



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

El mosaico y la política: lo singular y lo global en el derecho penal chileno,  
tras (casi) 150 años de su Código Penal

*Il mosaico e la politica: il singolare e il globale nel diritto penale cileno,  
dopo (quasi) 150 anni del suo Codice Penale*

*The Mosaic and Politics: The Singular and the Global in Chilean Criminal  
Law, After (Almost) 150 Years of its Penal Code*

Fernando Londoño Martínez

Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

[fernando.londono@udp.cl](mailto:fernando.londono@udp.cl)

**Resumen.** Se ofrece aquí una visión de las líneas esenciales del derecho penal y procesal penal chileno. La atención se centra primeramente en su Código Penal, el más antiguo del mundo en habla castellana. Se informa en particular sobre la historia, el espíritu y los sujetos que constituyen el derecho penal chileno, con especial atención a la crisis de la legalidad, el rol de la doctrina y algunas discusiones contemporáneas de alcance global. El cuadro de conjunto permite apreciar la acelerada y abigarrada expansión de la legislación penal en Chile, ya bien entrado el siglo XXI, con desafíos como la emergencia de la víctima, el populismo penal y una cierta politización de los discursos doctrinarios, en el marco de un cambio en el lenguaje del derecho (los derechos humanos). El trabajo se cierra con una mirada al nuevo proceso penal, tras casi un cuarto de siglo desde su instauración.

**Abstract.** Il contributo offre una panoramica delle linee essenziali del diritto e della procedura penale cileni. L'attenzione è rivolta soprattutto al Codice Penale cileno, il più antico del mondo in lingua spagnola. In particolare, l'Autore si sofferma sulla storia, lo spirito e i soggetti che costituiscono il diritto penale cileno, con particolare attenzione alla crisi della legalità, al ruolo della dottrina e ad alcune discussioni contemporanee di portata globale. Il quadro complessivo ci permette di apprezzare l'espansione accelerata e variegata della legislazione penale in Cile, ben dentro il XXI secolo, con sfide quali l'emergere della vittima, il populismo penale e una certa politicizzazione dei discorsi dottrinali, nel quadro di un cambiamento del linguaggio del diritto (diritti umani). Il contributo si chiude con uno sguardo sul "nuovo" processo penale, dopo quasi un quarto di secolo dalla sua introduzione.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

**Abstract:** A view of the essential lines of Chilean criminal law and criminal procedure is hereby presented. The focus is primarily on the Chilean Penal Code, the oldest in the Spanish-speaking world. Along that way, particular emphasis is placed on the history, the spirit and the subjects that shape Chilean criminal law, with special focus on the crisis of legality principle, the role of legal theory and some contemporary discussions of global significance. The overall picture allows us to observe the accelerated and variegated expansion of criminal legislation in Chile, well into the 21st century, with challenges such as the emergence of the victim, penal populism and a certain politicization of legal discourses, in the context of a shift in the language of law (human rights). The paper closes with a glance at the new penal procedure, after almost a quarter of a century since its establishment.

**SUMARIO:** Introducción. – 1. Derecho penal sustantivo. – 1.1. Una primera imagen sinóptica: historia y espíritu del derecho penal chileno, con especial atención a su Código Penal. – 1.2. Aspectos centrales del derecho penal chileno (y de su Código Penal, en particular). – 1.3. La acelerada expansión del derecho penal chileno: ¿disolución del sistema o nuevo Código Penal? El mosaico. – 1.4. ¿Lo vivo y lo muerto en el Código Penal chileno? La cultura jurídico penal. – 1.5. Los sujetos del derecho penal chileno. – 1.5.1. La ley parlamentaria y su crisis. – 1.5.2. El rol de la doctrina (dogmática) y su trabajosa relación con la praxis: de la teoría a la persuasión, de la academia al activismo. – 1.5.3. Nuevos sujetos: la víctima y el Tribunal Constitucional. – 1.6. El derecho penal chileno en el mundo: algunos desafíos globales contemporáneos. – 1.6.1. Populismo y ciencia penal: ¿democratismo o tecnocracia? El contrapunto chileno: legislación, praxis y academia. – 1.6.2. La justicia constitucional y los derechos humanos. – 1.6.3. Derecho penal y Estado: del Estado liberal al Estado administrativo. – 1.6.4. Derechos humanos y derecho penal: ¿contención o expansión del ius puniendi? – 2. El proceso penal: líneas matrices y desafíos hoy. – 2.1. La reforma procesal penal. – 2.2. Tensiones del presente, en camino al primer cuarto de siglo de la reforma. – Conclusiones.

*Mosaico:* Biol. “Organismo o parte de él en el que coexisten células genéticamente distintas, pero desarrolladas a partir de un mismo cigoto” (RAE, 2ª acepción de la voz de origen latino)

*Política:* “Actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos” (RAE, 8ª acepción)



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

## Introducción\*.

Sin constituir propiamente una “voz” de enciclopedia jurídica (para el objeto “derecho penal chileno”), el presente artículo se inspira en aquel molde editorial. No fue, sin embargo, originalmente concebido como una *voz*, sino como un *reporte nacional*, destinado al foro francés<sup>1</sup>. Ahora bien, las limitaciones editoriales del original y, ante todo, los intereses investigativos del suscrito<sup>2</sup>, aconsejaron volver sobre el reporte, introduciendo apartados con discusiones contemporáneas y enriqueciéndolo con un aparato de notas. Resultó de este modo una contribución a medio camino entre una *voz* y un *reporte*. Por ello, dejará quizás insatisfecho al especialista en el derecho penal chileno, mientras que el no especialista recabará más información de la necesaria. Como sea, y aunque la disciplina penal siga siendo la rama más *local* de todo ordenamiento, los problemas y las discusiones no conocen fronteras. Por ello, el lector —cualquiera— podrá obtener algún provecho adicional allí donde se abordan fenómenos *globales*: especialmente la erosión del principio de legalidad, la emergencia de la víctima, el populismo penal y el derecho penal de los derechos humanos.

El artículo se estructura del siguiente modo: en la primera parte (1) se ocupa del derecho penal sustantivo, mientras que la segunda (2) —considerablemente más breve— se dedica al sistema procesal penal. La sección de derecho penal sustantivo se abre (1.1) con una primera visión sinóptica, en la que se trazan las líneas esenciales del derecho penal chileno. Le sigue un segundo apartado (1.2) que profundiza en aquella visión, con un panorama de los aspectos centrales del Código Penal y del sistema penal chileno en general. El siguiente apartado (1.3) ilustra la acelerada expansión del derecho penal chileno, al que sigue un breve balance (1.4). Se deja así abierto el camino para dar cuenta (1.5) de “los sujetos” del derecho penal chileno; a saber, (1.5.1) la ley parlamentaria (y su crisis), (1.5.2) el rol de la doctrina y su diálogo con la praxis y, en fin, (1.5.3) dos sujetos emergentes: la víctima y la justicia constitucional. La primera

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1201281, del que el suscrito es investigador responsable. Por las valiosas observaciones recibidas en el seminario de discusión de este artículo (Facultad de Derecho UDP, 5 de agosto de 2022), el autor agradece a los colegas Jaime Couso, Mauricio Duce, Héctor Hernández, Gissella López y Juan Pablo Mañalich. Esas observaciones explican la adopción de una serie de cambios estructurales y sustantivos en el manuscrito original. Con todo y como se estila decir, los persistentes yerros son responsabilidad exclusiva del autor. Por la modulación del factor de aceleración exponencial y la curva de las reformas al Código Penal (tabla 2), debo agradecer a mi querido amigo Pablo Bleyer. Agradezco por otra parte a los colegas Alejandra Castillo, Juan Pablo Mañalich, Alex van Weezel y Javier Wilenmann, quienes gentilmente pusieron a mi disposición y autorizaron la cita de contribuciones todavía inéditas al cierre de este trabajo. A Jorge Fernández agradezco la revisión de una versión avanzada del documento. En fin, debo agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell (Ithaca, N.Y.) y a su espléndida biblioteca en Myron Taylor Hall, donde alcancé a llenar algunos vacíos bibliográficos y efectuar ajustes finales, después de recibidas las observaciones de los revisores anónimos, a quienes por cierto también agradezco.

1 Londoño (2022): Droit pénal, en Bibliothèque de l'Association Henri Capitant (AA.VV), Droit du Chili, LGDJ-Lextenso, Paris, Francia, pp. 43-53.

2 Me refiero especialmente al aludido proyecto Fondecyt Regular 1201281.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

parte del trabajo se cierra con un apartado (1.6) que busca poner el bosquejo anterior en un trasfondo más amplio, insertando el derecho penal chileno en algunas discusiones contemporáneas de alcance global: (1.6.1) el populismo punitivo y la ciencia penal, (1.6.2) la justicia constitucional, (1.6.3) los cambios en el modelo de Estado y su relación con el derecho penal, y, en fin, (1.6.4) el rol de los derechos humanos en la expansión del derecho penal contemporáneo. El trabajo se cierra con un tándem de *conclusiones*: locales y globales, si puede decirse así.

## 1. Derecho penal sustantivo.

Descontado el dato positivo, siempre ineludible, el derecho se capta a partir de su *historia*, su *espíritu* y desde el *sujeto* de aquel espíritu.<sup>3</sup> Las primeras dos dimensiones serán abordadas en el apartado que sigue. Los *sujetos* serán tratados más adelante (1.5).

### 1.1. Una primera imagen sinóptica: historia y espíritu del derecho penal chileno, con especial atención a su Código Penal.

En el caso del *derecho penal sustantivo chileno*, su *historia* es principalmente tributaria de la tradición europea-continental, primero con el derecho colonial-español y luego, tras la independencia afianzada en 1818, bajo la vigencia del único Código Penal de la historia republicana. Promulgado en 1874 y vigente desde el 1 de marzo de 1875<sup>4</sup>, este Código debe

---

<sup>3</sup> Este último plano —el del sujeto que hace/dice el derecho— se conecta con las tres grandes categorías de fuentes del derecho: legislación, doctrina y jurisprudencia. Para una exposición de la historia del derecho fuertemente orientada en torno a estas tres dimensiones o fuentes, cfr. Padoa Schioppa (2016) *passim*. Para una preciosa reconstrucción histórica de la relación entre derecho y política a partir de las dos grandes formas del derecho (jurisprudencia y ley positiva), cfr. Loughlin (2000), especialmente los capítulos 13 a 15. Se aprecia allí el condicionamiento histórico —y consecuente dinamismo— de la relación política/derecho, a consecuencia del distinto protagonismo que las formas del derecho favorecen: ya la judicatura-local, en la fase-pre industrial, ya el Estado-legislador, en la fase post-industrial; ya de nuevo la judicatura, pero ahora global o cosmopolita, en la fase de los derechos humanos y el constitucionalismo. El presente —aquella última fase— se muestra así como uno connotado por la politización del derecho, donde no se trata tanto de la domesticación de la política por el derecho, como de lo contrario (cfr. *op. cit.* cap. 15). Sintomático de este desarrollo es el cambio de objeto del quehacer de la judicatura: ya no tanta ocupada de la justicia correctiva (más cónsona al derecho) como de la justicia distributiva (más cónsona a la política): cfr. *op. cit.*, caps 6 y 7. Dicho sea de paso, este giro puede apreciarse con claridad en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, ya en materia de recursos de protección sobre medicamentos de alto costo, ya en materia de ocupación de bienes inmuebles.

<sup>4</sup> De ese modo, sería el chileno el segundo código penal vigente más viejo del mundo occidental, tras el belga de 1867: en este sentido, cfr. Guzmán (2013b) p. xx, nota 6. El Código penal de Haití de 1835, que con razón Guzmán indicaba entonces como el más longevo entre los vigentes, fue reemplazado en 2020. Para el lector



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

mucho al español de 1848/1850 y, por esa vía, entronca con los principales de su época, hasta remontarse al icónico Código Penal francés de 1810. Las muchas reformas sucesivas, *ad intra* y *ad extra* del Código Penal, han alterado el rostro del derecho penal chileno (hasta casi desfigurarlo, como se verá), pero si se quiere obtener una primera imagen de conjunto, es ineludible comenzar por el viejo Código.

Más de medio siglo tardó el Chile republicano en darse un Código Penal<sup>5</sup>. Hasta entonces, delitos y penas fueron materia de leyes especiales, permaneciendo vigente el derecho traído por España, desde la *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* hasta aquella decisiva fuente medieval *Siete Partidas*<sup>6</sup>. El Código Penal chileno original presenta importantes semejanzas con el Código Penal español de 1850, pero también con su versión de 1848<sup>7</sup>. No hay misterio en ello: la Comisión Redactora se sirvió de aquellos textos y tuvo muy especialmente a la vista los comentarios de Joaquín Francisco Pacheco, quien a su turno consultaba concordancias de importantes códigos penales modernos: el francés de 1810<sup>8</sup>, el de las dos Sicilias de 1819, el español de 1822 y el imperial brasileño de 1830, entre otros. El entronque europeo-continental es, pues, claro.

Aunque las reformas del último medio siglo obligan a matizar —como se verá en los apartados siguientes— el *espíritu* de este derecho sustantivo sigue siendo afín a la tradición europea-continental. Ahora bien, y antes de entrar en detalles regulatorios, ¿qué supone aquella matriz para el caso del derecho penal chileno? ¿Qué espíritu late en él y cómo puede caracterizarse, en sus líneas esenciales?

---

italiano, vale la pena hacer notar que existe una traducción italiana del Código Penal chileno, a cargo de Gabriele Fornasari y Emanuele Corn. La información bibliográfica de aquella traducción puede apreciarse en el listado que se acompaña al final de este artículo, bajo la voz Guzmán (2013b), que precisamente le sirvió de prólogo.

5 Cfr. Rivacoba (1991) pp. 17 ss. para los antecedentes posteriores a la independencia y la génesis del Código Penal chileno. Sintéticamente, cfr. Rivacoba (2002) pp. 17-19. Un cuadro general, incluyendo algunas de las principales reformas al Código Penal, cfr. Guzmán (2013a), pp. 106 ss, con ulterior bibliografía en pp. 127-128. En lengua italiana, cfr. Guzmán (2013b), esp. p. xvii s.

6 Cfr. Novoa Monreal (1960) pp. 103-104 para una explicación sintética, con ulteriores referencias bibliográficas.

7 Al respecto, cfr. Rivacoba (1991) pp. 47-48, zanjando la disputa sobre la primacía de aquellas fuentes, haciendo ver cómo los comisionados trabajaban primeramente con el texto de 1850, pero teniendo siempre también a la vista la versión de 1848, con los comentarios de Joaquín Francisco Pacheco, además de —más puntualmente— el entonces flamante Código Penal español de 1870.

8 Al que Pacheco califica de “inmortal”, cual cristalización positiva de la revolución que supuso la filosofía del iluminismo: primero con “el lombardo Beccaria [quien] somete al tribunal del corazón la obra del absurdo y de la ignorancia [y] poco después [con] el inglés Bentham [quien] la somete al tribunal del análisis”. Con aquel Código, entonces, según el parecer de Pacheco, “la teoría toma posesión de los hechos [y] la doctrina filosófica es ya la base del derecho penal”: cfr. Pacheco (1870) t. I., p. XLVIII.

El derecho penal chileno puede caracterizarse como moderadamente liberal<sup>9</sup> —cuanto menos abrazador de los principios de *legalidad*<sup>10</sup> y *culpabilidad*— y preferentemente comprometido con los valores del *objetivismo*, como expresión de un *derecho penal del hecho* y del *injusto potencialmente lesivo*<sup>11</sup>. Lo anterior vale para la noción de delito, para su *input*. Tratándose en cambio de la pena, un relativo *subjetivismo* —*rectius*, el recurso a criterios de *peligrosidad* y de agravación por *reincidencia*<sup>12</sup>— resulta operativamente relevante<sup>13</sup>. Afirmar, por otra parte, que —fuera del acotado campo de la *responsabilidad penal de adolescentes*<sup>14</sup>— el derecho penal chileno conoce de políticas o finalidades en materia de penas, sería conceder demasiado, *pace* el Tribunal Constitucional chileno<sup>15</sup>. Deducir de aquello que el modelo es hijo de un sobrio

9 Cfr. Guzmán (2013a), p. 107, con énfasis en la matriz política y cultural del liberalismo que inspira al Código Penal original.

10 Aunque con el importantísimo matiz referido a la ejecución de pena, conforme a lo que se dirá infra (nota 19) y por más que, ya en general, corran hoy “tiempos difíciles para el principio de legalidad en materia penal”: cfr. van Weezel (2020) *passim*.

11 En dichos principios o valores matrices se dejan sintetizar las coordenadas centrales del derecho penal chileno, cuanto menos en su reconstrucción por la doctrina y jurisprudencia nacionales, en el canon de la teoría del delito: para lo cual, cfr., por todos, Hernández (2011) “Art. 1”, pp. 7 ss.; Mera (2011) “Arts. 7, 8 y 9”, pp. 140 ss.; Hernández (2011) “Art. 10 N° 8 y Art. 71” pp. 239-243 y 621-623 (dándose cuenta del muy dominante rechazo a la antigua doctrina del *versari*, tanto en doctrina como en jurisprudencia); Hernández (2011) “Art. 10 N°9”, pp. 243 ss.; Hernández (2011) “Art. 10 N°s 11, 12 y 13”, pp. 266 ss.; Hernández (2011) “Arts 14, 15, 16 y 17”, pp. 365 ss.; y Couso (2011), “Art. 18”, pp. 423 ss. Por lo que toca al delito imperfecto (art. 7) y a la intervención delictiva (arts. 14 a 17), la valencia del objetivismo y de la responsabilidad por el hecho se deja apreciar en los efectos penológicos de rebaja obligatoria, para lo cual véanse los arts. 50 a 54 del Código Penal. En este último sentido, cfr. también Guzmán (2013a) p. 108 y Guzmán (2013b) p. xx. En fin, que un autor especialmente sensible a los principios liberales (Mera, 1998) pueda contrastar el derecho penal chileno a la luz de aquellos principios y de los derechos humanos (obteniendo un margen de saldo crítico) no viene sino a demostrar —paradójicamente, quizás— que nuestro objeto de estudio se mueve dentro de aquella órbita de principios. De otro modo, un contraste con semejante cuadro de principios carecería de propósito, de entrada, como se comprende.

12 Aspecto que juega en la determinación de la pena: ya para su identificación (impidiendo penas sustitutivas a la pena de cárcel, conforme a la Ley N° 18.216), ya en sede de agravación.

13 Cfr. la función empírica de aseguramiento de la pena en Matus y Ramírez (2019) p.61.

14 Regulado por ley especial, N° 20.084 de 2005. Sobre el modelo de responsabilidad penal de adolescentes, cfr. Couso y Duce (2013) esp. cap. VI, pp. 343 ss. Para un visión general del modelo, en tanto reconstrucción a partir de la Convención de Derechos del Niño, cfr. Cillero (2000) esp. pp. 128-134.

15 Cfr. la línea jurisprudencial inaugurada por la confusa STC 2983-16 (13.12.2016), afirmando una finalidad constitucional de la pena cual la resocialización del condenado (entre otros, cfr. el considerando vigesimosexto). Para una crítica a aquella sentencia y a la correspondiente línea jurisprudencial, cfr. Grez y Wilenmann (2019). La Constitución chilena vigente no ofrece fundamento textual alguno para afirmar una finalidad de prevención especial positiva o resocialización del condenado (como se sabe, muy distinto es el caso de la Constitución italiana, ex art. 27.3). Ahora bien, y aunque la propia STC 2983-16 no lo advierta, una orientación normativa en tal sentido se incorpora al ordenamiento chileno por vía de fuentes internacionales (ex art. 5 inc. 2 de la Constitución), concretamente el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), conforme al cual “finalidad esencial” de la pena privativa de libertad es “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Naturalmente aquella fuente no supone la exclusión de otras finalidades posibles, como con razón hacen ver Grez y Wilenmann (2019) apartado 3.2. Ya a nivel infra constitucional, podría



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

retribucionismo<sup>16</sup> sería en cambio ofensivo para el retribucionismo. En materia de penas, pues, lo que ha primado no es mucho más que un reactivo abandono<sup>17</sup>: un desdén, de tanto en tanto sensible al hacinamiento carcelario<sup>18</sup>. Que se pueda hablar de abandono, lo confirma la inexistencia de una ley de ejecución penitenciaria, dimensión entregada hasta hoy a la potestad reglamentaria<sup>19</sup>. Esta situación se ve agravada por la ausencia de una judicatura especial para el control de la ejecución penal y la cautela de los derechos de los condenados<sup>20</sup>.

---

pensarse que la Ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas cimienta para el entero sistema punitivo una finalidad como la defendida por la STC, pero –bien mirado– se trata de una versión negativa o pasiva de la resocialización; es decir, con ella se procura evitar el efecto criminógeno de la cárcel (evitar la “de-socialización”, aunque la palabra no exista en castellano). Y aquí también llevan razón Grez y Wilenmann, al afirmar que, de tomarse en serio la limitación afirmada por la STC, el entero sistema penal chileno resultaría impugnado constitucionalmente (op. cit. apartado 3.3). Una visión más compleja de los fundamentos político criminales del modelo de penas sustitutivas ofrecen Morales y Salinero (2020), concediendo que en un primer estadio se trataba puramente de “no desocialización”, pero advirtiendo la emergencia de nuevos fundamentos concurrentes: rehabilitación, no retribución y finalidad securitaria.

16 Aunque con matices y no sin razón (por oposición a una orientación preventiva, de la que claramente adolece), lo asocian al retribucionismo Rivacoba (1991) p. 63, Iñesta (2003) pp. 321-323 y Guzmán (2013b) p. xix.

17 No en vano algunos de los principales estudios de la última década han usado fórmulas como “desgobierno carcelario” (Arriagada y Rochow, 2015), “tierra de nadie” o “no Man’s land” (Villagra y Droppelmann, 2017) o el muy elocuente “estado de naturaleza” (Horvitz, 2018) para describir la situación de la realidad carcelaria chilena. En lo demás, cfr. el rico volumen editado por Contesse y Contreras (2019), también de elocuente título, así como el estudio de Marshall, Rochow y Moscoso (2019), este último centrado en la denuncia de la exclusión ciudadana que supone la privación de libertad en Chile.

18 Que no a otro factor –comprendido el implícito problema de seguridad y disciplina intra-carcelaria– respondieron a su tiempo, en dictadura y en democracia, respectivamente, leyes de tan alto impacto práctico como la N°18.216 de 1983 y la 19.856 de 2003, por más que sus nombres evoquen aspiraciones como la sustitución o alternativa a la pena de cárcel o nada menos que la anhelada reinserción social. Un punto de quiebre en este estado de abandono parece haberse alcanzado en diciembre de 2010, tras el incendio de la cárcel de San Miguel, en el que fallecieron 81 reclusos, la desgracia más grande en la historia penitenciaria chilena. A una visión más integral–y ya no sólo reactiva– obedece la ley N° 20.603 de 2012, con modificación del paisaje y la lógica de la ley N°18.216. Destaca en ese contexto la creación de los Centros de Resocialización Social (CRS), que amplió considerablemente hacia el “medio libre” la competencia de la policía penitenciaria chilena (Gendarmería). Con todo, debe decirse que con esta ley se abre el catálogo de delitos exceptuados de la sustitución de pena (que hasta entonces sólo conocía el caso de la violación impropia simple y con homicidio, en virtud del art. 2° de la Ley N° 19.617 de 1999), en un proceso que con los años se irá incrementando, como se indicará más abajo. En lo demás, para una reconstrucción evolutiva de la legislación y praxis en los últimos veinte años en Chile, cfr. Wilenmann y Gambardella (s/f), ilustrando la dialéctica entre punitivismo, sobrepoblación carcelaria, pena sustitutiva (probation) como válvula de desahogo y nuevo punitivismo.

19 Concretamente al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, D.S. 518 de 1998. Con lapidaria justicia, un destacado comentarista ha caracterizado esta situación como “la más flagrante vulneración del principio de reserva legal en el derecho penal chileno”: Hernández (2011) “Art. 80”, p. 687. Por lo de más, ya en Guzmán Dalbora (1994) y, sobre todo, en Mera (1998) pp. 85-88 se halla una clara denuncia de semejante violación del principio de legalidad. Para una crítica más reciente y con ulterior bibliografía, cfr. Castro (2019) pp. 89 ss.

20 Algo cuya ausencia sigue siendo denunciada por la doctrina: pioneros en esa dirección, el ya citado Mera, (1998) pp. 88-92 y Guzmán Dalbora (1998). Por cierto, aquella ausencia no puede entenderse subsanada ni con el tradicional régimen de visitas judiciales, ni con la prolongación de la precaria competencia atribuida a los jueces



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

Hasta aquí una primera imagen sinóptica de la “situación espiritual” del derecho penal chileno. Toca ahora desarrollar estas líneas esenciales, abordando algunos esquemas básicos de la regulación penal.

## 1.2. Aspectos centrales del derecho penal chileno (y de su Código Penal, en particular).

Categorizados los delitos según la gravedad de sus penas (*crímenes, simples delitos y faltas*), el Código ordena su Parte Especial desde lo público hacia lo individual: a los atentados contra el Estado siguen las ofensas a intereses colectivos, cerrándose el Código con los delitos contra la persona. Que hayan operado claves de lectura supraindividuales es algo que queda bien demostrado por la ubicación de los delitos de aborto y de connotación sexual, ambas clases bajo un título comprensivo de los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública.

La Parte General del Código era (y sigue siendo) escueta: (i) *numerus clausus* para el delito imprudente; (ii) legalidad en materia de penas (con retroactividad *in bonam parte*); (iii) un esquema objetivista para el *iter criminis* (con reducción de pena obligada para el delito no consumado); (iv) dualismo en materia de intervención delictiva (con distinción penológica entre autores y partícipes); (v) un catálogo cerrado de eximentes de responsabilidad (desde su origen severo para supuestos de privación voluntaria de razón, como la ebriedad<sup>21</sup>); y poco más.

Haciendo de la escasez abundancia<sup>22</sup>, la doctrina nacional – siempre atenta al derecho comparado, principalmente de cuño alemán, español e italiano– ha sabido exponer una completa *teoría del delito* (dominante todavía el esquema tripartito: delito como conducta *típica, antijurídica* y *culpable*), ofreciendo también soluciones *praeter legem*: omisión impropia, desistimiento<sup>23</sup>, error de prohibición y delito continuado, entre otras. Según los tiempos y las influencias dominantes<sup>24</sup>, en estas elaboraciones han incidido diversas escuelas del pensamiento penal occidental: positivismo penal<sup>25</sup>, causalismo<sup>26</sup>, finalismo<sup>27</sup>, post finalismo o teleologismo político-criminal<sup>28</sup>, dogmática crítica<sup>29</sup>, orientación constitucional y a los derechos

---

de garantía a partir de la reforma procesal penal del año 2000: al respecto, cfr. Hernández (2011), “Art. 80”, pp. 688-689. Más ampliamente, cfr. Mera y Couso (2003), Castro, Cillero y Mera (2010) y Castro (2019), pp. 103 ss. 21 Crítico, cfr. Hernández (2007).

22 Lo destaca justamente Guzmán (2013b) pp. xx-xxi.

23 Que, en rigor, sólo se prevé expresamente para los supuestos de conspiración y proposición (art. 8 CP). La doctrina ha propuesto (con éxito) la extensión de este estatuto al delito tentado o imperfecto en general.

24 Un detallado panorama –al modo de una historia externa, incluyendo selectivos reportes cuantitativos– en Matus (2011) y Matus (2021a).

25 Entre otros, Del Río representa un ejemplo aquí.

26 Novoa Monreal representa un paradigma aquí.

27 Aquí puede mencionarse al 1er Juan Bustos, el 1er Enrique Cury y Garrido Montt.

28 En parte el 2do Enrique Cury, pero también muchos autores considerados eclécticos pueden situarse en el postfinalismo.

29 El 2do Juan Bustos.



humanos<sup>30</sup>, analítica del lenguaje<sup>31</sup> y eclecticismos varios. Una pregunta abierta es si acaso resulta todavía posible extraer de aquellas distintas elaboraciones una imagen de conjunto; es decir, algo como la estructura básica de la reconstrucción dogmática-penal chilena. La pregunta no puede recibir una respuesta clara en un medio aún carente de un comentario canónico completo (con Parte Especial íntegra)<sup>32</sup>.

En cuanto a la pena, para su *determinación* el Código recurre a un sistema de escalas penales, con grados delimitados en su mínimo y en su máximo. Las circunstancias modificatorias de la pena —contenidas en un catálogo cerrado— están sometidas a reglas fijas. Se suele decir que el modelo —comúnmente denominado de *determinación relativa de la pena*— fue concebido para reducir el arbitrio judicial a la ejecución cuasi mecánica de un programa de reglas lógicas. Aquella caracterización parece sin embargo una caricatura del ideal ilustrado, que era todo menos que consciente del margen interpretativo de los jueces letrados. Como sea, un propósito semejante —de estricta sujeción— dista de haberse realizado en el caso chileno, desde ya porque no parece haberse buscado seriamente, atendida la amplitud de los marcos de pena y los considerables espacios de ponderación. Precisamente porque aquella sujeción estricta no se alcanza, y porque los tribunales han tendido a aplicar la pena en los mínimos del marco (y usualmente con penas sustitutivas al presidio, tratándose de condenas no superiores a los cinco años)<sup>33</sup>, desde 2014 un legislador exasperado ha ido dando vida a un estatuto más severo de determinación de pena para ciertas categorías de delitos (modelo o “estatuto Ley Emilia”<sup>34</sup>, en adelante *eLE*). Este estatuto alternativo sirve a un doble propósito: de un lado petrifica los marcos penales, limitando la determinación judicial de la pena (*estatuto Ley Emilia 1*, en adelante *eLE1*)<sup>35</sup>; del otro, suspende por un mínimo de un año la sustitución del presidio,

---

30 Jorge Mera (1998) es un precursor aquí y entran ahora en esta órbita, en giro ius constitucional, Matus y Ramírez (2019 / 2021); véase también Matus (2021b) p. 594, declarándose cercano a la línea inaugurada por Bricola en Italia.

31 Opus Mañalich: cfr. especialmente Mañalich (2014).

32 Si bien reducen los márgenes de la fragmentación el monumental Derecho Penal en la Jurisprudencia de Alfredo Etcheberry (Etcheberry, 1987) y más tarde los pioneros Comentarios de Parte General Politoff y Ortiz (2002) y el ineludible Couso/Hernández (2011), para lo cual cfr. especialmente el notablemente integrador Hernández (2011) “art. 1”.

33 Cfr. Wilenmann et al (2019) pp. 469 ss.: en un 70% de la muestra revisada la pena se fijó por el tribunal en el punto mínimo formalmente procedente, mientras que en un 82% de los casos se aplicó pena sustitutiva, allí donde era formalmente procedente. Como lo indican los propios autores, estos hallazgos concuerdan con los resultados de al menos dos estudios anteriores en la materia, lo que “muestra la permanencia en el tiempo de este aspecto de la cultura judicial” (op. cit., p. 469).

34 Se trata de la ley N° 20.770 de 2014, concebida en respuesta a la trágica muerte de una menor de edad —Emilia— a causa de un accidente automovilístico provocado por un conductor en estado de ebriedad. Más abajo se volverá sobre esta ley, pero para calibrar su impacto en el sistema de determinación de pena desde ya se reenvía a Mayer y Vera (2022) y Wilenmann y Gambardella (s/f) apartado Breaking inertia.

35 Con ligeras variantes, este estatuto especial de determinación de pena es aplicable hoy a determinadas figuras de robo (art. 449 del Código Penal), manejo en estado de ebriedad con resultados graves (art. 196 bis de la Ley



asegurando así su cumplimiento efectivo, a todo evento, con independencia de la pena total o cualquier variable relativa al condenado (*estatuto Ley Emilia 2*, en adelante *eLE2*)<sup>36</sup>. Más abajo (1.3) se volverá sobre este *eLE*, y sobre su impacto en el proceso de progresiva disolución del sistema del viejo Código Penal.

El Código original contemplaba la *pena de muerte*. Aunque ella sigue vigente para una serie de delitos cometidos en tiempos de guerra (previstos en el Código de Justicia Militar), fue derogada para todos los delitos cometidos en tiempos de paz en 2001, con motivo del Jubileo<sup>37</sup>. La pena de muerte derogada se trocó por una pena nueva: un *presidio perpetuo calificado*, i.e. encarcelamiento efectivo por un mínimo (no revisable) de cuarenta años<sup>38</sup>, un estatuto que bien puede merecer reparos conforme a estándares internacionales<sup>39</sup>. El Código original no contemplaba la *pena de azote o fustigación*, pero fue prontamente reintroducida en la legislación chilena<sup>40</sup>, para ser derogada definitivamente recién en 1949<sup>41</sup>. El catálogo de penas se ha ampliado considerablemente en sucesivas reformas, especialmente con muy variadas clases de *inhabilitación*. La *multa* y el *comiso* son penas originarias del Código y comunes a todas las clases de delito, pero han devenido en insignificantes de cara a la moderna criminalidad organizada y económica; en el caso de la multa, por sus montos reducidos y fijos (no se contempla un sistema de días-multa); en el caso del comiso, porque se ha entendido que comprende sólo el de *instrumentos y productos* del delito, mas no las respectivas *ganancias*<sup>42</sup>.

La pena privativa de libertad sigue siendo la pena por excelencia, nominalmente omnipresente, aunque en la práctica muy matizada por el estatuto de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 (un sistema de *probation*). En extrema síntesis: encarcelamiento efectivo habrá siempre

---

de Tránsito), colusión contra la libre competencia (art. 62 del DL 211), ciertos delitos de la ley de armas (art. 17 B de la Ley N° 17.798) y uso de información privilegiada (art. 60 de la Ley N° 18.045).

36 Es el caso del manejo en estado de ebriedad con resultados graves (art. 196 ter de la Ley de Tránsito) y del delito de colusión contra la libre competencia (art. 62 del DL 211).

37 Ley N° 19.734.

38 Recién entonces puede proceder la libertad condicional como forma de *parole* (D.L. N° 321). El *presidio perpetuo* original (ahora llamado simple) se extiende por un mínimo de 20 años.

39 Para la cual, más allá del carácter perpetuo de la pena, es relevante la concreta forma de ejecución, en particular su carácter de revisable o compatible con formas de liberación anticipada: al respecto, para el sistema europeo de derechos humanos, al alero del art. 3 CEDU y a partir del caso *Vinter*, cfr. Viganò (2021) esp. pp. 90-94 y 195-197, identificándose un límite tentativo de veinticinco años para una apertura a la *parole*. En lo demás, cfr. Aguilar y Carnevali (2019), quienes en un trabajo breve han planteado la inconstitucionalidad de la pena de *presidio perpetuo calificado*, a la luz de los art. 5.2 y 5.6 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica. Hasta la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo ha objetado el *presidio perpetuo* respecto de adolescentes infractores, en parte con recurso al aludido art. 5.6: cfr. *Mendoza y otros vs Argentina*, 2013, especialmente su considerando 166 (ficha disponible en [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=388](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=388)).

40 Por la ley de 3 de agosto de 1876. Finamente, Guzmán (2013b) p. xxx, conecta esta primera reforma punitivista con la ola del presente: “la catena invisibile che lega la fine delle cose con il loro inizio...”

41 Ley N° 9.347.

42 Cfr. Hernández (2011), “Art. 31” pp. 483-484, allí con ulterior bibliografía.

tratándose de condenas a penas superiores a los cinco años de presidio (penas de *crimen*), y es probable para supuestos menos graves si el condenado presenta historial delictivo. De otro modo, el encarcelamiento efectivo será excepcional: ya en virtud de salidas procesales de la nueva justicia negociada (cfr. *infra* 2), ya por sustitución en la propia sentencia condenatoria, conforme a la aludida Ley N° 18.216, que considera penas en medio libre o de encierro parcial (remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, entre otras). Con todo, más allá de lo anterior, el *presidio efectivo* será la norma en dos escenarios: (i) para un (creciente) catálogo de delitos y condenados expresamente exceptuados del régimen de sustitución de pena (inciso 2do y ss. del art. 1° de la Ley N° 18.216)<sup>43</sup>; y (ii) cuanto menos para el primer año de condena, para delitos sujetos al *eLE*<sup>44</sup>, salvo que medie la intervención del Tribunal Constitucional declarando inaplicable el estatuto al caso particular, sobre lo cual se volverá más abajo, en 1.6.1).

En lo demás, el sistema penal chileno es dualista, conociendo medidas de seguridad post delictuales para los inimputables. Con todo, esta dimensión es hasta hoy un cuerpo extraño en el sistema: basta con decir que su regulación ha estado desde siempre entregada a leyes de procedimiento<sup>45</sup> y que se le presta escasa atención en la formación universitaria. También aquí debe hablarse de abandono.

### 1.3. La acelerada expansión del derecho penal chileno: ¿disolución del sistema o nuevo Código Penal? El mosaico.

Corresponde ahora colocar el cuadro recién trazado en un horizonte temporal y “topográfico”. El rostro actual del derecho penal chileno es el de un derecho en acelerada expansión<sup>46</sup>, en dos espacios: *ad intra* y *ad extra* del viejo Código Penal<sup>47</sup>. Un derecho penal bifronte, por tanto, y que, como veremos, transita hacia su desintegración como sistema.

El alcance de la expansión es relativamente más amplio *ad extra* que *ad intra*, por razones obvias: pues en un caso simplemente no hay confines, de modo que “lo nuevo” no halla en “lo viejo” un punto de resistencia. Cierta adaptación es en cambio obligada para los contenidos *ad intra*. De tal suerte, el Código Penal va, por un lado, acogiendo nuevas expresiones de viejos

43 El catálogo de excepciones se ha ido ampliando progresivamente: Ley N° 20.603 de 2012 (secuestros, violación, homicidios y armas, además de una serie de supuestos de condenados por delitos de drogas y robos); art. 4 de la Ley N° 20.813 de 2015 (delitos de armas); art. 2 de la Ley N° 20.968 de 2016 (torturas); art. 3 de la Ley N° 21.212 de 2020 (femicidio); art. 2 de la Ley N° 21.412 (nuevos delitos de armas); y art. 6 de la Ley N° 21.523 de 2022 (delitos sexuales y nuevo delito de explotación sexual).

44 V. *supra* nota 36.

45 Arts. 455 ss. del Código Procesal Penal y arts. 682 ss. del antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906.

46 Sobre la noción de expansión del derecho penal, cfr. el ya clásico Silva (1999/2000/2011).

47 Para una reseña crítica sobre las muchas reformas al Código Penal, cfr. Guzmán (2013a) pp. 108 ss y 120 ss., con ulterior bibliografía en p. 128.



esquemas criminales y, por otro, reflejando los cambios en las valoraciones ético-sociales frente a fenómenos delictivos tradicionales<sup>48</sup>. Se explican así extensos paquetes de reformas *ad intra*: en materia de delitos sexuales (a ritmo obsesivo y por momentos exasperado)<sup>49</sup>, delitos contra la propiedad (una fijación inmemorial en Chile, especialmente en materia de robos, castigados con tal severidad que se rompe allí la proporcionalidad interna del sistema)<sup>50</sup>, delitos funcionarios<sup>51</sup>, de corrupción entre privados y patrimoniales<sup>52</sup>, de tortura y otros tratos crueles<sup>53</sup>, entre otras modificaciones que se explican en razón de preocupaciones de género<sup>54</sup>, atención a minorías o personas especialmente vulnerables<sup>55</sup> y violencia doméstica<sup>56</sup>. Estas reformas han ido encontrando un lugar – más o menos confortable – en el seno del Código Penal.

La vertiginosa aceleración de estas reformas es algo que reclama atención. Así, si en sus primeros 125 años de vida el Código Penal fue objeto de 57 instancias de reforma, sólo en los siguientes 23 años –desde 2000 a 2022– ese número alcanzó a 73. Una imagen rotunda de la acelerada erosión del Código original<sup>57</sup> se obtiene si su arco de vida se divide en tres periodos de medio siglo: resultan así 3 instancias de enmienda en las primeras cinco décadas, 28 reformas para el siguiente período, hasta 1974, y 99 reformas en lo que va desde entonces hasta diciembre de 2022. Un análisis más detallado –con cortes cada cinco lustros– demuestra que

---

48 El caso del delito de aborto se ubica en este escenario, si bien la despenalización por indicaciones introducida por la Ley N° 21.030 de 2017 tuvo sólo un efecto incidental –en lo formal, quiero decir– en la regulación original del Código Penal: la enmienda en el art. 344 CP.

49 Tras una reforma modernizadora y consistente del párrafo de delitos de índole sexual (Ley N° 19.617 de 1999), lo que ha seguido en general ha sido más derecho penal, aceleradamente y con creciente severidad: así, cfr. las leyes N°s 19.927 de 2004, 20.507 de 2011, 20.526 de 2011, 20.594 de 2012, 20.685 de 2013, 21.153 de 2019, N° 21.160 de 2019, 21.522 de 2022 y, la más reciente, 21.523 de 2022 (Ley Antonia).

50 Leyes N° 19.950 de 2004 (hurtos bagatelares), 20.090 de 2006 (en materia de abigeato), 20.931 de 2016 (de “agenda corta antidelincuencia”), 21.170 de 2019 (ley antiportonazos). Aunque ya superado por ulteriores reformas punitivistas, sobre las vulneraciones a derechos fundamentales en este campo, cfr. Oliver (2012).

51 Destacando la gran reforma de la Ley N° 19.645 de 1999, la discutida 20.088 de 2006 (enriquecimiento ilícito, 241 bis), y más tarde la importante Ley N° 21.121 de 2018.

52 Ley N° 21.121 de 2018 (tipifica la corrupción entre privados y la administración desleal, entre otros delitos).

53 Ley N° 20.968 de 2016.

54 Especialmente las Leyes N°s 21.212 (que tipifica el femicidio) y 21.523 de 2022 (Ley Antonia).

55 Ley N° 20.507 de 2011 (trata de personas), Ley N° 21.013 de 2017 (nuevas figuras de maltrato) y la reciente N° 21.483 de 2022 (de protección de la infancia).

56 Ley N° 20.066 de 2005 (de violencia intrafamiliar) y la arriba aludida Ley N° 21.013 de 2017 (nuevas figuras de maltrato).

57 Aquí debería considerarse un análisis cualitativo, por cierto, que a lo menos distinga entre reformas profundas y reformas superficiales. Como sea, es claro que la erosión del sistema del Código Penal puede operar –y ha operado, incluso con mayor fuerza– ad extra: ya porque se crean estatutos diferenciados de determinación de pena (como ha sucedido, muy significativamente, con las varias leyes que responden al modelo de Ley Emilia), ya porque para completas clases de delitos se aplican estatutos especiales (como es el caso para los delitos contra la seguridad interior del Estado, en los que no obstante contemplar el Código un párrafo ad hoc, se aplica una ley especial).

la aceleración se agudiza especialmente en las últimas dos décadas. Ni qué decir sobre el último lustro. La aceleración se dispara: 24 leyes de reforma en el período, incluyendo 10 reformas en el último año. En las conclusiones de este trabajo se retomará este aspecto y se hablará de un riesgo de *saturación*.

Los aspectos cuantitativos recién anticipados pueden ilustrarse mejor mediante las siguientes dos tablas:

Tabla 1. Aceleración de las reformas al Código Penal chileno (1875-2022)<sup>58</sup>

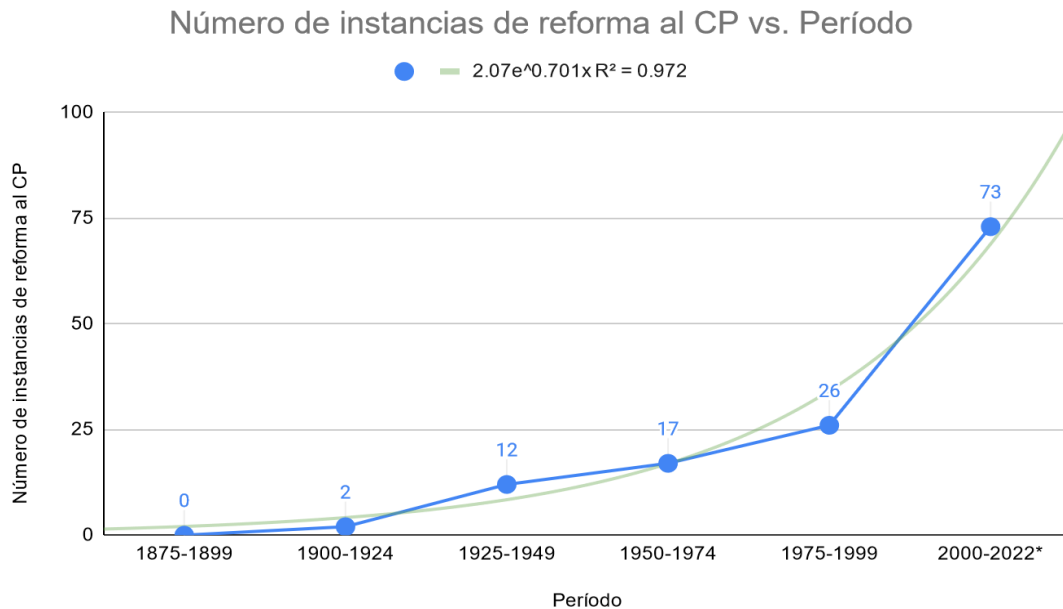
Periodo	Número de instancias de reforma al CP	Promedio de reformas por cada año	Aceleración (conforme a promedio)
<b>Aceleración reformista por cada medio siglo</b>			
1875-1924	3	0,06	1 reforma cada 16 años, aprox.
1925-1974	28	0,56	1 reforma cada 21 meses, aprox.
1975-2022	99	1,98	1 reforma cada 6 meses, aprox.
<b>Aceleración reformista por cada cinco lustros</b>			
1875-1899	0	0	0 reforma en 25 años
1900-1924	2	0,08	1 reforma cada 12 años y 6 meses
1925-1949	12	0,48	1 reforma cada 2 años, aprox.
1950-1974	17	0,68	1 reforma cada 1 años y 6 meses, aprox.
1975-1999	26	1,04	1 reforma cada 1 año, aprox.
2000-2022*	73	3,17	1 reforma cada 4 meses, aprox.
<b>Aceleración reformista en el último lustro y en el último año</b>			

<sup>58</sup> Elaborada en base a información disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), cotejada con la tabla cronológica de modificaciones del Código Penal elaborada por Roberto Navarro Dolmestch y publicada como anexo al Comentario preliminar de Manuel de Ricacoba y Rivacoba en Politoff y Ortiz (2002) pp. 39-47.

2018-2022	24	4,8	1 reforma cada 11 semanas, aprox.
2022	10	10	1 reforma cada 36 días, aprox.

\*faltando 2 años para completar el período

Tabla 2 Gráfico de la aceleración



\*Si puede hablarse de un "factor de aceleración", el parámetro exponencial de 0.7 es el que le da "forma" a la curva.

La expansión *ad extra*, por su parte, ha ido desplegándose según esquemas reconducibles a dos tipos de dinámica: (1) desde *lo disciplinario*, constituyéndose así un derecho penal accesorio al sector regulado, típicamente en ámbitos económicamente orientados: un derecho penal del mercado de valores, un derecho penal tributario, de la libre competencia, de la propiedad intelectual, etc.; y (2) en combate contra *macro fenómenos criminales*, tendencialmente globales y organizados: crímenes contra la humanidad, terrorismo, seguridad interior del Estado, narcotráfico, lavado de activos, responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc. Para todo ello hay hoy leyes especiales en Chile, muchas veces motivadas en compromisos o agendas internacionales (Naciones Unidas y OCDE, principalmente) y de matriz muy variada: ya comprometidas con puntos de vista economicistas, ya de cuño técnico-legislativo anglosajón o



européo-continentales, ya de sello autóctono, con base en agencias de ministerios sectoriales o agencias administrativas<sup>59</sup>. Leyes sin patrones uniformes, en suma, aunque una tendencial “americanización”<sup>60</sup> (en el sentido de “estadounidense”) parece predominar en estos nuevos desarrollos, especialmente en los de carácter penal económico.

A estos esquemas de expansión *ad intra* y *ad extra* (de Parte Especial, preferentemente) debe agregarse, desde 2014, la introducción de un modelo más severo de determinación de la pena (el aludido *estatuto eLE1*, *supra* 1.2, *circa* nota 35), que ha venido introduciéndose “a manchones”, para determinadas categorías de delitos, reactivamente y no sin aleatoriedad; es decir, en leyes que responden a casos puntuales o fenómenos, todos variados: para el manejo en estado de ebriedad con resultados graves, robos, posesión de armas, colusión contra la libre competencia o uso de información privilegiada<sup>61</sup>. No puede subestimarse la relevancia de este modelo en términos de erosión del sistema, dentro y fuera del Código<sup>62</sup>. Si en esta materia siguen sumándose excepciones a la matriz original, entonces dejará de ser claro dónde está lo general y dónde lo particular. Por de pronto, la reciente Ley N° 21.483 de 2022 ha creado una nueva importante excepción (art. 69 bis CP)<sup>63</sup>, y todo indica que nuevas excepciones seguirán apareciendo<sup>64</sup>.

Como puede apreciarse, el rostro actual del derecho penal chileno es tan bifronte como abigarrado. La fuerza centrífuga del tiempo lo ha vuelto progresivamente inasible. De no

---

59 Así, para ofrecer algunos pocos ejemplos emblemáticos, la legislación anti lavado de activos (Ley N° 19.913 de 2003) sigue los clásicos patrones de cuño internacional, los que a su turno se inspiran en la pionera legislación federal estadounidense. Otro tanto sucede en materia de libre competencia (D.L. N° 211 y Ley N° 20.945). En materia de delitos de mercado de valores (Ley N° 18.045) la inspiración base se halla en la legislación federal estadounidense (marcadamente para el caso de la manipulación del mercado), aunque en materia de uso de información privilegiada se ha seguido una matriz netamente europea. En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hay inspiración en los sistemas anglosajones, pero la fuente más inmediata se encuentra en la legislación italiana (D.lgs. n. 231 de 2001). Por otra parte, para la importante reforma en materia de corrupción y otros delitos patrimoniales (Ley N° 22.121 de 2018) se tuvo a la vista la experiencia alemana, cuanto menos en materia de administración desleal.

60 Cfr. Nieto (2007).

61 Para el detalle v. *supra* nota 35.

62 En este sentido, cfr. Mayer y Vera (2022) en crítica por el efecto que supuso el estatuto Ley Emilia en el plano sistemático.

63 En relación con la nueva “súper agravante”, la circunstancia 22 del art. 12 CP, aplicable a delitos “contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad (...)”.

64 Más allá de la alta probabilidad de nuevos eLE1 (cada nuevo proyecto de ley penal parece incorporarlo), debe decirse que la disolución del sistema se incrementará de aprobarse el ambicioso proyecto de ley “que sistematiza los delitos económicos” (boletines refundidos 13204-07 y 13205-07, actualmente en 2do trámite constitucional ante el Senado). El proyecto propone un sistema completamente diferenciado de penas y determinación de penas, con circunstancias agravantes y atenuantes especiales, para un catálogo muy extenso de delitos. Se trata de una alternativa rica y articulada —si se le compara con el reactivo y grueso modelo de la Ley Emilia— pero su calado es tal, que su introducción provocará una escisión en el derecho penal chileno. Y es que, a su modo, el proyecto de ley representa un pequeño nuevo Código Penal para los delitos económicos. Para una descripción del proyecto, cfr. Bascuñán (2020).



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

mediar un esfuerzo centrípeto de recodificación, la disociación dará paso a un archipiélago, desdibujándose la idea misma de un rostro para el derecho penal chileno. No es casualidad, entonces, si tales esfuerzos de recodificación han venido intensificándose en los últimos veinte años, contándose ya cuatro proyectos oficiales de recodificación desde entonces, siempre con decisivo aporte de la academia<sup>65</sup>.

Ahora bien, si acaso aquella recodificación es oportuna y posible a corto plazo en el Chile actual, es ya otro asunto. De un lado, el país enfrenta un momento de inestabilidad e incertidumbre constitucional: se vive con una Constitución espiritualmente muerta, y el camino hacia una nueva Constitución no está despejado aún, tras el clamoroso fracaso del primer intento. Como parece obvio, la discusión para un nuevo Código Penal debe suceder — y no anteceder—al de una nueva Constitución. Por otra parte, la *fijación del derecho* supone un escenario epigonal, conforme a la dinámica del sedimento<sup>66</sup>; es decir, de relativo consenso sobre el valor de un acervo de principios, reglas y soluciones, cuya reconcentración —en términos de ordenación, simplificación y actualización— demanda el presente. Pero aunque dicha demanda exista (a la fuerza centrífuga ha de oponerse una centrípeta, por mor de la *praxis*), el presente parece lejos de poderse domesticar. Más arriba se ha hablado de aceleración expansiva, al frenético ritmo de una reforma al Código Penal cada 36 días durante el año 2022. ¡Ebullición legislativa! Este escenario se explica por las múltiples perspectivas, agendas e intereses en competencia<sup>67</sup>. Es natural que así sea, no hay escándalo en ello. Pero es igualmente natural asumir que, en un escenario semejante, la fijación del derecho tenga la apariencia de la proeza improbable.

En suma, de no darse las condiciones para un nuevo Código Penal, el derecho penal chileno seguirá teniendo la forma de un *mosaico* de capas imperfectamente sedimentadas, sin claros principios ordenadores. El riesgo de la *saturación* se asoma aquí, pero para su explicación se reenvía a las conclusiones de este trabajo.

---

65 Se trata de los siguientes anteproyectos y proyectos de Código Penal: Comisión Foro Penal (Gobierno Lagos, 2005), Comisión Piñera I (2013), Comisión Bachelet II (2015) y Comisión Piñera II (2018), todos integrados por destacados penalistas chilenos. La última de aquellas iniciativas —en parte un sedimento de las anteriores— alcanzó a presentarse ante el Congreso Nacional como proyecto de ley en enero de 2022 (Mensaje, Boletín N° 14.795). El Gobierno Boric y la presidencia de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados han manifestado interés en trabajar sobre él, dando inicio a su tramitación en enero de 2023, no sin antes convocar a una nueva comisión de expertos, encargada de preparar una extensa indicación con enmiendas al proyecto, especialmente para hacerse cargo de variables de género. A estos proyectos debe agregarse además el proyecto elaborado a título personal por el Profesor Alfredo Etcheberry (LOM, 2016).

66 Sobre la fijación del derecho y la necesidad de obras epigonales, cfr. Guzmán Brito (1977).

67 Que la última versión de un proyecto de Código Penal — el arriba aludido Boletín N° 14.795— haya debido pasar también por el cedazo de la perspectiva de género, para asegurar su corrección a ese respecto, no viene sino a confirmar lo escrito en el cuerpo.





[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

#### 1.4. *¿Lo vivo y lo muerto en el Código Penal chileno? La cultura jurídico penal.*

Como se ha visto, el paso del tiempo ha dejado profundas huellas en el Código Penal original. Se habló de aceleración y aún de ebullición. Naturalmente, sería incorrecto achacar completamente este acelerado apetito reformador a la afanosa superficialidad de las sociedades contemporáneas —reflejada en la fragmentada volatilidad de sus Parlamentos— pues muchas de estas reformas obedecen a necesidades de los tiempos, modificadas al mismo tranco la cultura y las tecnologías. Como sea, y más allá del factor cuantitativo, algunas de estas reformas han alterado párrafos completos del Código, mientras el sistema de penas va perdiendo sobriedad y balance. En fin, la unidad del modelo de determinación de pena se ha roto, y todo indica que su erosión no cesará<sup>68</sup>. Por eso, hoy sería difícil suscribir las palabras de Manuel de Rivacoba, quien hace veinte años afirmaba que, “por fortuna”, las numerosas modificaciones al Código Penal “no han alterado sus paredes maestras ni han tocado su inspiración”<sup>69</sup>. Y en todo caso debe decirse que *no todo era bueno* en el Código original<sup>70</sup>.

Aquí, sin embargo, lo relevante no es la pregunta por “lo vivo y lo muerto” del Código Penal, sino una cuestión ulterior y más general: ¿Puede todavía obtenerse una imagen adecuada del derecho penal vigente en Chile a partir de “lo vivo” en el Código? Una mirada objetiva y de conjunto obligaría a responder que no. Solemos sin embargo creer que sí; pero no tanto por lo que en ese viejo cuerpo hay de vivo— “en sí mismo”, si cabe tal expresión— sino porque aquél sigue siendo la columna vertebral de lo que se enseña en las Facultades de Derecho. La teoría del delito criolla se elaboró a escala del Código, con ejemplos tomados de su costilla. El viejo cuerpo es todavía venerado. Su vida, empero, está quizás más en los sujetos —en la cultura jurídica— que en el objeto positivo<sup>71</sup>. Tratándose de *derecho*, aquello no ha de sorprender<sup>72</sup>.

#### 1.5. *Los sujetos del derecho penal chileno.*

El cierre del apartado anterior ha dejado abonado el espacio para dirigir la mirada a los sujetos del derecho penal chileno.

---

68 Cfr. supra notas 63 y 64.

69 Rivacoba (2002) p. 20.

70 Especialmente repudiable era la eximente de uxoricidio y homicidio, prevista en el original número 11 del art. 10 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal (...) 11.º El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella i a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta.”

71 De allí que se prospecten “imprescindibles escollos” allí donde en una época no coincidan el alto cultivo de la ciencia jurídica —cual arte— y su legislación: cfr. Savigny (2008 [1814]) cap. II, p. 22.

72 Nuestro moderno derecho penal descansa en el modelo estatal de legislación positiva de fuente parlamentaria —en buena hora, como garantía— pero basta dar un vistazo a la historia del derecho para apreciar la excepcionalidad de aquel estado de cosas: cfr. Grossi (2007) y Padoa Schioppa (2016).



### 1.5.1. La ley parlamentaria y su crisis.

Como todo derecho penal moderno o post-beccariano, el *sujeto* central no puede ser otro que el legislador, es decir, la ley parlamentaria (*lex propria*<sup>73</sup>). Pero ya bien entrados en el siglo XXI, debe aquí abrirse un espacio para importantes matices (tendencialmente globales).

Se inserta aquí la crisis del paradigma decimonónico de legalidad penal<sup>74</sup>, cuya erosión opera *desde arriba* (la creciente incidencia de la esfera supraestatal, en un escenario de globalización y preeminencia de los derechos humanos), *desde abajo* (la creciente competencia de agencias administrativas reguladoras, en un escenario de mayor complejidad y dinamismo) y *desde adentro* (la creciente incompetencia tipificadora del propio parlamento, que —cuando no delega derechamente en el aparato administrativo— entrega amplios márgenes a la decisión judicial, contrariando la exigencia de *lex certa*).

Como se sabe, estas modalidades de erosión del principio clásico obedecen a cambios en la forma del *Estado* y sus *interacciones*<sup>75</sup>, pero también a cambios en el *lenguaje del derecho*<sup>76</sup>. La erosión *desde abajo* y en parte aquella *desde adentro* (esa que cede al aparato administrativo) se condice con el pasaje desde un *Estado liberal* a uno *regulatorio*<sup>77</sup>. La erosión *desde arriba*, pero también muy especialmente aquella que va cediendo poder a los jueces, obedece al pasaje desde el modelo de “ley del Estado”<sup>78</sup> (tan caro al positivismo y caracterizado por el dominio de *reglas*)<sup>79</sup>, a la denominada “era de los derechos”<sup>80</sup> (caracterizada por *declaraciones universales* y *principios*). Aquí opera un cambio en el lenguaje del derecho, cuya creciente porosidad —en el tránsito de leyes a declaraciones, y de reglas a principios— favorece dos fenómenos; a saber, de

---

73 Sobre la noción de *lex propria* —como principio de reserva específicamente parlamentaria y, por tanto, no genéricamente *scripta*— cfr. Montiel (2017) apartado 5.1, p. 10 s. Sobre el particular, cfr. Bascañán (2021a) pp. 144 ss. y Mañalich (s/f) apartado 3.2, p. 11 s.

74 La crisis de este paradigma es ya un lugar común: para Chile, cfr. van Weezel (2020) p. 51, con interesante referencia a la “materialización” del derecho.

75 Lo indica esquemáticamente Soto (2001) pp. 205-206.

76 Esta explicación se basa en Loughlin (2000), especialmente en los capítulos 8, 13, 14 y 15. De interés también la crítica de Glendon (1991).

77 Cfr. Rose-Ackerman (2012), ilustrando, de un lado, la necesidad de la delegación en el Estado moderno (complejidad) y las razones políticas por las que ello se produce (de interés de los propios legisladores); del otro, ilustrando el trade-off entre la mejor competencia técnica de las agencias y su limitada capacidad para asimilar y administrar los intereses de la ciudadanía, conforme a un marco tradicional de gobierno democrático. En fin, ilustra los presupuestos y problemas de la judicial review de las regulaciones administrativas, fuertemente condicionada por variables políticas. Para una formidable ilustración sobre el tipo de tensiones en juego en este campo (el del Estado administrativo-regulatorio), cfr. Rovagnati y Vanoni (2022), en comentario a una importante sentencia reciente de la Corte Suprema de Estados Unidos (NFIB v. OSHA), ofreciendo dichos autores una clave de lectura sensible a los principios de legitimidad democrática y separación de poderes.

78 Cfr. Loughlin (2000) cap. 8, pp. 111 ss.

79 A este paradigma se refiere con precisión Soto (2001) p. 206.

80 Cfr. Loughlin (2000) cap. 13, pp. 197 ss., con el iter abierto por Locke y Paine, positivamente consagrado en las declaraciones universales.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

un lado la *politización del derecho*<sup>81</sup>, del otro el *ascenso de un poder judicial* de talante *global o cosmopolita*<sup>82</sup>. Así, mientras que en el modelo de “ley del Estado” el punto central de contacto entre la política y el derecho se hallaba en el parlamento y los representantes democráticos, en la “era de los derechos” ese contacto se diluye, transfiriéndose la fricción hacia los tribunales, crecientemente ocupados de hacer justicia *distributiva* en lugar de aquella clásicamente *correctiva*<sup>83</sup>. No en vano se ha llegado a hablar de *juristocracy*, críticamente<sup>84</sup>.

### 1.5.2. El rol de la doctrina (dogmática) y su trabajosa relación con la *praxis*: de la teoría a la persuasión, de la academia al activismo.

Descontado el rol de la *praxis*<sup>85</sup>, nuestro derecho penal no puede comprenderse sin la *doctrina*, cuanto menos de aquella que se ocupa de la *lex lata*: *i.e.*, la dogmática penal<sup>86</sup>. Su impacto en el mundo forense pasa primeramente –todavía– a través de la formación universitaria, en el aula<sup>87</sup>. Constituido ese presupuesto lingüístico común, lo demás es consecuencia de la retroalimentación del habla, tendencialmente en las dos direcciones: *diálogo*. De este modo, si en un extremo del circuito se ubica el legislador y en el otro la dogmática, el canal comunicante-intermedio estaría dado por la *praxis*. Ahora bien, precisamente porque una parte de la *praxis* tiende a orientar su habla a la sola *persuasión*, toca a la judicatura ofrecer las condiciones para un auténtico diálogo. Si aquello es difícil<sup>88</sup>, de suyo, la comunidad de habla se torna muy

---

81 Que no es tanto la domesticación de la política por el derecho (como a veces se cree) como –precisamente como indica la fórmula– la politización del derecho (y las tensiones que ello supone): así, Loughlin (2000) cap. 15, pp. 229 ss.

82 Este aspecto, cuya contrapartida es una desatención a las preocupaciones locales, es uno de los focos de la crítica de Loughlin (2022), esp. cap. 13.

83 La contraposición entre ambas formas de justicia y su relación con el derecho y la política, respectivamente, se toma de Loughlin (2000) caps. 6 y 7. En lo demás, v. supra nota 3, hacia el final, con dos ejemplos de la contingencia chilena.

84 Cfr. Hirschl (2004) y Scheppele (2001), ambas de referencia obligada.

85 En un sentido más profundo, rescata esta dimensión van Weezel (s/f) circa nota 25, allí donde hace ver que las decisiones de criminalización no son adoptadas únicamente en sede legislativa, sino en un contexto más amplio: precisamente el de la *praxis*, cualquiera sea el órgano o agente encargado (*praxis* administrativa, judicial, persecutoria, policial o privada). De allí entonces que el potencial impacto de la ciencia penal (liberal, en los términos defendidos por van Weezel) no se agote en la esfera legislativa.

86 No se trata aquí, por tanto, de la “ciencia de la política criminal”, cuyo discutido estatuto (¿ciencia objetiva o política a voluntad?) no puede ser objeto de análisis detallado en este lugar (desde ya porque parece coincidir, últimamente, con la pregunta por las bases racionales de la valoración). Para una mirada a aquella discusión en nuestro ámbito: cfr. infra apartado 1.6.1.ii) circa notas 113 ss.

87 Valga aquí, cual principio de demostración, el prolífico impacto del magisterio docente de un Álvaro Bunster o de un Miguel Soto Piñeiro, por mencionar a dos colosos del aula en la historia del derecho penal chileno, a juzgar por los testimonios de quienes los escucharon y vieron enseñar.

88 No pocas veces los tribunales citan doctrina para fundamentar posiciones, pero también no pocas veces de un modo que, antes que aclarar, oscurece. Un colega asistente al seminario en el que este artículo se discutió comentaba que la doctrina parece ser citada con la paradójica obsesión con la que “se ama aquello que no se

improbable si la dogmática abandona su cometido *teórico*<sup>89</sup>, volcándose también ella a la sola persuasión. En tal caso, no puede ya hablarse de una *academia* que hace doctrina, sino de *activismo*, interesado no tanto en *hallar* y *explicar* realidades, como en *modificar* e *incidir* en el mundo. Aquella es otra faceta de la politización, en este caso del gremio encargado de hacer ciencia jurídica<sup>90</sup>.

---

entiende”. La arcana seducción del hermetismo, podría decirse. Lleva toda la razón, creo, pero habría también que preguntarse si acaso la doctrina no contribuye también a ese opaco estado de cosas. Parafraseando a T.S. Eliot, habría que preguntarse si es la jurisprudencia la que ha abandonado a la doctrina o es la doctrina la que ha abandonado a la jurisprudencia. En ese contexto, el medio chileno está necesitado de obras que renueven el monumental esfuerzo de Etcheberry (1987). Ha contribuido en ese plano la aparición de dos volúmenes de casos destacados de derecho penal, bajo la dirección de Tatiana Vargas (Vargas, 2015 y 2019). Todo lo dicho anteriormente, es sin perjuicio de la observación que se plantea a continuación en el cuerpo de este trabajo.

89 Cfr. Pieper (2017), dando cuenta de la teoría (theoria) en su sentido primigenio para la filosofía, como “pura captación receptiva de la realidad, no enturbiada por las voces interruptoras del querer” (p. 106), “sin rastro alguno de una intención de modificar las cosas” (p. 82) o bien, “movida por la verdad y no por otra cosa” (p. 145, en cita a la *Metafísica*, 2, 993 b). La categoría de la verdad entra en juego, por tanto, por más que nunca se alcance del todo: es decir, se trata de una “búsqueda amorosa” (op. cit. p. 116), bajo “la forma constitucional de la esperanza” (p. 119). Desde otro marco hermenéutico, se trata del cometido de des-ocultar o descubrir [entdecken], para decirlo en línea con la fórmula originaria o no derivada de la voz verdad en Heidegger [2005] § 44 235 ss. [pp. 212 de la clásica ed. alemana Niemayer, 12ª ed, 1972]).

90 No corresponde aquí ahondar en este fenómeno y sus causas. Con todo, puede dejarse provisoriamente apuntado lo siguiente. De un lado, en el más prosaico campo de la economía universitaria, restricciones presupuestarias e incentivos del entorno han determinado cambios en las decisiones de carrera, buscándose formas de posicionamiento ajenas al quehacer estrictamente académico: ya fuera de la universidad, ya dentro de la universidad pero, paradójicamente, alejados del trabajo académico, en favor de tareas de gestión o administración. Sólo el espacio docente parece permanecer intacto, en la medida que sigue siendo necesario para la economía universitaria. Pero mucho más profundos y explicativos son los cambios en el campo de la cultura. Un nuevo concepto de verdad y realidad vendría afirmándose en la modernidad, primero con el historicismo (verum quia factum, a partir de Vico y hasta Comte y Hegel) y, luego, más radicalmente, con el pensamiento técnico (verum quia faciendum, a partir de Bacon y hasta Marx), hasta el punto de comprenderse la ciencia únicamente como aquella capaz de modificar el objeto (que antes buscaba conocer, interpretar): en tal sentido, cfr. Pieper (2017), pp. 80-83 y muy especialmente Ratzinger (2005b), cap. de introducción, 1.4, pp. 51-69. En Chile, desde premisas y desarrollos distintos, cfr. Herrera (2011), crítico de la supremacía de la comprensión científico-natural de la existencia. Por otro lado, seguramente más relevante en nuestro contexto, la racionalidad valorativa terminaría vaciándose en emotivismo, “la doctrina según la cual todos los juicios de valor y, más específicamente los juicios morales, no son nada más que expresiones de preferencias, expresiones de actitudes o sentimientos” (MacIntyre, cap. 2, p. 11 [26]). Y allí donde las razones están excluidas, lo único que puede intentarse —en un sistema igualmente necesitado de un output de certeza— es la persuasión mediante la manipulación: así, ampliamente, cfr. MacIntyre (2007), caps. 2, 3 y 6. Como resulta obvio, estas afirmaciones están necesitadas de ulterior fundamentación para las ciencias jurídicas, desde ya en atención a su carácter de disciplina práctica, lo que obliga a matizar algunas de las observaciones relativas a su calado teórico “contemplativo”.



### 1.5.3. Nuevos sujetos: la víctima y el Tribunal Constitucional.

En fin, a la ley y a la doctrina le salen al paso dos “nuevos” sujetos.

De un lado, la *víctima*, “el héroe de nuestro tiempo”<sup>91</sup>, con especial reconocimiento constitucional en Chile<sup>92</sup> y causa de una serie creciente de leyes nominativas<sup>93</sup>. Invocando a la víctima (real o simbólica), se crean figuras o se endurecen las penas, con técnica no pocas veces defectuosa<sup>94</sup>.

Por otra parte, emerge el Tribunal Constitucional (TC), cuya incidencia forense es creciente en materia penal (aunque no pocas veces instrumentalizado por los abogados para la dilación

---

91 En los términos de apertura del cultísimo libro de Giglioli (2017) p. 6, ineludible como crítica al fenómeno. En otro plano, de índole político-cultural para latinoamérica, de interés resulta Granés (2022) pp. 504-513.

92 Ley N° 20.516 de 2011.

93 Así, Leyes “Zamudio” (Ley N° 20.609 de 2012), “Emilia” (Ley N° 20.770 de 2014), “Gabriela” (Ley N° 21.212 de 2020), “Tamara” (21.483 de 2022), “Antonia” (Ley N° 21.523 de 2022). Al respecto, cfr. Fernández y González (2022) pp. 306-308.

94 En este plano, destaca negativamente la reciente introducción del delito de “causación de suicidio femicida” por la denominada “Ley Antonia”, N° 21.523, publicada el 31 de diciembre de 2022. Ella introduce en el Código Penal un nuevo artículo 390 sexies, del siguiente tenor:

“Artículo 390 sexies.- El que con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por éste en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo como autor de suicidio femicida. // Se entenderá por violencia de género cualquier acción u omisión basada en el género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, donde quiera que esto ocurra, especialmente aquellas circunstancias establecidas en el artículo 390 ter.”

No hace falta mayor estudio del tipo para advertir que planteará difíciles problemas de imputación objetiva y subjetiva. La pregunta es si acaso queda un margen de aplicación para esta figura; es decir, un margen “por debajo” de la autoría mediata de homicidio y la instigación al suicidio (nuevo art. 393 bis CP) y que a la vez respete exigencias básicas de imputación objetiva y subjetiva. Una suerte de instigación blanda, imputable a dolo eventual. Podría pensarse en un espacio acotado de aplicación para supuestos de ascendiente psicológico o moral (progenitores respecto de hijos adolescentes, para dar un caso), pero el espacio de plausibilidad es muy estrecho. Así, todo indica que el futuro del tipo se moverá entre una casi total inoperancia (de ser usado con prudencia) y ser fuente de injusticias (de usarse con ligereza). Por lo demás, la prueba de la causalidad psicológica abre un flanco de desproporcionada invasión de la privacidad. En otras palabras, la protección de la privacidad sólo puede darse con cargo a la insuficiencia de la prueba. Ahora bien y más allá de estas cuestiones “técnicas” y de derechos, debe denunciarse la negativa y sesgada imagen de la mujer que esta figura penal deja traslucir: la de un ser esencialmente carente de autoestima y autonomía frente al avasallador control del dominus, hasta la inimputabilidad. En esta línea, para una aguda crítica a ciertos excesos de la agenda legislativa feminista, cfr. Castillo (s/f), quien llega a afirmar que: “el discurso de género del último tiempo enarbola tal nivel de protección a las mujeres al punto de dejarlas (...) muy cercanas a la inimputabilidad respecto de ciertas decisiones de vida.” Puede aquí retomarse Giglioli (2017), allí donde se vale de Christopher Lasch para afirmar que “la herida más profunda causada por la victimización es precisamente esta: que acabamos afrontando la vida no como sujetos éticos activos, sino solo como víctimas pasivas, y la protesta política degenera entonces en un lloriqueo de autoconmiseración.” (op. cit., p. 7)



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

de los procesos<sup>95</sup>). No es pacífico el juicio sobre el valor de su jurisprudencia: como es obvio, varía según la clase de argumento y las precomprensiones de los autores<sup>96</sup>. Sobre el rol que cabe a esta judicatura se volverá abajo, en 1.6.1 y 1.6.2.

#### *1.6. El derecho penal chileno en el mundo: algunos desafíos globales contemporáneos.*

Con este cuadro general ya trazado, es posible dar cuenta del estado del derecho penal chileno en un marco más amplio, conectándolo al debate contemporáneo.

Aquí se prospecta ineludible la tensión entre populismo punitivo y ciencia penal, entre sentido común – generalmente del lado de la víctima– y conocimiento experto. Emerge también el lenguaje de los derechos humanos y su administración por los tribunales superiores, especialmente en la jurisdicción constitucional. En un trasfondo político y orgánico más amplio, aparecen escenarios que tendencialmente empujan reclamando “más derecho penal”: ya a causa de un cambio en la idea y misión del Estado, ya “desde afuera” del Estado, con base en los propios derechos humanos. Cada una de estas “novedades” será brevemente abordada en los apartados siguientes.

---

95 Algo que se aprecia especialmente en casos de alto perfil. Constata esto último (rectius, una cierta justiciabilidad favorable a las “clases poderosas”) Fernández (2014) p. 233, si bien –con realismo-crítico– no atribuye al Tribunal Constitucional un sesgo consciente, si puede decirse así, sino la simple “[reproducción] de la especial discriminación estructural de nuestro Sistema penal chileno” (op. cit, p. 233).

96 No es posible entrar en detalles aquí, abordando el fondo de las distintas valoraciones (que se basan tanto en cuestiones estrictamente técnicas o argumentativas, como en precomprensiones sobre la mayor o menor legitimidad del TC en la arena democrática). Esquemáticamente valga lo siguiente. Un panorama crítico –en general acusando un déficit de justiciabilidad constitucional de las leyes penales– se aprecia en Fernández (2014). Acusando en cambio un exceso de justiciabilidad en el campo de la ofensividad y los delitos de peligro abstracto (aunque, a juicio del autor, más retórico que operativo), cfr. Hernández (2016). En materia de proporcionalidad de la pena, se muestran críticos Grez y Wilenmann (2019) especialmente apartados 2.2 y 2.3, con mucho detalle; y, respecto de una sentencia puntual (STC 8950-20), también Escobar (2021) p. 6 s.; en cambio, siempre sobre proporcionalidad de la pena, una valoración positiva de la jurisprudencia constitucional chilena ha ofrecido un distinguido observador extranjero: Viganò (2021), pp. 105 ss. En materia de legalidad-tipicidad, cfr. Bascañán (2021a), crítico de la aplicación de un mismo estándar para valorar la constitucionalidad de normas indeterminadas y leyes penales en blanco; Maldonado (2021), elogioso de una reciente línea jurisprudencial que, a propósito de una serie de casos de impacto intra pandemia de Covid-19, retoma el fundamento objetivo-político del principio de legalidad. En fin, para un completo y rico balance de la jurisprudencia del TC en materia de tipicidad, cfr. van Weezel (2011).



1.6.1. Populismo y ciencia penal: ¿democratismo o tecnocracia? El contrapunto chileno: legislación, praxis y academia.

Por lo que toca al populismo penal, la literatura es bien conocida<sup>97</sup> y da cuenta de un populismo de primera y segunda generación. En el primer caso, se trata de un populismo de orientación específicamente *punitivista*, explotado verticalmente por la clase política para fines electorales<sup>98</sup>. La segunda generación del concepto describe un populismo más bien horizontal y culturalmente motivado: es decir, la instrumentalización de la discusión legislativa penal por determinados grupos o agendas, para marcar hitos identitarios<sup>99</sup> o culturales (*framing*)<sup>100</sup>. Esta segunda expresión de “populismo penal” se distingue de la anterior en al menos dos aspectos relevantes: ni su punitivismo es necesario<sup>101</sup> (piénsese en la lucha cultural por la despenalización de determinadas categorías de delitos, bajo el signo de la igualdad o la emancipación), ni su estatus *popular* es claro (usualmente se trata de luchas culturales lideradas por ciertas *elites*). Podría entonces discutirse el uso de una misma noción –populismo penal– para englobar ambas generaciones del fenómeno. Con todo, lo que las mancomuna es la idea de *instrumentalización* (política o cultural) de la legislación penal: es decir, que la puja por una determinada solución legislativa aparezca fuertemente condicionada por ganancias secundarias de agentes políticos o culturales, antes que por la hipotética justicia o correspondencia de la respuesta al problema (que sea justo y practicable criminalizar determinadas conductas, etc.). Bajo esta forma, el fenómeno puede ser transversal, tanto de derechas como de izquierdas<sup>102</sup>.

---

97 Para Chile, además del fundamental Wilenmann (2019), cfr. Castillo (s/f), Fernández y González (2022) pp. 301 ss. y Dammert (2013), pp. 39 ss. Fundamental también, por lo que toca a la política criminal chilena Morales (2012) y, especialmente en materia de sentencing y penas sustitutivas, Wilenmann y Gambardella (s/f). Para el debate anglosajón (lo que supone ubicarlo en el campo de la sentencing y la criminología lato sensu), por todos, cfr. Garland (2022), con equilibrado balance y rica bibliografía. En Italia, entre otros, cfr. Donini (2019), Amodio (2019), Anastasia et al (2020).

98 Así, cfr. Bottoms (1995), quien por primera vez acuñó la noción de populist punitiveness. Una panorama canónico de la discusión y literatura sucesivas puede apreciarse en Garland (2022), el que, desde un punto de vista liberal, constituye un equilibrado balance (es decir, con concesiones). Para una discusión crítica del concepto desde fuera del paradigma liberal, cfr. Hogg (2013) y Hogg (2022). En lo demás, de interés resultan el propio Garland (2001) y Pratt (2002).

99 Sobre lo cual, cfr. Vanoni y Vimercati (2020), ilustrando con gran eficacia el desafío que para las democracias liberales representa la (ineludible) exigencia identitaria de los ciudadanos y los conexos riesgos de populismo. Para el contexto europeo, desde donde escriben los autores, aquella tensión resultaría amplificada por la despolitización operada por un abstracto y lejano constitucionalismo multinivel, volcado a la administración de los derechos humanos, cual si aquellos pudiesen compensar las necesidades de integración de las sociedades postmodernas.

100 Así, cfr. Wilenmann (2019) y Cigüela (2020). En lo demás, cfr. Wilenmann y Gambardella (s/f) para otras aproximaciones teóricas de abordaje de la relación entre política y agenda político-criminal (o su instrumentalización), identificando allí un esquema evolutivo o de desarrollo y otro basado en la distinción entre políticas meramente simbólicas y políticas eficaces u operativas.

101 Lo advierte Garland (2022) pp. 251 y 254.

102 Explícito, Garland (2022) p. 254, ejemplificando con el caso del alcalde laborista de Londres, Ken Livingstone, cuyo eslogan era nada menos que “hang a banker a week”.

Ahora bien, más profundamente —desde un punto de vista metodológico— la fórmula serviría para describir un cambio radical en la fuente o en el *input* central para la toma de decisiones político criminales: ya no el conocimiento empírico o teórico de los expertos, sino la “experiencia popular”, el “sentido común” o “lo que todo el mundo sabe”<sup>103</sup>. En este paradigma, el político se pone al volante, avalado por la “opinión pública”<sup>104</sup>.

En fin, y para cerrar este muy concentrado panorama de la literatura, no falta quien cuestiona el valor de la noción de *populismo penal*, cuanto menos su variante de primera generación. Y esto, (i) ya por considerársele impreciso e inútil para caracterizar la situación punitiva de los últimos treinta años en el Norte occidental<sup>105</sup>, ya porque vendría a demonizar lo que —desde afuera de un paradigma liberal— se aprecia como un fenómeno político-democrático perfectamente fisiológico<sup>106</sup>.

Ahora bien, ¿en qué se ha expresado el populismo (punitivo) en la legislación penal chilena? Y, por otra parte, ¿qué puede decirse sobre la correlativa discusión académica? Estas preguntas se responderán en subapartados distintos.

#### i) *Legislación y praxis*

De un lado, el populismo punitivista chileno se ha expresado en leyes nominativas, con la víctima como factor gatillante y catalizador del consenso parlamentario (Leyes Zamudio, Emilia, Gabriela, Tamara y Antonia, especialmente). Del otro, en la señal y búsqueda de presidio efectivo; es decir, ya simbólicamente, ya operativamente<sup>107</sup>. En este segundo plano, dos etapas y técnicas pueden identificarse en esta búsqueda de “castigo real”: *antes* y *después* de la Ley Emilia de 2014.

Hasta antes de la Ley Emilia el populismo punitivo del parlamento chileno se expresaba de un modo elemental: elevando penas, ya “por arriba”, ya “por abajo”; es decir, aumentando los máximos o los mínimos de pena. Esto, naturalmente, produjo un fenómeno de inflación punitiva, pero en la mayoría de los casos terminaba por ser puramente simbólico, desde ya por la generalmente benigna determinación judicial de la pena y la procedencia de pena sustitutiva por debajo de los cinco años de presidio (la ya aludida Ley N° 18.216). Valiéndonos del canon musical de la *fuga*, podría hablarse aquí de una suerte de movimientos de *contrapunto* entre el

103 Así, Garland (2022) p. 252, cuyas expresiones entre comillas se traducen aquí.

104 Cuya existencia real y configuración la crítica liberal disputa: cfr. Garland (2022) pp. 254 ss.

105 Cfr. Matthews (2005), revisitado en Matthews (2014), advirtiendo cómo, paradójicamente, la denuncia tradicional contra el “populismo punitivista” —que este autor atribuye a los defectos de la “criminología liberal”— terminaría por justificar lo que cree refutar, a la vez que perdería de vista los cambios experimentados en las últimas décadas por las formas de control sobre la delincuencia, más bien preventivos y menos institucionalizados que la sola privación de libertad: cfr. pp. 136-137.

106 Así, Hogg (2013) y, sobre todo, Hogg (2022).

107 Cfr. Wilenmann y Gambardella (s/f) apartado Methods.



legislador y los tribunales: al punitivismo de uno, respondía el otro con mitigación. Esto, se comprende, es una esquematización, pero no se aparta de la realidad<sup>108</sup>.

El contrapunto, sin embargo, cambia de rieles en 2014. A partir de entonces el legislador “descubre” el carácter contingente del régimen de sustitución de penas de la Ley N° 18.216, sobre el que clava los dientes. Se vale entonces del ya aludido *eLE*, en virtud del cual restringe la determinación judicial de la pena (impidiendo el rebasamiento de los marcos), a la vez que “suspende la suspensión” del presidio, asegurando cárcel efectiva para al menos el primer año de pena. “Castigo real” garantizado, como quieren la víctima y la opinión pública. En este nuevo escenario, el contrapunto mitigador no será ya competencia de los tribunales de mérito, sino del Tribunal Constitucional (TC). A partir de 2016, con la STC 2983-16 (13.12.2016), el TC abrirá una línea jurisprudencial que llevará a declarar la inaplicabilidad<sup>109</sup> del *eLE* en más de 4.000 casos<sup>110</sup>. Así, “cuantitativamente considerada, ha tenido por lejos el mayor alcance en la historia del TC”<sup>111</sup>. Esta jurisprudencia declara la inaplicabilidad en base a dos órdenes de argumentos: una suerte de test de proporcionalidad y la afirmación de una función resocializadora de la pena como finalidad constitucionalmente garantizada. Ambos argumentos son expuestos de manera especialmente confusa, con más voluntad que técnica. En cuanto al segundo argumento, resulta altamente discutible, cuando no ya falaz, pero no corresponde profundizar aquí en este asunto<sup>112</sup>.

Todo lo anterior atañe al populismo penal de primera generación (punitivista y políticamente condicionado). ¿Pero qué hay de aquél de segunda generación o culturalmente condicionado? Este aspecto no puede ya profundizarse aquí, pero todo indica que una expresión paradigmática de *framing* se encuentra en la discusión de la ley de despenalización del aborto (Ley N° 21.030), así como en la iniciativa parlamentaria que le siguió (moción boletín 12038-34). En fin, expresiones que combinan elementos de la primera y segunda generación pueden apreciarse en iniciativas de ley que convocan a movimientos feministas (algunos de los nominativos ya han sido aludidos más arriba), especialmente en materia de delitos sexuales (un caso ejemplar lo constituye el proyecto conocido como “sin consentimiento es violación”, boletín 11714-07).

---

108 Cfr. Wilenmann et al (2019) y Wilenmann y Gambardella (s/f).

109 No se trata por tanto de una declaración de inconstitucionalidad erga omnes (raramente alcanzable en el vigente sistema chileno, por el alto quorum exigido; a saber, cuatro quintos de los ministros en ejercicio: v. art. 93 N° 7 CPR), sino de una inaplicabilidad para el caso concreto.

110 Así, Wilenmann y Gambardella (s/f) apartado Policy shift and resistance from other actors.

111 Grez y Wilenmann (2019), Introducción.

112 Cfr. lo dicho arriba en nota 15, pero muy especialmente se reenvía a la doctrina ya citada a este respecto: críticos, Grez y Wilenmann (2019) *passim*; elogioso, Viganò (2021) pp. 105 ss.

ii) *La academia*

Si lo anterior incumbe a las manifestaciones del populismo penal en la legislación penal chilena (y las respuestas de la *praxis*), cabe todavía preguntarse cómo se ha posicionado el discurso de la *ciencia penal* frente a este fenómeno. Para enfrentar discursivamente al populismo punitivo, un sector de la academia reclama la validez de la ciencia penal, específicamente de una doctrina o ciencia de la política criminal, administradora de una serie de principios de matriz liberal (*ultima ratio*, subsidiariedad, fragmentariedad, todos de habitual presencia en la manualística)<sup>113</sup>. A esta aproximación responde otro sector de la academia, que cuestiona el carácter objetivo, neutral o apolítico de semejante ciencia de la política criminal<sup>114</sup>. Más aún: no existiría tal cosa como una ciencia de la política criminal (liberal). Todo sería cuestión de política, en definitiva<sup>115</sup>.

---

113 Paradigmáticos en este reclamo, cfr. Sánchez-Ostiz (2012), Silva (2018) pp. 50 ss. y, muy especialmente, Silva (2019). Este último trabajo —que inserta la discusión en un marco amplio— se posiciona en polémica con el democratismo defendido por Gärditz (2016), entre otros autores contemporáneos, defendiendo Silva la capacidad racional-valorativa del aparato conceptual de la ciencia de la política criminal. En Chile, se ubica también en esta línea van Weezel (s/f), con una contribución que, desde la ciencia penal (liberal ilustrada), propone una serie de tesis y principios para la racionalización de la política criminal, particularmente en crítica a la administrativización del derecho penal, una de cuyas manifestaciones el autor asocia a la noción de peligro abstracto elaborada por Kindhäuser y ulteriormente desarrollada por Mañalich.

114 Cfr. Mañalich (2018) —de la mano de Gärditz et al— en polémica contra lo que denomina principalismo político-criminal (de los Silva y los Sánchez-Ostiz). Ahora, en una línea similar, cfr. Matus (2021b), esp. pp. 594 y 596, argumentando desde un ius-positivismo constitucionalista y mostrándose radicalmente escéptico de los criterios de legitimación del ius puniendi y merecimiento de pena elaborados por la doctrina penal “como las exigencias funcionalistas derivadas de la idea que se tenga de sistema social à la Jakobs; de “estructuras lógico-objetivas” à la Welzel; de ideas abstractas e ideales de justicia, como las de Kant y Hegel; o su eficacia instrumental, à la Bentham, etc” (op. cit., p. 594), criterios todos a los que denomina formas de “racionalización de preferencias subjetivas” (op. cit., p. 596) y conforme a los cuales, en su opinión, llegó a “sostener[se] la legitimidad de [...] ordenamiento[s] concreto[s], incluyendo los de la dictadura nacionalsocialista en Alemania, entre 1933 y 1945, las latinoamericanas de la década de 1970, el derecho penal monárquico, el revolucionario, etc.” (op. cit., p. 596).

115 En su matriz, esta conciencia política traspasa e informa la teoría del castigo. Entre otros autores, paradigmático resulta aquí Ramsay, (2016): “A democratic theory of punishment is necessarily a political theory of punishment. [...] the problem for democratic theory is not what the offender morally deserves, but what the state has a right to do to its citizens” (op. cit., pp. 88, en lo demás revisitando el liberalismo hegeliano de Alan Brudner desde una perspectiva democrática igualitaria). Pero también la concepción de delito y aún la dogmática pueden quedar informadas por esta perspectiva. Para volver a Chile, esto puede apreciarse en el 2do Juan Bustos: “[...] el delito no es una cuestión ontológica o categorial [...] “No, el delito es una cuestión política [porque] es parte fundamental del poder del Estado, es su facultad para imponer penas y definir los presupuestos para ello. Por eso, como es poder de definición, es autoconstatación del Estado.” Y luego “el delito es antes que nada política criminal, la dogmática está traspasada e informada por ella”: Bustos (1995) pp. 9-10, con nota 2 de especial interés en la toma de posición frente al finalismo, redimensionándolo como nada más que otro capítulo del enfoque dogmático clásico-categorial, por más que pretenda tener un carácter “vidente”. Al respecto, cfr. Matus (2011), p. 146, nota 176, situando el juicio de Bustos sobre el finalismo —al que consagró grandes años de estudio dogmático— como el resultado de aquella “perspectiva que da el tiempo”.

No es posible profundizar aquí en esta disputa, que por lo demás hunde sus raíces en la polémica en torno al estatus racional de los juicios de valor<sup>116</sup>. Con todo, una toma de posición se impone, aunque sea esquemáticamente.

De un lado, la invocación de principios abstractos no logra colmar la necesidad práctica de los problemas en juego; orientan, sí, pero no pueden agotar la solución<sup>117</sup>. Del otro, parece innegable la valencia política de semejantes principios<sup>118</sup>, desde ya porque presuponen un cierto estatus para el derecho penal y, por esa vía, del Estado en su relación con los ciudadanos (en términos de derechos-deberes). Más concretamente, la pregunta por la solución adecuada frente a ciertos fenómenos criminales se ubica en el terreno de la racionalidad valorativa o práctica, lo que abre un espacio ineludible para el disenso. Ahora bien, que ese espacio no se resigne a la mera expresión de preferencias (*emotivismo*<sup>119</sup>) o al contingente poder del voto (*democratismo*<sup>120</sup>), sino que se abra al orden de las razones (de índole política-práctica), depende de un irrenunciable optimismo epistemológico<sup>121</sup>, no por ello ingenuo frente a las limitaciones de la razón (y de allí la tolerancia en el disenso)<sup>122</sup>.

---

116 En el campo de las ciencias sociales y jurídicas, esta Werturteilstreit alcanzó especial visibilidad en el debate entre Voegelin y Kelsen, para lo cual puede ahora consultarse en castellano Voegelin (2006 [1952]) y la réplica de Kelsen (2006), original de 1954 e inédito hasta su publicación en inglés en 2004. En lo que aquí más directamente interesa, cfr. Garland (2022) pp. 270-272, especialmente la nota 37, concordando con la advertencia de Max Weber, para quien ni profetas ni demagogos tienen lugar en la academia. Se aprecia aquí una neta separación entre los saberes técnicos-positivos (domesticables por la evidencia) y los saberes morales (cuyo estatus quiere exiliarse del campo intersubjetivo).

117 Cfr. Recchia (2020) p. 56 quien, aunque sin entrar en la discusión sobre el estatus epistemológico de la ciencia de la política criminal, advierte sobre la necesidad de buscar el auxilio de la criminología y de las ciencias correspondientes para acreditar el grado de dañosidad de los comportamientos sobre cuya criminalización se discute, algo que por cierto no puede hacerse con la sola técnica penal o la enunciación de principios.

118 En esto lleva razón Gärditz (2016).

119 Sobre lo cual, cfr. supra nota 90, con referencia a MacIntyre (2007 [1981]), caps. 2, 3 y 6. Precisamente como emotivista puede caracterizarse la toma de posición que se halla en Matus (2021b) p. 596, describiendo los criterios de legitimación y merecimiento de pena cual mera “racionalización de preferencias subjetivas”, contra la cual se ampara en el derecho positivo constitucional (el que, presumiblemente, resulta del contingente poder de voto). Así, debemos pensar que para este autor sólo en la idea de democracia o régimen democrático se hallaría un espacio último de objetividad.

120 Representado por la visión de un Kuhlen (2021 [2000]) o un Gärditz (2016) contra los que argumenta Silva (2018) y (2019). En este contexto, considérese por ejemplo el siguiente pasaje de Kuhlen: “Es mucho más conveniente una mayor moderación de la ciencia jurídico-penal. Porque el cómo se tome partido ante los desafíos jurídicos penales del momento depende fundamentalmente de valoraciones, y no hay ninguna razón que fundamente la hipótesis de que los penalistas valoren ‘más correctamente’ o ‘mejor’ que los políticos que hacen el Derecho o que los ciudadanos sin formación jurídica” (op. cit., apartado iv, p. 114, cursivas en el original).

121 En una esfera distinta del discurso jurídico (más próximo a la dogmática), cfr. Bognetti (2011) pp. 74-75, admitiendo tanto el carácter político de la interpretación jurídica (a diferencia de la que afirma ser la tendencia entre los juristas prácticos), como explícitamente optimista respecto de las posibilidades de la razón en la captación de los valores, supuesta —en todo caso— una declinación de corte histórico.

122 Se trata de una irrenunciable búsqueda de la verdad, pero bajo la consciencia de los límites de la razón y experiencia humanas. En esa dirección, para un rescate del proyecto de derecho natural pre iluminista o pre

Por otra parte, no se advierte la razón por la que los estudiosos del derecho y las ciencias penales deberían prestar oídos a los llamados —desde el *democratismo*— a la moderación en la crítica al legislador<sup>123</sup> y aún a la claudicación. Si “todo es política”, ¿qué hay de malo en practicarla —en el campo cultural, entiéndase bien— esgrimiendo valores, principios o concepciones acerca del Estado? ¿No es también lo que hacen los críticos del principalismo, por más que en su caso aquella “política” se manifieste en una mayor deferencia hacia el legislador democrático, como forma de *ius positivismo*? Ahí también entran en juego valoraciones sobre el propio rol de juristas, pero, antes que nada, sobre el fundamento de la autoridad del Derecho y el Estado. ¿Tendrían entonces que ofrecerse como meras “preferencias subjetivas”, como puras exclamaciones de aprobación o rechazo, sin cubrirlas con simulacros de razones (¡emotivismo!)? Pues bien, no se trata aquí, ni más ni menos, que de una discusión política en el campo de competencias del derecho penal. Y no es casualidad que el *cleavage* o corte del debate esté dado por la precomprensión sobre el fundamento de la autoridad del Derecho y los límites del Estado como sociedad humana: preguntas sobre si acaso existe tal cosa como un Derecho distinto del positivo, un Derecho ideal<sup>124</sup> (lo que a su turno reenvía a precomprensiones existenciales más profundas).

Lleva en cambio razón el “democratismo” si de sus llamados a la moderación —que debe también aplicar a sí mismo, como automoderación— se concluyese lo siguiente: (1) no es ilegítimo el uso público de la investidura “profesoral” o “experta” (moneda común en el mundo de la cultura, donde carece de sentido instar por un paternalismo protector del ciudadano, ni sostener que se trata de un autoritarismo epistemológico anti-igualitario, propio de “filósofos”<sup>125</sup>), pero lo es su *abuso* (el rechazo al contrabando de meras opiniones y, especialmente, a formas disimuladas de proselitismo en el aula); (2) las razones de las valoraciones deben, en lo posible, emerger y ser puestas en discusión (sin hermetismos principalistas); esto es, los argumentos deben en lo posible adoptar la forma de razones<sup>126</sup>, de tal manera que permitan superar la sospecha de que en las tomas de posición no hay más que interés económico o lucha de clase (algo que en las *críticas* y *defensas* a la expansión del *derecho*

---

moderno y, en esa medida, con más preguntas que respuestas, cfr. Strauss (2013), *passim*. En sintonía, cfr. Spaemann (2004), 86-87, afirmando que el derecho natural no ha de concebirse hoy como “un catálogo de normas, una especie de metaconstitución [sino como] un modo de pensar, concretamente un modo de pensar que comprueba críticamente una vez más todas las legitimaciones jurídicas de la acción”. De modo coincidente, sin negar la corrección de una noción de derecho natural fundada en la “esencia de los seres”, como “esencia divina misma”, Ratzinger (2015 [1954]) Cap. 10 § 24.1 pp. 340-341 [pp. 311-312] nota 6 llega a interrogarse “hasta qué punto tiene razón (...) la depreciación occidental de la *vérité de fait* en favor [de] la *vérité de raison*”, ofreciendo luego el paralelismo con la teología natural y su necesidad de revelación sobrenatural. En lo demás, para un balance entre la legitimidad y los límites del relativismo en el ámbito político, como fundamento de la democracia, cfr. Ratzinger (2005c), especialmente pp. 121-123 y el cap. III de la Segunda Parte, pp. 223 ss.

123 Cfr. Kuhlen (2021 [2000]), apartado iv, pp. 113 ss.

124 Cfr. Silva (2019) p. 3.

125 Así, Gärditz (2016) p. 649.

126 En esa línea, cfr. Garland (2022) pp. 270-272.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

penal económico se suele sospechar); (3) una vez más, el llamado a la conciencia de los límites y la realidad del disenso<sup>127</sup>.

### 1.6.2. La justicia constitucional y los derechos humanos.

Como se ha visto, el desafío en curso consiste en la “administración” de esta tensión entre demandas desde el “sentido común” y “conocimiento experto”. Aquella tensión condiciona todos los planos del quehacer penal, pero muy especialmente la esfera de la justicia constitucional, en el uso del lenguaje de los derechos humanos. En ese contexto y por lo que toca a la discusión “local”, destaca el debate representado por un autor chileno (Wilenmann)<sup>128</sup> y un apreciado visitante (Viganò)<sup>129</sup>. Wilenmann critica el rendimiento y la pertinencia de la *judicial review* constitucional en materia penal, confiando más bien en el impacto de rediseños institucionales. En réplica directa, defiende Viganò tanto el rendimiento histórico como la pertinencia (*rectius, ineludibilidad*) de semejante control constitucional<sup>130</sup>. Arriesgando una provisoria toma de posición, a modo de balance entre ambos planteamientos, podría decirse que los dos reducen parcialmente el alcance del problema: Wilenmann escribe bajo coordenadas afines al debate estadounidense sobre la *judicial review* y, seguramente por ello, la dimensión supraestatal de los derechos humanos queda en gran medida al margen de su argumento; por su parte, Viganò parece subestimar el alcance ideológico-político<sup>131</sup> de las decisiones en la esfera constitucional<sup>132</sup>, especialmente de aquellas con recurso a los derechos

---

127 Con un contralímite en el *neminem laedere*.

128 Cfr. Wilenmann (2017).

129 Cfr. Viganò (2018).

130 Un rendimiento que, por lo demás, para el campo de las decisiones de criminalización ilustra con todo detalle Recchia (2020), si bien con un rendimiento que no se funda en el arsenal clásico de postulados o principios de la dogmática penal (teoría del bien jurídico, etc.) sino con recurso al test de proporcionalidad y el chilling effect o afectación de derechos por overdeterrence. En ese contexto, la crítica de Wilenmann (2017) no le toca especialmente.

131 Algo que parece pacífico: cfr. Marmor (2016) p. 13 s. En cuanto a las voces “ideológico” y “político”, valga esta aclaración. Se usa aquí “ideológico” en los términos rawlsianos de Marmor (2016) nota 1: es decir, no al uso de Marx, sino como *comprehensive morality*: las convicciones religiosas, morales o políticas del sujeto. En suma, el sustrato de cosmovisiones anterior a lo técnico-jurídico. Por su parte, la voz “política” quiere aquí ser intencionadamente polisémica. Cuanto menos se quiere incluir con ella (1) aquel nivel del discurso atingente al ordenamiento de la Polis o Estado; (2) el razonamiento práctico como identificación de fines valiosos y medios idóneos en una situación dada; pero también (3) un cierto “partidismo” más o menos ideológico en las decisiones atingentes a la segunda acepción.

132 Aunque precisamente en razón de las complejidades de semejante política-prudencial (no meramente técnica-dogmática, deductiva ni lógica) es valioso que Viganò (2021) defienda una versión débil del principio de proporcionalidad de la pena, como “mero limite massimo alla potestà punitiva statale”, de tal modo que no se pretenda dar con la pena proporcionada para el caso concreto, sino “l’assai meno impegnativo compito di evitare l’inflizione di pene (chiaramente) sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità del fatto”: Viganò (2021) p. 216. En lo demás, en el plano institucional-orgánico, el aludido autor (Viganò, 2021, pp. 306 ss) aborda persuasivamente las clásicas objeciones que se dirigen contra la *judicial review* de la legislación (Waldron, 2006,



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

---

paradigmáticamente), es decir el carácter contra-mayoritario del control de constitucionalidad de las leyes, el déficit de democrática o representatividad de las cortes constitucionales, etc. En la respuesta de Viganò brilla especialmente el planteamiento de Ely (1980), el gran teórico de la participational review, allí donde éste afirma que las democracias suelen no estar en condiciones de representar debidamente a minorías socialmente marginadas (y en gran número los condenados por delitos lo son), algo que la judicial review puede compensar: cfr. Viganò (2021), pp. 319 ss. El argumento es luminoso y vocacionalmente inspirador, no hay duda: en lugar del derecho del más fuerte, ¿no debe acaso la fuerza del derecho estar al servicio de todos, comprendidos los que poco o nada cuentan? (Cfr. Ratzinger, 2005a, p. 43). Por de pronto, la situación del nasciturus (miembro de una minoría estructuralmente sin voz ni voto) estaría en mejor pie de tomarnos en serio —en su radicalidad—este planteamiento de Ely/Viganò. Lamentablemente suele no ser el caso, como se sabe. Reconocido lo anterior, el planteamiento presenta al menos dos ángulos problemáticos: uno institucional y otro operativo. En primer lugar, no hay bases institucionales que mínimamente aseguren aquella representatividad. Se dirá que “la representación” es inherente a la compenetración con el “buen Derecho” que hace suyo el jurista-juez. Pero entonces se trata de confiar en una suerte de carisma cívico-jurídico, algo no exento de riesgos. En segundo lugar, el planteamiento carga con una dificultad operativa: ¿Acaso el control de constitucionalidad tiene menos legitimidad cuando impugna leyes que afectan derechos de sectores no marginados o bien, incluso, habitualmente influyentes? Soluciones desproporcionadamente injustas pueden también afectar a esos sectores. Piénsese en el caso de un núcleo importante de delitos económicos. Estando el Derecho en juego, puede ser problemático echar mano a categorías sociológicas-empíricas para legitimar decisiones. En fin, y disculpándonos el lector por este largo excursus, quizás en este debate sobre el carácter contra-mayoritario de la judicial review legislativa toque admitir, sin escándalo, que una mayoría puede también hacer un “mal Derecho”, como lo demuestra la historia, especialmente europea, en los talones de cuya trágica experiencia se inspira y apoya el modelo del control constitucional, como se sabe (por todos, cfr. Cappelletti (1971) p. 97). En ese contexto, un control moderado y negativo —en línea con el planteamiento general de Viganò (2021)— hace sentido... siempre que ello no suponga que la judicatura se vea a sí misma —en cada caso y circunstancia— como el muro providencial de contención del acontecer.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

humanos<sup>133</sup> u “orientadas a los derechos”<sup>134</sup>. En suma, la *judicial review* es tan ineludible en su cometido, como innegablemente política en su carácter<sup>135</sup>.

---

133 Al respecto, entre muchos, cfr. Glendon (1991) *passim* y, más recientemente, Loughlin (2022) pp. 124 ss., lo que conecta con las críticas que se han venido formulando contra la denominada juristocracy: cfr. Hirschl (2004) y Scheppele (2001). En fin, siempre en materia de *judicial review*, de interés resulta Gould (2022) quien, desde el progresismo, se muestra crítico del recurso al auxilio judicial para la materialización de agendas progresistas, ilustrando por lo demás cómo —pace la Corte Warren— el lenguaje de los derechos, entendidos como libertades negativas frente al gobierno-Estado, no favorece el reconocimiento de intereses cuya realización dependa de una mayor intervención del gobierno-Estado: cfr. pp. 2071-2073, con muy ilustrativos ejemplos tomados de las disputas entre republicanos y demócratas intra pandemia de Covid-19. Ahora, esta última consideración permite volver al debate Wilenmann/Viganò: y es que si Gould lleva razón en las ventajas estructurales (i.e., lingüísticas) de la pretensión clásicamente liberal bajo el marco de la *judicial review*, entonces Viganò 2018 “nadaría a favor de la corriente” únicamente en la medida que con la revisión judicial se proponga contener o morigerar el impacto del *ius puniendi* estatal, mas no para luchar contra la impunidad (que es en cambio lo que favorece Viganò 2014). El punto reenvía a las consideraciones y notas al pie que siguen, especialmente por lo que toca a la cuestión de la “inversión del paradigma” (Bascuñán, 2007 vs. Viganò, 2014).

134 Aproximación teórica postulada por Recchia (2020). En esta rica monografía, el autor se muestra optimista sobre las posibilidades de una ciencia penal “orientada a los derechos” (op. cit., p. 362). Ahora bien, al leer la obra, el lector puede apreciar hasta qué punto la dimensión política del razonamiento se infiltra ineludiblemente en el clásico test triádico de la proporcionalidad. No se trata ya de subsumir casos en reglas, de un modo retrospectivo, sino de valorar la pertinencia de reglas, prospectivamente. La clase de problema coloca al juez en el lugar de un legislador.

<sup>135</sup> Sobre la ineludibilidad del control de constitucionalidad como condición para la conservación de un marco constitucional, bastará con volver sobre la canónica contribución de Kelsen (1929). Sobre el carácter político de la *judicial review* de la legislación convergen —¡quizás si en lo único en que están de acuerdo!— tanto Schmitt (1931) como el propio Kelsen (1931), apartado IV, pp. 183 ss. [1541 ss], si bien, en el caso de Kelsen, sobre la base de un concepto de política tan amplio (como ejercicio de poder o persecución de un interés) que termina por hacer casi trivial la afirmación. En lo demás, para una completa síntesis del debate Kelsen-Schmitt, cfr. Vinx (2015) pp. 8-16. Como se sabe, Kelsen presentó en 1928 su propuesta de justicia constitucional al modo austríaco, a cuya vida él mismo había contribuido de manera decisiva. Schmitt respondió con sendos escritos, rechazando la pertinencia de un control judicial de la legislación y afirmando que ha de tenerse al Presidente como guardián de la Constitución de Weimar (esto, en el marco de la discusión por el régimen de excepción del art. 48 de dicha Constitución, que jugaría luego un papel central en la *Preußenschlag*). Como era de esperarse, Kelsen replicó en duros términos, dureza que —por lo que toca a la cuestión del Presidente como garante— queda muy bien sintetizada en la nota 13 [p. 219 s. (1572 s.)] con la que prácticamente se cierra el trabajo: Schmitt no haría otra cosa más que maquillar con lenguaje jurídico lo que no pasaba de ser una decisión política favorable a la dictadura; concretamente, en la traducción de Vinx: “might such talk simply be an expression of the fact that the bourgeoisie will change its political ideal and desert democracy for dictatorship wherever parliament, as a result of the continuing struggle of the classes, has ceased to be a useful instrument of class domination?” [nota 13, p. 220 (1572)].

### 1.6.3. Derecho penal y Estado: del Estado liberal al Estado administrativo.

Las tensiones anotadas se ven agudizadas en un contexto político-cultural como el presente, en el que la idea clásica-liberal<sup>136</sup> del derecho penal como *derecho público* o *droite politique* —en el sentido de derecho fundamental o escudo frente al Estado<sup>137</sup>— parece ir cediendo a una noción *welfarista* del derecho penal: siempre *derecho público*, pero ahora en un sentido administrativo-vertical, como servicio o provisión garantizada por el Estado<sup>138</sup>. Se va transitando así desde un derecho penal como “derecho frente al Estado”, a uno “reclamado al Estado”<sup>139</sup>. No se trata de tomar partido aquí, sino de constatar la tensión en juego, asumiendo que semejante tensión no sería imaginable si ambos extremos no llevaran parte de razón.

Ahora, si acaso esta tensión se deja o no esquematizar en términos de una tensión entre un *polo ideal-abstracto* (que reclamaría libertad frente al Estado) y un *polo real-concreto* (que reclamaría seguridad del Estado) —en correspondencia con los polos *ciencia penal liberal* y *sentido común*, respectivamente— es algo que merece ser explorado. Como sea, desde ya se aprecian márgenes de reduccionismo en ambos extremos: ya mediante la idealización de las condiciones de un estado de naturaleza, ya mediante la idealización de la respuesta punitiva del Estado; o bien, en el extremo opuesto de la comprensión, haciendo del victimario o de la víctima un fetiche, en cada caso. En lo demás, sugerir que el *polo ideal-abstracto* se aviene mejor al cometido del *derecho penal*, en tanto *derecho* (carta magna del delincuente, dijo a su tiempo von Liszt), mientras que el *polo real-concreto* al cometido de la *política criminal*, en tanto *política*, parece bien encaminado, aunque no pasa de ser una reducción esquemática del problema.<sup>140</sup>

---

136 Con referencia al modelo lockiano de derechos naturales en términos de autonomía y libertad negativa frente al Estado, optimista por tanto respecto al estado de naturaleza (diferenciándose en ello de Hobbes) y escéptico respecto de la sociedad política (diferenciándose en ello de Aristóteles): en tal sentido, cfr. Loughlin (2000), cap. 13, pp. 197 ss.

137 Cfr. Loughlin (2010) pp. 1 ss.

138 Es el giro que inequívocamente se aprecia en el muy comentado Chiao (2019) *passim*. Crítico, cfr. Londoño (2020a), entre otras razones en base a la vieja distinción entre política criminal y derecho penal.

139 Cfr. Londoño (2021) p. 23. Este “reclamo al Estado” puede provenir de intereses de orden supra-estatal, como sería, por ejemplo, el caso de la Unión Europea respecto de los estados miembros: así, por ejemplo, para defender los intereses financieros de la Unión de cara a un estatuto nacional de prescripción penal: cfr. la muy comentada saga del caso Taricco, con “tira y afloje” entre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que en su momento pretendió la desaplicación retroactiva de la prescripción (*in malam partem*), y la Corte Constitucional italiana, que defendió la irretroactividad por sobre los intereses financieros de la Unión. Así, contra la pretensión punitiva de la Unión, la Corte italiana hizo valer la inviolabilidad de una garantía esencial de la identidad constitucional (teoría de los contra-límites). La literatura al respecto es inabarcable: por su riqueza coral, se reenvía a los volúmenes Bernardi (2017) y Bernardi y Cupelli (2017).

140 En lo demás, sobre esto último, cfr. Londoño (2021) p. 22 circa nota 76. Para una incisiva aplicación de la dinámica de la comprensión en tensión polar, cfr. Herrera (2021) *passim*, aunque especialmente cfr. pp. 37-47, pp. 191 ss. y 213 ss. Para un esquema de teoría general de la oposición-polar, en camino hacia una filosofía de lo concreto-viviente, cfr. Guardini (2007 a/b).



#### 1.6.4. Derechos humanos y derecho penal: ¿contención o expansión del *ius puniendi*?

Nótese, en fin, que las aludidas tensiones corren en paralelo a la *inversión del paradigma clásico*<sup>141</sup> de los derechos fundamentales en su relación con el *ius puniendi* estatal<sup>142</sup>. Concretamente, se ha dicho que “los derechos fundamentales ya no representan un marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*, sino su impulso. El *ius puniendi* no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio, sino deberes de punición”<sup>143</sup>. De este modo, “no es el exceso de punibilidad, sino la impunidad lo que es asumido [ahora] como problema.”<sup>144</sup>. Aunque esta ambivalencia de los derechos fundamentales era ya bien conocida<sup>145</sup>, su operatividad expansiva en el campo penal se intensifica en razón del orden supraestatal<sup>146</sup>, como lo demuestra especialmente la realidad del derecho penal internacional. Por lo demás, la operatividad del discurso de los derechos fundamentales se asoma ya en el derecho penal económico<sup>147</sup>.

Una respuesta a la crítica ofrecida en Bascuñán (2007) merecería un espacio más amplio, pero puede aquí adelantarse lo siguiente. En los supuestos de crímenes imputables a una política estatal, la lucha contra la *impunidad* con base en los derechos fundamentales no se deja describir en términos de “inversión del paradigma clásico”, sino precisamente *conforme* a semejante paradigma; y esto porque si el Estado —del que los derechos humanos en sentido lockeano han

---

141 Bascuñán (2007) *passim*.

142 Valga lo dicho supra en nota 136 sobre el modelo de autonomía y libertades negativas en Locke, de acuerdo a la lectura de Loughlin (2000). Su desbordamiento por un modelo de libertades positivas es característica del modelo de Estado administrativo.

143 Bascuñán (2007) p. 48, crítico de la aludida inversión. En la misma línea (con alusión a una versión anterior de Bascuñán, publicada en 2003), cfr. también Mañalich (2005), reivindicando “una premisa constitutiva del paradigma clásico” (op. cit., p. 257); a saber, el distinto estándar de fundamentación a que están sometidas la pena y la impunidad: más alto o exigente el primero, como se comprende. Consecuentemente, y con base en la primacía de la ley parlamentaria, en opinión del autor se sigue de allí una diferencia radical en la valoración del control constitucional abstracto: justificado para supuestos de exceso, jamás justificado para supuestos de defecto (op. cit., pp. 257-258). En fin, a la crítica liberal de Bascuñán adhiere ahora también —quién lo diría— Matus (2021b) p. 599, si bien a nuestro juicio confundiendo lo que en Bascuñán es crítica al fenómeno, de lege ferenda, por así decirlo, con una simple crítica contingente, de lege lata.

144 Viganò (2014) p. 431, simpatizante de la aludida inversión. Con todo, es sensato preguntarse si acaso después de la saga Taricco el aludido autor mantendría todavía una opinión tan favorable.

145 Conceptualmente, la aludida ambivalencia resulta críticamente exhibida por Villey en 1983: cfr. Villey (2019) p. 148. Nuevamente, el asunto reenvía al diverso lenguaje de los derechos humanos: tendencialmente en guardia ante el *ius puniendi* allí donde se expresen en términos de autonomía individual y libertad negativa (clásicamente liberales); menos críticos allí donde se expresen en términos de comunidad y libertad positiva.

146 Así, por ejemplo, muestra sus primeros asomos en Europa a mediados de los años '80 del siglo pasado: cfr. Delmas-Marty (1992 [original de 1988]), pp. 265 ss., con referencia al primer caso en esta línea: CEDH, 26 marzo, 1985, X e Y c. Holanda, en el que el Tribunal europeo declaró la insuficiencia de la legislación holandesa allí donde no había perseguibilidad procesal-penal para un supuesto de violencia carnal contra una menor de 16 años con déficit mental.

147 Cfr. Nieto (2020), entusiasta; y Hernández (2021), receptivo, pero con frenos.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

de protegernos<sup>148</sup>— se ha vuelto criminal, sólo puede ser conforme al espíritu de aquel paradigma el que se pretenda perseguir la responsabilidad penal *contra aquel Estado y sus agentes*. Así, la observación del aludido autor no da en el blanco tratándose del llamado *derecho penal internacional*. Por contraste, la observación sí es acertada para constelaciones distintas, como la *delincuencia común* y aún la *económica*<sup>149</sup>: respecto de ambas formas —que enfrenta a *ciudadanos contra ciudadanos*, por así decirlo— sí puede hablarse con propiedad de una inversión del paradigma clásico y criticársele en esa medida (supuesta la adhesión al paradigma, se entiende). En fin, tratándose del *crimen organizado* la lucha contra la impunidad se ubica en un línea intermedia, tendencialmente más próxima a la del paradigma clásico, cuanto menos allí donde la organización criminal constituya un equivalente cuasi-funcional del Estado, controlando una porción del territorio y teniendo en su puño a los ciudadanos. Naturalmente, será cuestión de juicio práctico afirmar que ello ha llegado a ser el caso.

Como se puede apreciar, el factor decisivo en este esbozo de re-lectura no sería tanto el ideal de autonomía de cara al Estado, como la consideración del grado o magnitud de la *asimetría de poder*, en un esquema funcional a la restauración de la seguridad y la paz<sup>150</sup>.

## 2. El proceso penal: líneas matrices y desafíos hoy.

Una imagen mínimamente adecuada del derecho penal chileno no podría ofrecerse sin una mirada al sistema procesal penal. Y es que derecho sustantivo y derecho procesal conforman una unidad: del mismo modo como una hoja de metal adquiere la forma de un cuchillo si se le asocia a un mango (para recurrir a la eficaz imagen con la que suele explicarse la unidad entre el derecho sustantivo, la hoja, y el derecho procesal, la asa).

---

148 Cfr. supra nota 136 relativa al modelo lockeano en Loughlin (2000).

149 Salvo que, en este segundo caso, se observe la total impotencia del Estado para lidiar con el fenómeno, por tratarse por ejemplo de una empresa o conglomerado ostensiblemente superior a sus fuerzas. Pero aún así se plantearía todavía una objeción en sede de proporcionalidad, en la medida que el rango de delitos se mantenga en un plano puramente patrimonial. Cuestión distinta es la necesidad de armonizar legislación o coordinar esfuerzos institucionales y persecutorios, en un contexto de globalización o transnacionalidad empresarial. Pero en este caso no puede propiamente hablarse de auténticos “mandatos de criminalización”, en los términos que preocupan en el marco de la crítica a la inversión del paradigma clásico.

150 En una línea no lejana, cfr. Lorca (2022), atendiendo al problema de la impunidad desde una exigencia de igualdad.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

### 2.1. La reforma procesal penal.

El sistema procesal penal vigente –acusatorio y oral– es el resultado de una descomunal reforma modernizadora del Estado de Chile<sup>151</sup>; y es que en apenas un lustro –entre 2000 y 2005– se superó el inveterado sistema inquisitivo y escritural, en el que *instrucción*, *acusación* y *juicio* eran de competencia del mismo juez letrado. La garantía de *imparcialidad* se violaba institucionalmente, sin rodeos ni sutilezas.

El procedimiento inquisitivo llegó junto a España, en la Colonia. Mantuvo su vigencia en el Chile republicano y, aunque modernizado, fue proyectado hacia el siglo XX gracias al Código de Procedimiento Penal de 1906<sup>152</sup>. “Puede decirse con verdad que subsiste todavía en pleno vigor entre nosotros el sistema inquisitorial establecido desde la edad media”, puede leerse en el Mensaje del proyecto que daría vida al Código de 1906. Se vivía pues en la historia del derecho. El modelo no cambió sustantivamente durante el siglo XX y su reputación a la baja vino a consolidarse en los lustros de la dictadura militar.

Así pues, recuperada la democracia a comienzos de los años '90, una reforma integral al sistema procesal penal se había vuelto un imperativo jurídico-moral, en un país nuevamente abierto a los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>153</sup>. A posibilitar las condiciones políticas para la reforma confluieron no sólo consideraciones de garantía y transparencia, sino también de eficiencia en la persecución del delito<sup>154</sup>.

La reforma –concebida con decisiva contribución de un grupo de académicos chilenos<sup>155</sup> inspirados en antecedentes de Estados Unidos, Latinoamérica y Alemania,

---

151 Para un cuadro general, con ulterior bibliografía, cfr. Guzmán (2013a), pp. 115 ss.

152 Para una breve reseña crítica cfr. Guzmán (2013a) pp. 111 ss., con ulterior bibliografía en p. 128.

153 El Mensaje del proyecto de nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 19.696) alude a este aspecto, con especial mención a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

154 Algo que, a su tiempo, propició especialmente Fundación Paz Ciudadana, creada en 1992, y cuyo impulso fundacional estuvo vinculado al lamentable secuestro de un miembro de una importante familia chilena (controladora del influyente grupo El Mercurio), a manos de integrantes del Frente Patriótico Manuel Rodríguez.

155 La elaboración del proyecto de nuevo Código Procesal Penal comenzó en 1994, en el seno del Ministerio de Justicia, con la cooperación de Fundación Paz Ciudadana y Corporación de Promoción Universitaria. Los principales lineamientos y consensos técnicos para la reforma fueron el resultado de un amplio Foro de discusión, integrado por académicos, magistrados y en general destacados abogados. Con esa base, la redacción del proyecto legislativo estuvo a cargo de una comisión integrada por cinco académicos: Cristián Riego, Jorge Bofill, María Inés Horvitz, Raúl Tavorlari y Mauricio Duce. Ello se tradujo en el Mensaje del Ejecutivo N° 110-331 (Gobierno Frei Ruiz-Tagle, Ministra de Justicia Soledad Alvera), que ingresó al Congreso Nacional el 13 de junio de 1995. Para una visión completa sobre la génesis y discusión parlamentaria del proyecto, cfr. Londoño et al (2003), passim.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

fundamentalmente<sup>156</sup> – entró en vigencia gradual a partir del año 2000<sup>157</sup> con el nuevo Código Procesal Penal y la instalación del flamante Ministerio Público, órgano autónomo de rango constitucional encargado de sostener la acción penal pública y de dirigir la investigación. Organizado en fiscalías, el Ministerio Público ejerce la *oportunidad de la acción* conforme a criterios generales para categorías de delitos, siempre de baja gravedad. Es ésta otra novedad respecto del viejo sistema inquisitivo, sometido al principio de estricta legalidad en materia persecutoria, al menos formalmente. Con la reforma se creó también una Defensoría Penal Pública, en cumplimiento del derecho fundamental a contar con defensa gratuita.

La jurisdicción sigue siendo competencia exclusiva de jueces letrados, no conociéndose en Chile instancia alguna de jurados<sup>158</sup>. Los tribunales con competencia penal fueron reorganizados, en sintonía con el nuevo modelo acusatorio y oral. Se crearon así *tribunales de garantía* y *tribunales de juicio oral*: los primeros – unipersonales– intervienen en las etapas de investigación y de preparación del juicio oral, controlando la actuación del Ministerio Público a la luz de los derechos fundamentales; los segundos –colegiados– son competentes para juzgar en juicio oral. El régimen de recursos sufrió también cambios importantes, a tono con el principio de *inmediación*. Así, la apelación se contrajo en beneficio del régimen de nulidad.

El proceso conoce salidas alternativas –*suspensiones condicionales* y *acuerdos reparatorios* – y, al modo del *plea bargaining*, un *procedimiento abreviado* con renuncia al juicio oral, previa aceptación de los antecedentes de la investigación. Junto con la oralidad, estos mecanismos han tenido gran impacto en la cultura jurídica chilena, por primera vez expuesta (institucionalmente) a una “justicia negociada”<sup>159</sup>. Esta posibilidad de disponer sobre el *output* condiciona la comprensión del sistema de determinación de penas del Código Penal. El impacto en el uso de la *teoría del delito* no es tampoco menor: su subordinación a la justicia negociada tiende a sustraerle ese halo de intangibilidad dogmático-universal, volviéndola contingente y manipulable: algo que se puede instrumentalizar *a piacere* para fines prácticos o procesales<sup>160</sup>. Bien mirado, se trata de una oportuna flexibilización de los esquemas de

---

156 El Mensaje del Ejecutivo N° 110-331 menciona también, entre otras fuentes, al Código Procesal Penal Italiano de 1988: cfr. Mensaje, apartado Fuentes.

157 Para una visión completa de la reforma y el nuevo sistema procesal penal, cfr. Duce et al (1998), Horvitz y López (2002/2004), Duce y Riego (2002), Duce y Riego (2007) y Duce (2016), especialmente caps. II y III.

158 Muy acotadamente, para los delitos de imprenta, un jurado tuvo competencia en Chile hasta 1925. Recientemente, se ha discutido públicamente sobre la conveniencia o no de introducirlos en Chile, aunque por momentos bajo una pulsión más bien populista y punitivista, en lugar de cual garantía del imputado a ser juzgado por sus pares-ciudadanos; es decir, no tanto jurados como tribunales populares, en los precisos términos de Bascuñán (2021b).

159 Para una valoración crítica de su introducción en culturas no adversariales, cfr. Langer (2004). Para una balanceada valoración crítica en el contexto chileno, cfr. Oliver (2019).

160 Algo que rutinariamente se aprecia en las decisiones de formalización y acusación del Ministerio Público (pero que también recibe acogida por los propios tribunales), ya para mejorar las opciones de la teoría del caso, ya para favorecer o evitar, según convenga, una salida alternativa, un procedimiento simplificado o abreviado, una pena sustitutiva, etc. Las zonas de sacrificio habituales son la teoría del concurso de delitos, la determinación de

imputación; mal mirado, se trata de una pulsión acomodaticia que poco se aviene con la idea de dogmática como *teoría*<sup>161</sup> y que, en otro plano, parece incrementar los riesgos de condenas erróneas<sup>162</sup>. Este aspecto se ha vuelto aún más delicado a causa de reformas recientes, según se dirá a continuación.

## 2.2. Tensiones del presente, en camino al primer cuarto de siglo de la reforma.

Para cerrar bastará con dejar apuntadas las tensiones a que está sometido hoy el sistema procesal penal chileno. Se trata en general de recriminaciones cruzadas, ya por defecto de eficacia, ya por exceso. Con todo, predominan las primeras en el debate público, marcado por inquietudes punitivistas. Legislador y víctimas se mueven al compás, encontrando escasa resistencia. La academia, mayoritariamente crítica, no siempre logra dialogar con ganancia<sup>163</sup>.

En primer lugar, se le reprocha al sistema su deformación en “puerta giratoria”, con alusión a la rápida liberación de los detenidos en flagrancia, así como a los efectos de las salidas alternativas del nuevo sistema. Pesa en esta crítica una grave incompreensión sobre las garantías del debido proceso (propósito original de la reforma fue limitar el recurso a la prisión preventiva como pena anticipada) y sobre la necesidad funcional de las salidas procesales (como condición de sustentabilidad para el juicio oral). Los errores de funcionamiento del sistema agudizan esta tensión, de lado y lado: unas policías ancladas en malas prácticas<sup>164</sup>, amplificadas por la extensión de un *control de identidad* que, operando sin flagrancia, evoca la vieja *detención por sospecha*<sup>165</sup> (la falta de una reforma orgánica a las policías es la gran deuda del nuevo modelo<sup>166</sup>) y dudas sobre la eficacia real de las salidas alternativas (no del todo infundadas).

Por otra parte, la justicia penal negociada es abusada y cuestionada. Abusada por un legislador que amplía el alcance del procedimiento abreviado a imputaciones por las que se arriesga presidio de hasta diez años<sup>167</sup>. Cuestionada por partida doble: ya desde el paradigma de

---

la pena y la parte especial en general. Para un estudio sobre las prácticas en audiencias de procedimiento abreviado y simplificado, cfr. Zagmutt (2019).

161 Sobre el cometido teórico de la dogmática, cfr. lo dicho supra nota 90.

162 Sobre lo cual, además del citado Zagmutt (2019), cfr. Duce (2019), con evidencia empírica, y Oliver y Correa (2021), evaluando críticamente la justicia penal negociada chilena a la luz de la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

163 Cfr. Garland (2022) p. 269 s., advirtiendo la necesidad de una mayor solvencia (en términos de fundamentación y claridad) de los expertos en su diálogo con la ciudadanía y el mundo político.

164 A título ejemplar, cfr. Riego (2019), en materia de confesiones ante la policía; Duce (2015a) y Duce (2015b), especialmente los casos Pedro Lobos y Julio Robles; y Duce (2017) en materia de reconocimiento ocular.

165 Cfr. Irarrázabal (2015).

166 Cfr. Riego (2021).

167 Tratándose de la mayoría de los delitos contra la propiedad y los delitos de posesión de armas, en virtud de las leyes N°s 20.931 de 2016 y 21.412 de 2022, respectivamente. Fuera de estos dos grupos de delitos, la regla general sigue conociendo el límite de pena de cinco años de presidio, original del art. 406 CPP.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

garantías, advirtiéndose la insuficiencia probatoria y el potencial de coacción de esta forma de justicia (especialmente a mayor *leverage* negociador del ministerio público<sup>168</sup> y menor capacidad de los imputados para permitirse o arriesgar un juicio oral); ya desde el paradigma de eficacia, haciéndose ver que el *undercharging* merma la capacidad preventiva de la pena<sup>169</sup>.

Por último, cada vez más evidente es la incapacidad del sistema para administrar *casos de alta complejidad*, de delincuencia organizada y económica. Con fiscalías concebidas para lidiar con la gran mole de delitos tradicionales (aquellos que suponen flagrancia, fuera de un contexto organizado), y un juicio oral diseñado para administrar fundamentalmente prueba testimonial, la dificultad ha quedado hoy al desnudo: juicios orales inasibles y extenuantes (algunos han superado los seis meses de duración) y decisiones aparentemente insatisfactorias<sup>170</sup>, valoradas por la opinión pública como defraudatorias de la igualdad punitiva, con favor para los “poderosos”. Todo esto, para peor, en momentos en los que la imagen del Ministerio Público se ha deteriorado, salpicada por escándalos internos y una gestión errática de casos de corrupción política. Tampoco ayudó la política de persecución implementada durante pandemia de Covid-19, errática y desmedida<sup>171</sup>.

Que en este escenario el sistema haya enfrentado serias dificultades para la designación del nuevo Fiscal Nacional —el cuarto desde la entrada en vigencia de la reforma— es algo que no puede sorprender<sup>172</sup>. Cerca ya de completar los primeros 25 años de vida, el nuevo sistema procesal penal parece estar demandando un ajuste significativo, a la altura de las promesas de su origen.

## Conclusiones.

¿Qué puede decirse a modo de conclusión, tras este largo recorrido por el derecho penal chileno, cerca ya de cumplir su Código Penal 150 años? Podría pensarse en una suerte de

---

168 En este sentido, Oliver (2019).

169 Lo reporta con casos y doctrina, Oliver (2019).

170 Sobre el mérito es imposible afirmar con certeza semejante insatisfacción, se comprende. Pero ella es indiscutible por lo que toca a la forma o capacidad de socialización de la sentencia: en la gran mayoría de los casos las sentencias del juicio oral son poco inteligibles, cual mera agregación no articulada y azarosa de fuentes externas o apuntes tomados en la audiencia.

171 Un panorama crítico en Londoño (2020b).

172 Dos candidatos fueron rechazados por el Senado hasta que un tercero logró ser ratificado ante esa cámara. Que en estos asuntos existan discrepancias y no sea fácil lograr acuerdos, no debe sorprender. Con todo, parece claro que se ha vuelto necesaria una reforma al sistema de designación del Fiscal Nacional, tendencialmente prescindiendo de la competencia de la que hoy goza la Corte Suprema para elaborar la quina de candidatos (entre los cuales el Presidente de la República debe designar a uno, que luego debe ser ratificado con el voto conforme de dos tercios de los senadores en ejercicio).

conclusiones en tándem: *locales* y *globales*. es decir, para aquello que atañe al derecho penal chileno considerado en sí mismo, en su seno interno, como singularidad; y para aquello que le atañe en un trasfondo, en el marco de algunas discusiones globales contemporáneas, como reclamo externo. Si quisiéramos sintetizar esos dos campos de conclusiones, podríamos valernos de dos conceptos, uno para cada plano: el *mosaico* y la *política*.

i) *El mosaico: ¿de la saturación a la recodificación?*

¿A qué va pareciéndose el derecho penal chileno, ya bien entrados en el siglo XXI? Más arriba (1.3) se ha sugerido la imagen del mosaico. Ahora es posible retomar el punto, para extraer una conclusión.

Conocida es la voz *mosaico* en su acepción artística, como *taracea*, es decir, una “obra realizada con elementos tomados de diversos sitios” (RAE). Aunque no alejada del objeto que se quiere describir (el derecho penal chileno actual), la idea de “elementos tomados de diversos sitios” se revela poco unitaria, poco orgánica. Una imagen quizás más acorde a una noción idealizada de Derecho se obtiene a partir de la acepción biológica de la voz *mosaico*: “organismo o parte de él en el que coexisten células genéticamente distintas, pero desarrolladas a partir de un mismo cigoto” (RAE). Aquí la idea de un desarrollo “a partir de un mismo cigoto” evoca la unidad genética del ordenamiento jurídico, reclamando una fuente remota-profunda de autoridad e identidad. Interrogarse aquí por aquella fuente última —*aquello que mantiene unido el mundo*— nos llevaría muy lejos. No es el propósito de estas conclusiones.

Lo central, sin embargo, ya se ha dicho: la imagen que nos ofrece el derecho penal chileno actual es la de *un conjunto compuesto por elementos muy distintos* (“tomados de diversos sitios...”). Podría decirse que *hay complejidad en la unidad*. En esto no hay nada nuevo. Los ordenamientos jurídicos se parecen más a Roma que a París: en lugar de limpias líneas concebidas por un único centro ordenador, lo que hay son capas sobre capas de historia, sedimentos sobre sedimentos<sup>173</sup>. Recodos, curvas, estrecheces, antes que rectas y despejadas avenidas. Por eso es más fácil extraviarse en Roma que en el plano de París. Si se es un turista diletante, ese extravío es una bendición (como posiblemente ninguna otra para un caminante de ciudades). Pero si se quiere llegar sin rodeos a un determinado punto, si se está necesitado de orientación y predictibilidad, entonces más vale París. Por belleza, Roma; por certeza, París. Y he aquí que el práctico del derecho está más necesitado de certeza que de estética. El práctico desespera en el caos. Y el Derecho es tensión ordenadora del caos.

Estando así las cosas, se impone una pregunta: ¿Cuánta complejidad tolera la unidad? ¿Cuándo se alcanza el estado disfuncional? Son las preguntas que se imponen para el derecho penal chileno.

---

173 La analogía está tan a la mano, que seguramente la he tomado prestada de una fuente que ahora me es desconocida. Valga como atenuante ante la acusación de plagio de ideas.

Porque sin una tensión centrípeta —que discretamente modele lo diverso hacia el centro— la fuerza centrífuga del tiempo puede erosionar la unidad, desintegrar el sistema. La imagen bíblica del *vino nuevo en odres viejos* puede servir aquí. Los viejos odres terminan por ceder. Más arriba (1.3) se dijo que semejante fuerza centrípeta podía esperarse de una nueva *codificación* (como la que ha venido tocando a la puerta en los últimos tres lustros). Pero también se dijo que la fuerza centrífuga es tan grande, que una codificación tendría el semblante de una proeza. El presente trabajo quiso bosquejar esas fuerzas centrífugas, y aquí no queda más que reagruparlas.

En el plano *objetivo* (atingente al derecho mismo), se ilustró (y midió) la expansión acelerada de la legislación penal, hasta el punto de la ebullición (insuflada por un populismo identitario, comúnmente punitivo: cfr. 1.6.1). En ese contexto, un papel central lo ocupa la progresiva erosión del sistema (hasta hace poco unitario) de *determinación de la pena*: la proliferación, a manchones, del *eLE1*. La reciente introducción de una súper agravante (el art. 69 bis CP) y la amenaza de nuevos estatutos de determinación (especialmente el que sería un auténtico *pequeño Código de derecho penal económico*<sup>174</sup>) completan el cuadro.

A lo anterior añádase la fuerza centrífuga de los *sujetos* del derecho penal chileno: la triple erosión de la legalidad-parlamentaria (desde arriba, desde abajo y desde dentro: cfr. 1.5.1). Luego, el riesgo de erosión introducida por el modelo de justicia negociada de la reforma procesal penal (cfr. 2.1 y 2.2.), por más que el nuevo proceso haya tenido y tenga más virtudes que defectos, en comparación con el inquisitivo precedente. Y, en fin, la dificultad de la dogmática<sup>175</sup> (¿o de la jurisprudencia?) para articular una lectura ordenada y predecible del derecho positivo (cfr. 1.5.2). Lejos de un “diálogo amoroso”<sup>176</sup>.

Considerados esos factores centrifugantes, el derecho penal chileno se nos presenta como un cuerpo amorfo, desfigurado. Un *mosaico* de sedimentos mal decantados, donde la aleatoriedad es la regla. Lotería. La *aruspice* romana, pero sin la simpleza binaria. Y es aquí donde, para cerrar, viene a cuento una última acepción de la voz *mosaico*: aquella botánica (muy poco conocida, no hace falta decirlo). “Enfermedad de las plantas [...] que generalmente se presenta como manchas irregulares de las hojas, de color verde claro, verde oscuro y amarillento” (RAE). Aquí también hay diversidad, como manifestación de manchones de distintos colores. Pero la desarmonía arriesga allí la unidad. No en vano se la define como enfermedad.

---

174 Cfr. supra nota 64, con ulterior detalle.

175 Para expresar la desorientación que genera la caudalosa y arbitraria producción de la academia penal, van Weezel (s/f) apartado 1 llega a hablar de “una selva”. La imagen es fuerte pero eficaz. Podría también pensarse en una entera ciudad en construcción, en la que cada cual edifica según su punto de vista, sin atender a los vecinos ni mucho menos someterse a criterios urbanísticos. ¿Parece historia conocida? Como se comprende, el resultado de semejante apetito inmobiliario no tendrá la calidez del románico ni la profundidad del gótico.

176 Es la descripción con la que, con justicia, homenajea Hernández (2016) a Etcheberry (1987): aquella obra de Etcheberry es descrita como “un diálogo casi amoroso entre la dogmática penal y el material forense, de la mano de un mediador virtuoso” (op. cit., p. 150).



Lo anterior no se ha escrito para afirmar que el derecho penal chileno se encuentra en estado comatoso. Sólo se ha querido explicar mejor la noción de mosaico, captar sus matices. Y ello, nada más que para insistir en la pregunta de apertura: ¿Cuánta complejidad tolera la unidad? ¿Cuándo se alcanza el estado disfuncional?

En el cuerpo del trabajo (1.3, tablas 1 y 2) se ilustró el factor de aceleración de las reformas al Código Penal. Se hizo ver que ellas siguen una curva *exponencial* (con factor 0,7). Pues bien, como explican los matemáticos, una curva semejante no es sostenible en el tiempo, porque rápidamente tiende al infinito (de allí su reemplazo por un modelo logístico, no-exponencial). Tratándose ya no de matemática, sino de derecho, una aceleración exponencial no conduce al infinito, sino a la *saturación* (como analogía tomada del concepto en su sentido físico-químico<sup>177</sup>). Ello lleva a la progresiva devuación de cada nueva reforma legal, en la medida que su internalización por la *praxis* se vuelve ardua, hasta lo imposible. Una reforma cada 36 días —como fue en 2022— se acerca al punto de saturación (sin perjuicio de que el análisis debe ser cualitativo, se comprende).

En ese contexto, dos parecen ser los escenarios de solución o administración del problema: (i) o se modera el reformismo, con desaceleración, en tránsito hacia la estabilización; (ii) o bien el riesgo de saturación obliga a tomar seriamente el camino de la recodificación, como instancia de estabilización. Lo seguro es que por el camino de la aceleración exponencial no podrá transitarse mucho tiempo más.

ii) *La política (coda y continuación).*

Para las conclusiones de trasfondo (lo global) se ha querido usar la exigente voz “política”. Aquí no es posible extenderse mayormente, en parte porque ello debería constituir el espacio para una futura contribución, si el acontecer acompaña. Bastará con sintetizar lo que se ha dicho en el cuerpo del trabajo, reagrupándolo.

De un lado, se explicó la erosión del principio clásico de legalidad-estatal-parlamentaria como una consecuencia de cambios en la forma del Estado y sus interacciones, pero también —algo de mayor interés aquí— a consecuencia de cambios en el *lenguaje del Derecho*. Conviene volver sobre este desarrollo.

El punto de arranque es la erosión de la legalidad-estatal *desde arriba*: aquella que opera desde la esfera supranacional o internacional. Desde aquella dimensión opera el cambio en el lenguaje del Derecho, que ahora resulta orientado por los *derechos humanos*, tan ineludibles

---

177“Fis. Aumentar la señal de entrada en un sistema hasta que no se produzca el incremento en su efecto. Quím. Añadir una sustancia a un disolvente hasta que este no admita mayor concentración de ella.” (RAE)

como porosos<sup>178</sup>. Se trata del tránsito desde el modelo de “ley del Estado” (tan caro al *ius positivismo* y caracterizado por el dominio de *reglas*), a la denominada “era de los derechos” (caracterizada por *declaraciones universales y principios*).

¿En qué se traduce este cambio en el lenguaje del Derecho? La porosidad del nuevo lenguaje – en el tránsito de leyes a declaraciones, y de reglas a principios– favorece dos fenómenos.

De un lado, (i) la *politización del derecho*: no la domesticación de la política por el derecho o la clase de los juristas (como a veces se cree), sino –precisamente como indica la fórmula– la *politización del derecho*<sup>179</sup> (con las tensiones y la vulgarización que ello supone).

Por otro lado (ii), se favorece el *ascenso de un poder judicial* de talante *global o cosmopolita*. Así, mientras que en el modelo de “ley del Estado” el punto central de contacto entre la política y el derecho se hallaba en el parlamento y los representantes democráticos, en la “era de los derechos” ese contacto se diluye, transfiriéndose la fricción hacia los tribunales, crecientemente ocupados de hacer justicia *distributiva* en lugar de aquella clásicamente *correctiva*. Se habla aquí de *juristocracy*, críticamente, se comprende.

Pero no sólo la judicatura experimenta transformaciones. También se aprecian cambios en la academia. En la medida que cambia el objeto de estudio (ya no textos-reglas, ya no una exégesis, ya no una sistemática), cambia el foco de interés. Se pasa así de la dogmática a la postdogmática, en su mejor versión: la dogmática penal constitucional y de los derechos humanos, tomada en serio. Es una versión atractiva y fecunda (aunque no por ello blindada ante el riesgo de la disolución del derecho en los meandros elásticos de la política, disimuladamente<sup>180</sup>). Su peor versión es el *activismo*, algo muy a la mano allí donde el lenguaje del Derecho se ha relajado. Fácil es hacer política –incidir en el mundo– valiéndose de semejante lenguaje.

Lo que aquí interesa es también la disputa académica que estos desarrollos globales están abriendo. Aquí se abordó en la crítica al “principalismo” (tendencialmente *ius naturalista*), por el sector del “democratismo”, que lo acusa de esconder –bajo un halo de pseudo ciencia– su predisposición política/partidista. Son las acusaciones de un sector académico que tiende a identificarse con el *ius-positivismo* y que descrece del carácter científico-racional de las valoraciones esgrimidas por el principalismo. Así, para este sector, “todo es política” o todo tiene aroma a política... ésa, al menos, es la sospecha (a menos que se trate de una dogmática que simplemente explica y sistematiza el *derecho puesto* por el legislador democrático, el derecho

---

178 Aquí la cita obligada es a la feroz crítica del muy antimoderno Villey (2019), para quien los derechos del hombre han sido herramienta para todo: “se la usó en provecho (...) de los malhechores contra los jueces [y] de las víctimas contra los malhechores” (op. cit. p. 148).

179 Así, Loughlin (2000) cap. 15, pp. 229 ss.

180 Aquí debería servirnos la denuncia contra la pretendida neutralidad política de este nuevo lenguaje, siempre en palabras del incomparablemente ácido/agudo Villey: “¿A qué se debe el enorme éxito del tópico de los derechos humanos en la retórica contemporánea? A que se logra extender un velo sobre el revés de la trama: militando por estos derechos contra el sha de Irán, habremos ayudado a la instauración del régimen de Jomeini” (op. cit., p. 148).



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

positivo). Este sector “democratista” es en buena medida nostálgico del imperio de la legalidad estatal-parlamentaria. El otro sector, que apela a una así denominada “ciencia de la política criminal”, es también nostálgico de aquel imperio. Ambos sectores aprecian la vieja dogmática de las reglas y querrían más certeza, entendiendo el derecho penal como un asunto retrospectivo, de justicia correctiva (antes que como un ejercicio de optimización de la justicia distributiva). Así, ambos sectores deberían mostrarse tendencialmente críticos de una dogmática hecha con el poroso material de los derechos humanos. Este aspecto reclama una coincidencia.

En cualquier caso, parecen navegar mejor hoy quienes se embarcan en la postdogmática, quienes aprenden a tocar la música del derecho penal constitucional y de los derechos humanos, con tests de proporcionalidad y herramientas similares. Este sector se mueve al compás de los tiempos y se conecta más fácilmente con el punto de fricción entre la política y el derecho: los tribunales y las cortes constitucionales. Está por verse si será para ganancia del derecho —que con este nuevo lenguaje intenta “domesticar” a la política— o más bien sucede lo contrario, como pronosticara a su tiempo el ya muchas veces citado Loughlin (2000).

Todos estos desarrollos no son necesariamente negativos, simplemente existen, se han dado. Para cada uno de ellos hay exponentes chilenos, que dialogan con el mundo en el que estas discusiones se dan con mayor masa crítica. Otro espacio editorial será el indicado para profundizar en estas discusiones y, si es del caso, tomar posiciones netas.

### **Bibliografía citada**

Aguilar, Gonzalo y Carnevali, Raúl (2019), “Inconstitucionalidad de la pena de presidio perpetuo calificado. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional de Italia”, *DiarioConstitucional.cl*, 5 de agosto.

Amodio, Ennio (2019): *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde* (Roma, Donzelli Editore)

Anastasia, Stefano; Anselmi, Manuel; Falcinelli, Daniela (2020): *Populismo penale: una prospettiva italiana* (2. ed., Milano, Wolters Kluwer)

Arriagada, Isabel y Rochow, Diego (2015): “Privación de libertad en Chile: Desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal”, en Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales (Ed.): *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015* (Santiago, Ediciones UDP), pp. 161-207

Bascuñán R., Antonio (2007): “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 9, pp. 47-74



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

Bascuñán R., Antonio (2020): “Comentario al proyecto de ley sobre delitos económicos (Boletín N° 13205-07)” , *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLVII, 1er Semestre (2020), pp. 435 - 452

Bascuñán R., Antonio (2021a): “La garantía de *lex propria* como concreción del principio de legalidad penal”, en Navarro, Enrique y Zúñiga, Francisco (coords.): *Derecho Procesal Constitucional. Libro homenaje al profesor Juan Colombo Campbell* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 141-178

Bascuñán R., Antonio (2021b): ¿Jurados o tribunales populares?, *The Clinic*, 19 de junio

Bernardi, Alessandro (ed.) (2017): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Napoli, Jovene editore)

Bernardi, Alessandro y Cupelli, Cristiano (eds.) (2017): *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (Napoli, Jovene editore)

Bognetti, Giovanni (2011): *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico* (Modena, Mucci Editore)

Bottoms, A. (1995): ‘The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing’, en Clarkson, C. y Morgan, R. (eds): *The Politics of Sentencing Reform* (Clarendon Press, Oxford), pp. 17-49

Bustos, Juan (1995): *El delito culposo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile)

Cappelletti, Mauro (1971): *Judicial Review in the Contemporary World* (USA, The Bobbs-Merril Company)

Castillo, Alejandra (s/f): “Punitivismo, feminismo y populismo: ¿un disparo en los pies a la equidad de género?”, en Fernández, José Ángel y Lorca, Rocío (editores) (Valencia, Tirant Lo Blanch), volumen colectivo de publicación durante el 2023, citado aquí *pro manuscripto* con autorización de su autora

Castro, Álvaro (2019): “Ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y mecanismos de protección de derechos de los privados de libertad en Chile: ¿Bajo la maldición de Sísifo?”, en Contesse, Javier y Contreras, Lautaro (eds.) (2019): *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 89-120

Castro, Álvaro; Cillero, Miguel y Mera, Jorge (2010): *Derechos fundamentales de los privados de libertad* (Santiago, Ediciones UDP)

Chiao, Vincent (2019): *Criminal Law in the Age of the Administrative State* (Oxford, OUP)

Cigüela, Javier (2020): “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (12), pp. 1-40

Cillero, Miguel (2000): “Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, pp. 101-138



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

- Contesse, Javier y Contreras, Lautaro (eds.) (2019): *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- Couso, Jaime (2011): “Art. 18”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 423 ss.
- Couso, Jaime y Duce, Mauricio (2013): *Juzgamiento penal de adolescentes* (Santiago, LOM)
- Dammert, Lucía (2013): *Inseguridad, crimen y política. Desafíos de la democracia en Chile* (Santiago, RIL)
- Delmas-Marty, Mireille (1992): *Dal Codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano [trad. Alessandro Bernardi, orig. francese *Le flou du droit*]
- Donini, Massimo (2019): *Populismo e ragione pubblica* (Modena, Mucchi)
- Duce, Mauricio; González, Felipe; Jiménez, María Angélica; Riego, Cristián; y Vargas, Juan Enrique (1998): *La reforma de la justicia penal* (Santiago, Escuela de Derecho UDP)
- Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2002): *Introducción al nuevo proceso penal* (Santiago, Ediciones UDP)
- Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial jurídica de Chile)
- Duce, Mauricio (2015a): “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013”, *Política criminal*, 10, 19, pp. 159-191
- Duce Julio, M. (2015b): “Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile”, en *Revista De Derecho (Coquimbo)*, 22, 1, pp. 149-208
- Duce, Mauricio (2016): *Proceso penal en contexto* (Santiago, EJS)
- Duce, Mauricio (2017): “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, *Política criminal*, 12, 23, Art. 9, pp. 291-379
- Duce, Mauricio (2019): “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 26, 12
- Ely, John Hart (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Harvard UP)
- Escobar, Javier (2021): “El Tribunal Constitucional reprocha la legitimidad de la respuesta penal chilena a la pandemia: comentario a la sentencia Rol 8950-20 de 5 de enero de 2021”, *Criminal Justice Network*, 21 de enero
- Etcheberry, Alfredo (1987): *El Derecho Penal en la Jurisprudencia* (4 tomos) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

- Fernández, José Ángel (2014): “Tribunal constitucional y derecho penal: un estudio crítico”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 2, pp. 187-238
- Fernández, José Ángel y González, Claudio: “¿Cuál es el modelo político criminal en Chile?”, *Política Criminal*, Vol. 17 N° 33 (Julio 2022), Art. 11, pp. 291-316
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2016): “Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz”, *Juristen Zeitung*, 13, pp. pp. 641-650
- Garland, David (2001): *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford, OUP)
- Garland, David (2022): “What is populism? Public Opinion, Expert Knowledge, and Penal Policy-Formation in Democratic Societies”, en Liebling, Alison. *et al: Crime, Justice, and Social Order* (Oxford, OUP), cap. 11, pp. 249-272
- Giglioli, Daniele (2017): *Crítica de la víctima* (Edición Kindle, Herder) [original italiano de 2014, traducido al castellano por Bernardo Moreno Carrillo]
- Glendon, May Ann (1991): *Rights talk. The Impoverishment of Political Discourse* (New York, Free Press)
- Gould, Jonathan S. (2022): “Puzzles of progressive constitutionalism [Review]”, *Harvard L.R.*, vol 135, pp. 2053-2109
- Granés, Carlos (2022): *Delirio Americano. Una historia cultural y política de América Latina* (Buenos Aires, Taurus)
- Grez, Pablo y Wilenmann, Javier (2019). “Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 26, 14.
- Grossi, Paolo (2007): *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano, Giuffrè, 3a.ed. aumentada)
- Guardini, Romano (2007 a): “Opposizione e opposti polari. Abbozzo d’un sistema della teoria dei tipi”, en ID., *Opera Omnia I. Scritti di metodologia filosofica* (Brescia, Morcelliana), pp. 43-64 ss [original alemán de 1914]
- Guardini, Romano (2007 b): “L’opposizione polare. Tentativi per una filosofia del concreto-vivente”, en ID., *Opera Omnia I. Scritti di metodologia filosofica* (Brescia, Morcelliana), pp. 65-241 [original alemán de 1925]
- Guzmán Brito, Alejandro (1977): *La fijación del Derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso)
- Guzmán Dalbora, José Luis (1994): “Consideraciones críticas sobre el Reglamento Penitenciario chileno”, *Gaceta Jurídica*, N° 168, pp. 12-17
- Guzmán Dalbora, José Luis (1998): “Diagnóstico y perspectivas del binomio judicialización-jurisdiccionalización en el cumplimiento de las penas privativas de libertad”, *Gaceta Jurídica*, N° 212, pp. 83-93



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

Guzmán Dalbora, José Luis (2013a): “Reseña histórica de la codificación penal y procesal penal en Chile”, en Mañalich, Juan Pablo (coord): *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 105-129

Guzmán Dalbora, José Luis (2013b): “Introduzione. Il Codice Penale Cileno nel prisma del tempo”, en Fornasari, Gabriele y Corn, Emanuele (a cura di): *Codice Penale della Repubblica del Cile* (Padova, Cedam), pp. XV-XXXIV

Heidegger, Martin (2017): *Ser y tiempo* (Santiago, Editorial Universitaria, 6ª ed., traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera [original alemán de 1927; 12ª ed. Niemeyer, 1972])

Hernández, Héctor (2007): “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, *Revista Penal*, N° 20, pp. 101-120

Hernández, Héctor (2011): “Art. 1°”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 7 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 10 N° 8 y art. 71”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 239 ss.; pp. 621 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 10 N° 9”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 243 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 10 N° 11”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 266 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 10 N° 12”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 276 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 10 N° 13”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 280 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Arts. 14, 15, 16 y 17”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 365 ss.

Hernández, Héctor (2011): “Art. 31”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 481 ss.

Hernández, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Cárdenas, C. y Ferdman, J.



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

(coords.): *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 149-188.

Hernández, Héctor (2021): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas por violaciones a los Derechos Humanos. Los límites de un cruce”, en Galain, Pablo y Saad-Diniz, Eduardo (eds): *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 111-142

Herrera, Hugo (2011): *Más allá del cientificismo* (Santiago, Ediciones UDP)

Herrera, Hugo (2021): *Pensadores peligrosos. La comprensión según Francisco Antonio Encina, Alberto Edwards y Mario Góngora* (Santiago, Ediciones UDP)

Hirschl, Ran (2004): *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Harvard University Press)

Hogg, Russell (2013): “Punishment and ‘the People’: Rescuing populism from its critics”, en Ball, M. et al (eds.): *Crime, justice and social democracy: International perspectives [Critical Criminological Perspectives]* (Palgrave Macmillan, United Kingdom), pp. 105-119

Hogg, Russell (2022): “Rethinking populism and its threats and possibilities”, *Archiwum Kryminologii*, 44 (1), pp. 15-38

Horvitz, María Inés (2018): “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política criminal*, Vol. 13, Nº 26, Art. 7, pp. 904-951

Horvitz, María Inés y López, Julián (2002/2004): *Derecho procesal penal chileno. Vol. 1 y 2* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

Iñesta, Emilia (2003): “El Código Penal chileno de 1874”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19, pp. 293-328

Irrazábal, Paz (2015): “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”, *Política criminal*, 10, 19, pp. 234-265

Kelsen, Hans (1929 [2015]): “On the nature and development of constitutional adjudication” en Vinx, Lars (ed.) (2015): *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press), pp. 22-75 [traducción por L. Vinx de “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en Hans R. Klecatsky, Rene ´ Marcic, and Herbert Schambeck (eds.) (2010), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (Viena, Verlag Österreich), vol. II, pp. 1485-1531]

Kelsen, Hans (1931 [2015]): “Who ought to be the guardian of the constitution?” en Vinx, Lars (ed.) (2015): *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press), pp. 174-221 [traducción por L. Vinx de “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, en Hans R. Klecatsky, Rene ´ Marcic,





[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

and Herbert Schambeck (eds.) (2010), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* (Viena, Verlag Österreich), vol. II, pp. 1533-1573]

Kelsen, Hans (2006): *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (Buenos Aires, Katz) [original publicado en inglés en 2004, Frankfurt, traducido al castellano por Isolda Rodríguez Villegas]

Kuhlen, Lothar (2021 [2000]): “La autocomprensión de la ciencia jurídica-penal frente a los desafíos de su tiempo”, en Id. (ed. Ortiz de Urbina, Íñigo y Montiel, Juan Pablo), *Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del derecho penal* (Madrid, Marcial Pons), pp. 107-122 [original alemán de 2000, con traducción al castellano en 2004 por Pastora García Álvarez]

Langer Maximo (2004): “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, N° 1, pp. 1-64.

Londoño, Fernando, Mois, Martín, Praetorius, Daniel, Ramírez, José Manuel (Maturana, Cristián, coordinador) (2003): *Reforma Procesal Penal, Orígenes, Historia Sistematizada y Concordancias* (4 tomos) (Santiago, Ed. Jurídica de Chile)

Londoño, Fernando (2020a): “Artículo de reseña: Criminal Law in the Age of the Administrative State”, en *Latin American Legal Studies*, Volumen 6, pp. 63-74. Versión en inglés como: “Review Essay: Criminal Law in the Age of the Administrative State,” *LALS*, Volume 6, pp. 253-264

Londoño, Fernando (2020b): “El efecto-cenicienta: la magia de una política de persecución penal contra ley expresa”, *Criminal Justice Network*, septiembre de 2020

Londoño, Fernando (2021): “Entre academicismo y rebeldía: el momento político en la dogmática penal chilena”, en Couso, J., Hernández, H., Londoño, F. (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 3-32

Lorca, Rocío (2022): “Impunity thick and thin: The International Criminal Court in the search for equality”, *Leiden Journal of International Law*, 35, 2, pp. 421-431

Loughlin, Martin (2000): *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing)

Loughlin, Martin (2010): *Foundations of Public Law* (Oxford, OUP)

Loughlin, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Cambridge-Ma./London-England, Harvard University Press)

MacIntyre, Alasdair (2007): *After Virtue. A study in moral theory* (Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 3a ed. [1a edición de 1981])

Maldonado, Francisco (2021): “Vicios de constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal y Jurisprudencia constitucional”, en Londoño, Fernando; Maldonado, Francisco y Mañalich,



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

Juan Pablo: *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 269-315.

Mañalich, Juan Pablo (2005): “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?”, *Revista Derecho y Humanidades*, 11, pp. 245-258

Mañalich, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros* (Madrid, Marcial Pons)

Mañalich, Juan Pablo (2018): “El principialismo político-criminal como fetiche”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 29, pp. 59-71

Mañalich, Juan Pablo (s/f): “El diseño constitucional de la legalidad penal”, contribución preparada para el Seminario Göttingen 2022 y discutido en el Seminario internacional sobre legalidad penal, Instituto de Ciencias Penales, 22-24 de noviembre de 2022. De próxima publicación en el volumen “Derecho penal y constitución”, DER, citado *pro manuscripto* con autorización de su autor

Marmor, Andrei (2016): “Randomized Judicial Review”, en T. Bustamante, B.G. Fernandes (eds): *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, LAPS, 113 (Suiza, Springer Cham), cap. 2, pp. 13-28.

Marshall, Pablo; Rochow, Diego y Moscoso, Carla (2019): “Ciudadanía y los privados de libertad en Chile”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, núm. 37, pp. 7-27

Matthews, Roger (2005): “The myth of punitiveness”, *Theoretical Criminology*, 9 (2), pp. 175-201

Matthews, Roger (2014): “The myth of punitiveness revisited”, en ID: *Realist criminology* (Basingstoke/New York, Palgrave Macmillan) pp. 117-137

Matus, Jean Pierre (2011): *Evolución histórica de la doctrina penal chilena: desde 1874 hasta nuestros días* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot-Legal Publishing)

Matus, Jean Pierre (2021a): “La Generación de la Restauración Democrática (1990- 2020) y las escuelas penales del Siglo XXI en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 16 N° 32, Doc. 1, pp. 959-1041

Matus, Jean Pierre (2021b): “Los aspectos esenciales del Programa Penal de la Constitución en Chile”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Nacional de La Plata), 18, 51, pp. 593-609

Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2019 / 2021): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Tirant Lo Blanch, Valencia)

Mayer, Laura y Vera, Jaime (2022): “Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal: un estudio a partir de los delitos nucleares de la Ley de Tránsito chilena”, *Revista de Derecho PUCP*, 88, pp. 155-180.

Mera, Jorge (1998): *Derechos humanos en el derecho penal chileno* (Santiago, Ed. Jurídica ConoSur)



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

- Mera, Jorge y Couso, Jaime (2003): “Hacia un sistema de control de la ejecución de penas no privativas de libertad”, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 2, N°s 4-5, pp. 115-130
- Mera, Jorge (2011): “Art. 7, 8 y 9”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 140 ss.
- Montiel, Juan Pablo (2017): “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, *InDret*, 1, pp. 1-47.
- Morales, Ana María (2012): “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, *Política Criminal*, 7, 13, pp. 94 - 146.
- Morales, Ana María y Salinero, Sebastián (2020): “Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile”, *Revista chilena de derecho*, 47, 2, pp. 513-541
- Nieto, Adán (2007): “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, N°19, pp. 120-136
- Nieto, Adán (2020): “Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos”, *InDret*, 3, pp. 137-172
- Novoa Monreal, Eduardo (1960): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- Oliver, Guillermo (2012): “Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo”, *Revista de Derechos fundamentales*, 8, pp. 15-44.
- Oliver, Guillermo (2019): “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”, *Revista chilena de derecho*, 46(2), pp. 451-475
- Oliver, Guillermo y Correa, Tomás (2021): “Legitimidad del sistema chileno de justicia penal negociada a la luz de la jurisprudencia internacional de derechos humanos”, *Revista chilena de derecho*, 48(1), pp. 151-180
- Pacheco, Joaquín Francisco (1870): *El Código penal concordado y comentado. Tomo I* (Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 4ª ed.)
- Padoa Schioppa, Antonio (2016): *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea* (Bologna, Il Mulino)
- Pieper, Josef (2017): *El ocio y la vida intelectual* (Madrid, Rialp) [se citan aquí pasajes que en sus versiones originales se hallan en *Was heisst Philosophieren*, 1948 y *Was heisst Akademisch*, 1964]
- Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (dirs.); Matus, Jean Pierre (coord.) (2002): *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile)
- Pratt, John (2002): *Punishment and Civilization* (Londres, Sage Publications)



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

Ramsay, Peter (2016): “A Democratic Theory of Imprisonment”, en Dzur, Albert, Loader, Ian; y Sparks, Richard (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 84-113

Ratzinger, Joseph (2015 [1954]): *Pueblo y casa de Dios en la doctrina de san Agustín sobre la Iglesia* [original alemán München, 1954, *Volk und Haus Gottes in Augustins Lehre von der Kirche*, con traducción al castellano en 2012], aquí citado de Id. (2015): *Obras Completas I* (Madrid, BAC), pp. 3-357

Ratzinger, Joseph (2005a): “Ciò che tiene unito il mondo”, en Ratzinger, Joseph y Habermas, Jürgen: *Etica, religione e Stato liberale* (Brescia, Morcelliana), pp. 41-57 [original alemán de 2004, traducción al italiano por Giulio Colombi y Omar Brino]

Ratzinger, Joseph (2005b): *Introduzione al cristianesimo* (Brescia, Queriniana) [original alemán de 1968 y de 2000, con un nuevo ensayo introductorio]

Ratzinger, Joseph (2005c): *Fede, Verità, Tolleranza. Il cristianesimo e le religioni del mondo* (Siena, Cantagalli) [2da ed., marzo de 2005]

Recchia, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali* (Torino, Giappichelli).

Riego, Cristián (2019): “Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 32, 2, pp. 273-295

Riego, Cristián (2021): “Carabineros en crisis”, en Couso, J., Hernández, H., Londoño, F. (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 639-653

Rivacoba, Manuel de (1991): *Evolución histórica del derecho penal chileno* (Valparaíso, Edeval)

Rivacoba, Manuel de (2002): “Comentario Preliminar al Código Penal”, en Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (dirs.): *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 19 ss.

Rose-Ackerman, Susan (2012): “The Regulatory State”, en Rosenfeld, M. y Sajó, A. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford, OUP), pp. 671 ss.

Rovagnati, Andrea y Vanoni, Luca Pietro (2022): “Separazione dei poteri ed emergenza sanitaria negli Stati Uniti: Osservazioni a margine della decisione della Corte Suprema NFIB v. OSHA”, *Osservatorio Costituzionale*, 3, pp. 157-187

Scheppele, Kim L. (2001): “When the Law Doesn’t Count”, *Univ. of Pennsylvania Law Rev.*, 149, pp. 1361 ss.

Schmitt, Carl (1931 [2015]): “The guardian of the constitution” en Vinx, Lars (ed.) (2015): *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press), pp. 79-124 [traducción por L. Vinx de la



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

primera parte de *Der Hüter der Verfassung* (1996), 4ª ed. (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 12-48, 60-64]

Spaemann, Robert (2004): “La actualidad del derecho natural”, en Spaemann, Robert, *Ensayos Filosóficos* (Madrid, Ediciones Cristiandad), pp. 67-87.

Strauss, Leo (2013): *Derecho natural e historia* (Buenos Aires, Prometeo Libros).

Sánchez-Ostiz, Pablo (2012): *Fundamentos de política criminal* (Madrid, Marcial Pons)

Savigny, F.C. van (2008): “De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho” (Granada, Comares) [traducción al castellano de Adolfo Posada; original alemán de 1814]

Silva Sánchez, Jesús María (1999/2000/2011): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Civitas, 1ª y 2ª ed.; Madrid/Montevidéo, Edisofer, 3ª ed.)

Silva Sánchez, Jesús María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal* (Barcelona, Atelier).

Silva Sánchez, Jesús María (2019): “Los tres ámbitos de la dogmática jurídica-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa”, *Indret*, 4, pp. 1-31

Soto, Miguel (2001): “Derecho y política en el Estado constitucional de derecho: el caso del derecho penal”, en AA.VV. (SELA 2000): *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law* (Buenos Aires, Editores del Puerto), pp. 205-211

Vanoni, Luca Pietro y Vimercati, Benedetta (2020): “Dall’identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo”, *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 31-59

Vargas, Tatiana (dir.) (2015): *Casos destacados de derecho penal. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters)

Vargas, Tatiana (dir.) (2019): *Casos destacados de derecho penal. Parte Especial* (Santiago, Ediciones Der)

Viganò, Francesco (2014): “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Política Criminal*, 9, pp. 428-476

Viganò, Francesco (2018): “Some thoughts about judicial review of criminal legislation”, *Criminal Justice Network*, septiembre

Viganò, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale* (Torino, Giappichelli)

Villagra, Carolina y Droppelmann, Catalina (2017): “The Law, Practice and Experience of ‘Conditional Freedom’ in Chile: No Man’s Land”, en Armstrong, R., y Domescu, I. (editores):



[www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu)

- Parole and Beyond. International Experiences of Life After Prison* (Londres, Palgrave Macmillan), pp. 191-218
- Villey, Michel (2019): *El derecho y los derechos del hombre* (Madrid, Marcial Pons) [orig. francese, 1983]
- Vinx, Lars (2015): “Introduction”, en Id (ed.): *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press), pp. 1-21
- Voegelin, Eric (2006 [1952]): *La nueva ciencia de la política. Una introducción* (Buenos Aires, Katz) [original publicado en inglés en 1952, Chicago, traducido al castellano por Joaquín Ibarburu]
- Waldron, Jeremy (2006): “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346-1406
- Weezel, Alex van (2011): *La Garantía de Tipicidad en las Jurisprudencial del Tribunal Constitucional* (Santiago, Abeledo Perrot - Thomson Reuters)
- Weezel, Alex van (2020): “Tiempos difíciles para el principio de legalidad en materia penal”, en Acevedo, Nicolás; Collado, Rafael; y Mañalich, Juan Pablo: *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 51 ss.
- Weezel, Alex van (s/f): “Decisiones de criminalización y ciencia del derecho penal”, en Carnevali, Raúl (ed.): *Libro en homenaje al Profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Hacia un Derecho penal liberal* (Valencia, Tirant Lo Blanch), a publicarse como 2022, pero aún en prensa al cierre de este trabajo y, por tanto, citado aquí *pro manuscripto* con autorización de su autor
- Wilenmann, Javier (2017): “Control institucional de decisiones legislativas políticocriminales”, *Estudios Constitucionales*, 15 (2), pp. 389-446
- Wilenmann, Javier (2019): “Framing Meaning through criminalization: a test for the theory of criminalization”, *New Criminal Law Review*, 22, 1, pp. 3-33
- Wilenmann, Javier; Medina, Francisco; Olivares, Esteban; del Fierro, Nicolás (2019): “La determinación de la pena en la práctica judicial Chilena”, *Política criminal*, 14(27), 456-490
- Wilenmann, Javier y Gambardella, Maite (s/f): “A Developmental Model of Sentencing Evolution: The Emergence of the Politics of Probation in Chile”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, de publicación en 2023, citado *pro manuscripto* con autorización de uno de los autores.
- Zagmutt, Valentina (2019): *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas. ¿Alguna vinculación con la condena de inocentes?* (Santiago, EJS)