

**RECENSIÓN: KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER,
CARLOS, EL DERECHO PENAL LIBERAL. LOS
PRINCIPIOS CARDINALES**

TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2018, 206 PÁGINAS.

STEPHEN KENDALL CRAIG*

La doctrina penal es conteste en señalar que hoy en día ha irrumpido con fuerza un nuevo modelo político criminal: el de la seguridad ciudadana, que pretende dar respuesta a las demandas de la sociedad de mayor seguridad frente al aumento de la criminalidad y la sensación de creciente inseguridad, mediante la persecución penal. De la mano de este modelo, se instaura el denominado Derecho penal del riesgo o contraiustrado, caracterizado por ser *prima ratio*, por el aumento de las penas, el expansionismo penal, el antigarantismo y el uso de tipos penales de peligro abstracto, entre otros. Los que abogan por este Derecho penal del despotismo no ilustrado consideran obsoleto el Derecho penal clásico o liberal, al entender que su carácter humanitario y garantista no sirve para afrontar los problemas generados por la creciente criminalidad y nuevos fenómenos delictivos. Nuestro país no ha sido ajeno a esta vorágine punitiva. Durante los últimos años hemos sido testigos de la promulgación de diversas leyes que han perseguido como finalidad el hacer más eficiente la denominada “lucha contra el delito”. Las más características han sido la Ley 20.253 (D.O. 14 de marzo del 2008) denominada vulgarmente como “agenda corta antidelinuencia”, que introdujo diversas modificaciones al Código penal y al Código procesal penal. No siendo suficiente aquella, se promulgó una segunda agenda corta, o más bien larga o extensa, la Ley 20.931 (D.O. 05 de julio del 2016), que nuevamente introdujo diversas modificaciones a los Códigos citados, entre las cuales destaca el aumento de penas para las hipótesis más graves de robo calificado, el establecimiento de un marco penal rígido para ciertos delitos contra

1 * Doctorando en Derecho, Universidad de Valparaíso.

la propiedad, el denominado control preventivo de identidad, solo por nombrar algunos de sus contenidos. Este expansionismo del *ius puniendi* fue tratado en el X Seminario sobre Derecho Penal organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, donde los diversos profesores exponentes fueron coincidentes en el retroceso que esta dinámica implica para la disciplina penal y las garantías de los ciudadanos².

Es dentro de este contexto que se nos presenta la obra del profesor y ministro de la Corte Suprema Carlos Künsemüller, la cual viene en constituir una verdadera apología del Derecho penal liberal y de los principios en que éste se funda, frente a los avatares contra ilustrados del expansionismo penal. El objetivo de la obra se orienta claramente a la reafirmación de la vigencia de estos principios y sus fundamentos racionales, tarea en la cual el autor no oculta su toma de posición en favor de ellos.

El libro se inicia con un prólogo escrito por el catedrático uruguayo Gonzalo Fernández (págs. 11 a 18), quien destaca la obra del profesor Künsemüller por su oportunidad, como también por su rigor, seriedad y análisis en el tratamiento de los temas, fruto de largos años de docencia del autor, haciendo un brevísimo resumen de la obra.

El capítulo primero se titula “El Derecho penal clásico o liberal” (págs. 21 a 70), en este el autor nos explica el origen de este derecho. Parte por destacar la importancia fundamental de la obra de Cesare Bonesana, marqués de Beccaría, titulada “De los delitos y de las penas” (1764), al cual dedica varias páginas, explicando el contenido del programa becariano y los principios que el noble milanés asentó como bases del sistema liberal, entre los cuales destaca los de pena cierta, humana, necesaria y proporcionada. El autor relata el impacto que esta obra tuvo en su tiempo, lo cual llevó a la reforma de diversos Códigos penales del viejo continente, y en definitiva, a la abolición del Derecho penal del Antiguo régimen, caracterizado por su crueldad, inhumanidad y despotismo. Luego, Künsemüller trata brevemente la crisis que ha afrontado el Derecho penal liberal, comenzando por la crisis del concepto de culpabilidad y luego por la irrupción del Derecho penal del riesgo y de la seguridad

2 Llevado a cabo el día 04 de octubre del 2016, fueron exponentes los profesores: José Luis Guzmán Dálbora, Julián López Masle, Raúl Cervini Sánchez y Eugenio Raúl Zaffaroni. Las ponencias completas fueron publicadas en: Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública. Seminario: “Agenda corta antidelinuencia expansión del Derecho penal en América Latina”, Extensión N° 7, octubre 2017, Santiago.

ciudadana. Cierra el capítulo señalando las características que configuran al Derecho penal ilustrado y al Derecho penal del riesgo o antiliberal.

El capítulo segundo se intitula “Los principios capitales limitativos del *ius puniendi*” (págs. 71 a 89), en este el autor se aboca a dilucidar qué debe entenderse por principios en el ámbito del Derecho, cuál es su función, señalando la importancia que desempeñan al aportar dosis de racionalidad y legitimación decisoria. Disiente el autor de la postura del maestro Rivacoba quien los consideraba a los principios como carentes de realidad e irrealizables, invocando como argumento casos en que estos han sido efectivamente aplicados por la Corte Suprema como punto central para la decisión de casos, sobre lo cual volverá con mayor detalle en el capítulo final.

En el capítulo tercero el autor trata sobre “Las relaciones entre el Derecho penal sustantivo y Derecho penal adjetivo” (págs. 91 a 107), calificándolos como un binomio inescindible desde antiguo, cuya separación tuvo lugar durante el siglo XIX con el proceso de Codificación, lo cual produjo que el uno se encerrara en la teoría del delito y el otro en la teoría general del proceso, lo cual trajo como consecuencia la nula recepción de los avances sustantivos al no haber sido recepcionados en su vertiente procesal. Luego expone la orientación de la dogmática alemana a elaborar un Derecho penal integral, que reúna las premisas constitucionales, procesales y sustantivas, esfuerzo dentro del cual sitúa la obra de Wolfgang Frisch y sus discípulos, que consideran la teoría del delito como excesivamente rígida al no haberse extendido hacia el total de los elementos que inciden en la imposición de la pena, entendiendo la virtualidad delictiva como dinámica, postura que el autor vincula, en cierta medida, con la de Jakobs, exponiendo sintéticamente los postulados preventivo generales positivos y del Derecho penal del enemigo que sostiene de este último. Al final de este punto, el autor se muestra partidario de la prevención general. Aproximándose al final del capítulo concluye que, si bien ambas ramas son autónomas, se comunican, y el buen funcionamiento del sistema penal requiere de coordinación de fines y roles entre ambas, cuestión que es reconocida por el legislador en el mensaje del Código procesal al señalar que su finalidad es hacer efectivos los principios de *ultima ratio* y lesividad. El autor cierra el capítulo señalando la necesidad de contar con un nuevo Código penal a fin de hacer efectiva dicha finalidad, lo que no puede lograrse por medio

de reformas parciales, relatando los esfuerzos que se han realizado para contar con un nuevo texto.

El capítulo cuarto (págs. 109 a 154) el autor lo divide en dos partes. La primera se dedica al análisis del principio de *nulla poena sine culpa*. Abre este apartado citando a Etcheberry, quien señala que este principio es uno de los puntos cardinales que orientan al Derecho penal y que se funda en el reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como ser libre. En varias partes del desarrollo de este tema el profesor Künsemüller se remite a su obra anterior titulada “Culpabilidad y pena”³, la cual se dedicó exclusivamente al tratamiento de él. Sus remisiones específicas a dicha obra las hace en lo relativo a la función, reconocimiento, jerarquía y evolución del principio (pág. 110), su reconocimiento en otros sistemas jurídicos (pág. 121), en el Derecho chileno (pág. 122), y en lo relativo a las excepciones (pág. 122). Luego de exponer las tesis de diversos autores en torno de este principio, el autor sostendrá, en lo medular, que la tendencia mayoritaria es adherir a la tesis de reprochabilidad por el hecho típico y antijurídico, fundado en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho, es decir fundada en el modelo de Frank. Luego hace referencia a las tesis contrarias, que siguiendo a Gimbernat, abogan por la eliminación del principio. En la parte final del apartado, aborda el debate doctrinal en torno de los fundamentos de la culpabilidad, esto es, la libertad de obrar o libre albedrío, expone la tesis de Schönemann, quien refuta esa idea, pero finalmente nos indica que la doctrina mayoritaria la funda en la libertad de obrar. En segunda parte del capítulo el autor trata el tema de las neurociencias y la libertad de la voluntad (págs. 150 a 154). Aquí nos entrega noticias muy breves sobre los estudios científicos que empíricamente derriban la idea del libre albedrío, ya que demostrarían que aquello que queremos y pesamos estaría determinado por leyes fisicoquímicas y actividades cerebrales no conscientes. En contra de ello citará a Hessemer, quien destaca la discusión que aún existe entre los propios neurocientíficos, y quien sostiene que negar que los seres humanos sean responsables implica negar su reconocimiento como personas.

Finalmente el capítulo quinto lleva por título “El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El principio de lesividad (ofen-

3 KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER: Carlos. *Culpabilidad y pena*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

sividad) social” (págs. 155 a 188). El autor trata ambos principios de manera conjunta, pues el primero de ellos sirve de sustento al segundo. En ese orden, parte por precisar el concepto de bien jurídico, para lo cual recurre al concepto dado por Hessemer quien los concibe como intereses de tipo personal, concluyendo que no es posible concebir un delito sin bien jurídico protegido, pues justamente el Derecho penal tiene por finalidad tutelar estos bienes. Luego aborda el principio de lesividad u ofensividad, conforme al cual no pueden sancionarse conductas que no lesionen o pongan en peligro de manera efectiva un bien jurídico, lo cual se traduce en la exigencia de una antijuridicidad material para configurar el tipo penal. Tema central de este capítulo constituyen los delitos de peligro abstracto, cuyo injusto es cuestionado por Kaufmann quien los llama “la probabilidad de la probabilidad el peligro del peligro”, concluyendo el autor que estos son contrarios a los principios en comento, además de constituir una presunción de derecho de que la actividad descrita constituye un peligro, conforme a la doctrina dominante. El autor cierra el capítulo citando como ejemplos de la aplicación de estos principios diversos fallos de la Corte Suprema, que han acogido recursos de nulidad por errónea aplicación del Derecho respecto de delitos de tráfico de pequeñas cantidades tipificado en el artículo 4 de la Ley 20.000, dictándose sentencias de reemplazo absolutorias, fundadas en la falta de acreditación del porcentaje de pureza de la droga, exigido por el artículo 43 de la misma ley, lo cual se traduce en ausencia de antijuridicidad material, al no determinarse la capacidad de la sustancia para afectar el bien jurídico salud pública.

El autor concluye la obra con unas palabras finales (págs. 189 a 192), en las que destaca el carácter irrenunciable de los principios liberales como limitadores del *ius puniendi*, reprochando al mundo académico no haberlos sabido comunicar, lo cual explicaría el auge del nuevo Derecho penal del riesgo.

Desde un punto de vista crítico, y sin desconocer el mérito de la obra, estimamos que al capítulo primero le faltó un desarrollo cronológico, completo de la formación y evolución del Derecho penal liberal, considerando que más de un siglo antes de la obra de Beccaria algunos postulados ya habían sido expuestos por Hobbes en el capítulo XXVII de su inmortal “Leviatán” (1651), y que con posterioridad el fundamento de la libertad moral –de la cual nace la culpabilidad- sería expuesto por Kant en su obra “Crítica de la razón práctica” (1788). Igualmente, faltó

exponer y desarrollar el principio de legalidad. Por otro lado, si bien siguiendo a Courtis⁴ la obra puede clasificarse dentro de aquellas de tipo dogmático de sistematización, consideramos que en su aspecto formal, faltó dentro de cada capítulo una división de los temas de subtítulos, a fin de dar mayor orden a la ideas y servir de guía al lector.

En cuanto a las características físicas de la edición, esta consta de 206 páginas, en encuadernación rústica, en formato de 19,5 x 12 centímetros, que corresponde a un libro de bolsillo, ideal para ser portado en todo momento por aquellos defensores que requieran consultarlo constantemente para alegar en favor de sus clientes los principios del bueno, viejo, ilustrado y decente Derecho penal liberal.

4 COURTIS, Christian: “El juego de los juristas”. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Ed. Trotta, Madrid, 2006. pp. 175-208.