiza y critica principalmente, el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha dado a la tentativa inidónea, conforme a la interpretación que se le ha dado por dicho tribunal al artículo 16.1 del Código Penal Español de 1995, en específico al adverbio “*objetivamente*”, el cual en su concepto implica no limitar únicamente la punibilidad de la tentativa idónea, sino que posibilita ampliar el espectro punitivo a las denominadas tentativa inidóneas, cuando “el plan o actuación del actor, objetivamente considerados, son racional u *objetivamente* aptos para ocasionar el resultado”. El artículo expone las principales interpretaciones que los autores hispanos han dado sobre el particular, para terminar tomando una posición crítica de las posturas mayoritarias, pues estas afectarían el principio de legalidad, al intentar ampliar la punición a casos no contemplados en la ley, a través de un interpretación subjetivista del texto legal, lo cual conforme a su tenor literal es imposible. Por el contrario, Caballero Brun, siguiendo la concepción dualista del injusto, de su maestro Bustos Ramírez, lleva el problema a un terreno en el cual el asunto debe centrarse en cuál es la “idea del peligro”, y cuándo es el “momento” en que se ha de analizar su vinculación con el bien jurídico (valoración); es decir, lo que objetivamente es adecuado para la producción del resultado en el momento de la ejecución, ha de seguir siéndolo al momento de la valoración, lo contrario implicaría la falacia de transmutar la cualidad de unos actos y modificar la estimación jurídica de los mismos. Por ello, indica que la punibilidad de toda tentativa ha de quedar limitada *únicamente* a aquellos supuestos donde haya existido – desde un primer momento- la probabilidad de puesta en peligro para el bien jurídico. Esto posibilitará que el juicio que se realice, no se limite a los datos cognoscibles al momento de ejecutar el hecho (ex ante), sino que, se extienda a todos los antecedentes posibles que se puedan conocer, para determinar la probabilidad de peligro para el bien jurídico. Ello, a partir de una concepción dualista del injusto, como se indicara, y de un sistema penal que proteja la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, lo cual imposibilitaría sancionar casos en que no existía probabilidad alguna de que el bien jurídico fuera lesionado. Termina indicando, que el solo desvalor de la conducta, podría ser suficiente en un sistema monista que construye el injusto de modo subjetivado para proteger valores éticos sociales dimanantes del orden jurídico, o bien sobre criterios peligrositas propios del carácter, lo que el autor no comparte.

Finalmente, el trabajo de Francisco Muñoz Conde, “*De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal penal del enemigo*”, se indica que una cuestión ampliamente asentada en la cultura procesal occidental, como la exclusión probatoria, es hoy cuestionada en los casos de crímenes de gran trascendencia nacional e internacional. Así, situaciones que hasta hace un tiempo parecían fuera de toda duda que pudieran afectar garantías como la prohibición de autoinculparse, o el derecho a la privacidad; hoy en día son temas que los tribunales de países como España, Alemania y Estados Unidos, discuten y no en pocos casos parecen tolerar. Ello, bajo el pretexto del grave peligro que para la sociedad implican dichas conductas, apareciendo con ello lo que Muñoz Conde califica como Derecho Procesal Penal para los enemigos, lo que puede verse claramente en Jurisprudencia de la Corte Suprema de USA, en los casos de los prisioneros de Guantánamo, bajo la fórmula binominal ciudadano/extranjero, el primero con todos los derechos, y los segundos sin ninguno. Luego, revisa los distintos pronunciamientos de los tribunales alemanes y

ALARCÓN C., Humberto, “Recensión: *Revista Penal*, nº 23 (2009)” *Polit. crim.* Nº 7, 2009, R2-7, pp. 15-18.

españoles sobre algunos supuestos de exclusión: como captaciones de comunicaciones y conversaciones domiciliarias. Termina planteando el tema de la procedencia y posible aceptación de la tortura como método de interrogatorio a prisioneros acusados de terrorismo. Al efecto, indica que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, rechaza dicha práctica al haber acogido *habeas corpus* interpuestos por prisioneros acusados de terrorismo, el autor indica, que existe una línea doctrinaria en Estados Unidos que defiende este método, a través de la llamada doctrina de la “*tortura controlada*”, la cual Muñoz Conde rechaza por se contraria a un Estado de Derecho.