



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**DOCTRINA PENAL CHILENA DEL SIGLO XXI: ESTUDIO DE LA
ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA. ESPECIAL
REFERENCIA A LA TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA EN LA OBRA DEL
PROFESOR RAÚL CARNEVALI.**

Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales

Sofía Toledo Mardones

PROFESOR GUÍA: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago de Chile.

2021

“Llegará un momento en que creas que todo ha terminado. Ese será el principio”

Epicuro.

DEDICATORIA

A mis padres, por siempre mantener la confianza en mí, y por ser mi principal objeto de inspiración y ejemplo, tanto en lo profesional como en lo personal, mostrándome siempre el camino de la rectitud, el esfuerzo, la disciplina y la vocación.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al profesor Jean Pierre Matus por su guía para esta memoria, por su disposición constante y por el tremendo aprendizaje que pude obtener de él durante este proceso y los años de pregrado.

Agradezco también al profesor Raúl Carnevali, por su colaboración y buena disposición para que esta memoria pudiera ser posible, así como también a los profesores Francisco Maldonado y Osvaldo Artaza, que de la misma forma contribuyeron a este trabajo.

Agradezco igualmente al grupo de memoristas junto con el cual realizamos el estudio de la Doctrina Penal Chilena del Siglo XXI, por el grato ambiente y el buen trabajo en equipo que se generó.

Agradezco por sobre todo a mi familia, a mi madre, padre y a mi Caro, por su apoyo incondicional para esta memoria y por ser ejemplos de la profesional que aspiro a ser. A mis cuatro maravillosos hermanos pequeños que tantas enseñanzas han traído a mi vida. A mi abuela Cristina, por estar tan presente y por enseñarme que siempre se puede mejorar y seguir aprendiendo. A mi abuelo Luis, por permitirme sentirlo siempre cerca, a pesar de no estar físicamente presente.

Agradezco por último a mis amigas y amigos, y a todos quienes han hecho que el proceso de licenciatura sea más ameno, permitiéndome contar con ellos para todo ámbito de la vida.

ABREVIATURAS

art./arts.	Artículo/artículos. Si no tienen otra indicación, corresponden al CP, salvo cuando aparezcan referidos a una ley especial o reglamento que se esté explicando.
CADH	Convención Americana de derechos Humanos
CA	Corte de Apelaciones
CB	Código de Bustamante (Código de Derecho Internacional Privado)
CC	Código Civil
CGR	Contraloría General de la República
CIDH	Corte Interamericana de derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DCGR	Dictamen Contraloría General de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
DUDH	Declaración Universal de derechos Humanos
DYJP	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal

EA	Estatuto Administrativo
GJ	Gaceta Jurídica
o. o.	otra opinión, en sentido contrario
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos
R.	Revista (de)
RChD	Revista Chilena de Derecho
RChDCP	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales
RCP	Revista de Ciencias Penales
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Si no se especifica, la cita corresponde a la Segunda Parte, Sección 4. ^a
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RLJ	<i>Matus, J.P. (Dir.), Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. CP y Leyes Complementarias, Santiago, 3.^a Ed., 2016</i>
RPC	Revista Política Criminal
SCA/ SSCS, etc.	Sentencia de Corte de Apelaciones / Sentencias Corte Suprema, etc.
StGB	Código Penal alemán
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
USSC	Corte Suprema de los Estados Unidos de América
v.	Ver, véase

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	11
CAPÍTULO I: LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA	
TALCA	13
1.1 Antecedentes.....	13
1.2 Profesor Francisco Maldonado Fuentes	17
(a) Reseña biográfica-académica	17
(b) Líneas de investigación	18
(c) Escuela de pensamiento a la que adscribe.....	20
(d) Proyectos de Investigación del programa FONDECYT	21
(e) Publicaciones	22
1.3 Profesor Raúl Carnevali Rodríguez	29
(a) Reseña biográfica-académica	29
(b) Líneas de investigación	30
(c) Escuela de pensamiento a la que adscribe.....	31
(d) Proyectos de investigación del programa FONDECYT	32
(e) Publicaciones	33
1.4 Osvaldo Andrés Artaza Varela	43

(a)	Reseña biográfica-académica	43
(b)	Líneas de investigación	43
(c)	Escuela de pensamiento a la que adscribe.....	44
(d)	Proyectos de investigación del Programa Fondecyt	45
(e)	Publicaciones	46
1.5	Otros profesores.....	49
1.5.1	Sebastián Galleguillos	49
1.5.2	Gloria Mancilla	53
	CAPÍTULO II: TRABAJOS PUBLICADOS POR EL PROFESOR RAUL CARNEVALI. ANÁLISIS DESCRIPTIVO.....	57
1	Desarrollo Dogmático del profesor carnevali	58
2	Desarrollo dogmático en la parte general del estudio del Derecho penaL	59
2.1	Teoría del Delito. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez	59
2.1.1	Protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales	59
2.1.2	Problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva.....	63
2.2	La ciencia penal italiana. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez	71
2.3	Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Transnacional. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez	78
2.3.1	Derecho penal de la globalización	78

2.3.2	Integración penal internacional.....	92
2.4	Política Criminal. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez	98
2.4.1	Principio de racionalidad en la política criminal	98
2.4.2	La víctima.....	104
2.4.3	Amnistía y violación de derechos humanos. Aportes de Raúl Carnevali 113	
2.4.4	Tratamiento penitenciario y medidas de seguridad.....	119
CÁPITULO III: POLÍTICA CRIMINAL EN LA OBRA DE RAÚL CARNEVALI		137
1.	Concepto, funciones y orientaciones de la Política Criminal.....	137
2.	Propuestas de orden político criminal en la obra de Raúl Carnevali a la parte especial del derecho penal	142
3.	Conclusiones y consideraciones personales	158
CONCLUSIONES.....		164
BIBLIOGRAFÍA.....		168

RESUMEN

Este trabajo propone la realización de una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que logre reunir y sistematizar los aportes que han hecho a la dogmática penal chilena en el presente siglo los académicos de las Facultad de Derecho de la Universidad de Talca y, en particular, el profesor Raúl Carnevali. De este modo, se intenta identificar una posible “Escuela Penal de la Universidad de Talca”.

Para lograr los objetivos buscados por esta investigación se hará una recopilación, primero, cuantitativa de las publicaciones realizadas por los profesores que componen la entidad educacional que abarca este estudio desde el año 2000 en adelante. Así, se pretende advertir desde un punto de vista objetivo el impacto del trabajo de estos académicos en el estudio del derecho penal nacional. Posteriormente, se efectuará un trabajo cualitativo que logre ilustrar el aporte de la escuela de derecho penal de la Universidad de Talca a la doctrina penal chilena, específicamente a través de la obra del profesor Raúl Carnevali.

INTRODUCCION

Dentro del proyecto general de investigación “Doctrina penal chilena del siglo XXI”, el presente trabajo busca sistematizar los aportes dogmáticos en materia penal, realizados por los académicos de las escuelas de derecho de las regiones del sur de Chile durante las últimas dos décadas, con la pretensión de encontrar la o las instituciones que conforman “escuelas de derecho penal”, en el sentido de:

Grupos de trabajo bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia.¹

En cuanto a la parte cuantitativa, se presentará a la escuela de derecho penal de la Universidad de Talca, individualizando a sus respectivos miembros y detallando los antecedentes académicos de cada uno y sus correspondientes publicaciones. Para tal estudio se realizarán revisiones cruzadas de las revistas de derecho existentes en Chile y entrevistas estándar a cada académico. Además, se evaluará la productividad de los investigadores de cada escuela en base a los criterios de evaluación curricular para el concurso regular 2020 de FONDECYT, los cuales constituyen una medida estándar y objetiva para atribuir un puntaje a cada autor que dé cuenta de su mérito investigativo.

En atención a dicha valoración, en la segunda parte de la memoria, correspondiente a un análisis cualitativo, se determinará en primera instancia, si la facultad de derecho de la Universidad de Talca conforma una “escuela de derecho penal”. En este sentido, cabrá destacar la obra de uno de sus emblemáticos investigadores, el profesor Raúl Carnevali. La alta productividad de dicho autor provoca la necesidad de continuar con un examen descriptivo de sus publicaciones y proyectos de investigación con el objeto de sistematizar

¹ Definición de “escuela de derecho” formulada exclusivamente para efectos del proyecto general de investigación “Doctrina penal chilena del siglo XXI”.

su posición doctrinal y el aporte e influencia que ha ejercido en el estudio del derecho penal en Chile.

De este modo, se podrán establecer, en primer lugar, el o los ámbitos del derecho penal que han tenido un mayor desarrollo doctrinal en la Universidad de Talca, y que han constituido –y constituirán– un aporte en la dogmática y jurisprudencia penal a nivel nacional durante el siglo XXI.

CAPÍTULO I: LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA

1.1 Antecedentes

La Universidad de Talca es una institución pública y regional sin fines de lucro creada el año 1981 tras el esfuerzo de diversos actores por formar una casa de estudios en la región, posterior a la fusión de las antiguas sedes de la Universidad de Chile y la Universidad Técnica del Estado. Hoy en día, se ha transformado en uno de los principales referentes nacionales de la educación superior pública.

La casa central de la institución está situada en la capital de la región del Maule, en la zona centro sur de Chile.

Las actividades académicas de la Universidad son desarrolladas en sus cinco campus: tres de ellos en la región del Maule (Talca, Curicó y Linares), otros dos en las ciudades de Santa Cruz (Región de Libertad Bernardo O'Higgins) y en Santiago (Región Metropolitana).

En cuanto al aseguramiento de calidad de la Universidad, ésta cumple con los estándares exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para la educación superior y actualmente se encuentra acreditada por 6 años (2019-2025). La siguiente tabla resume la historia de acreditación de la institución.



Fuente: página web de la Universidad de Talca: <https://www.otalca.cl/>

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, fue creada el año 1992, constituyéndose como la primera en otorgar una licenciatura en el área humanista de la Universidad y la primera escuela de derecho entre Santiago y Concepción. La facultad recién constituida consideró las carreras de Derecho y Administración Pública.

El profesor D. Fernando Guzmán Zañártu asumió como primer Decano de la Facultad, y permaneció en el cargo hasta el año 1994.

Entre los años 1996 y 2003, ejerce el decanato el profesor Dr. D. Humberto Nogueira Alcalá, período durante el cual se estructura la Facultad, a través de la creación de los Departamentos de Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Económico y Social, se acelera perfeccionamiento del cuerpo académico de planta y se fortalece la investigación como factor distintivo de la Facultad en el contexto nacional. (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2020).

En abril de 2003 asume como Decano, el Profesor Dr. D. Andrés Bernasconi Ramírez, quien permaneció en el cargo hasta abril de 2005. Durante su gestión la carrera de Derecho obtiene su primer período de acreditación otorgado por la CNAP.

En el mismo período se crean en el Campus Santiago de la Universidad de Talca, dos Centros de Estudios dependientes de la Facultad: El Centro de Estudios de Derecho Penal y el Centro de Estudios Constitucionales. En ellos la Facultad sustenta su visibilidad actual en la capital del país, siendo propósito fundamental de estos centros ofrecer programas de postgrado (magíster), seminarios y congresos (extensión), dar asesoría a instituciones públicas, así como el postular y ejecutar proyectos de investigación que permitan generar publicaciones de calidad.

Respecto a esto último, dados los relevantes aportes al derecho penal chileno destaca el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (CEDEP), cuya misión se orienta al desarrollo de actividades de extensión del conocimiento dirigidas a la comunidad, lo que implica proyectos de investigación, actividades de discusión y debate; y

de formación de profesionales extensivas a todas las áreas que comprenden las ciencias penales. Asimismo, procura aportar en el desarrollo de políticas públicas que tiendan a mejorar las condiciones del sistema penal, a través de su actuación colectiva o en base a la intervención de sus miembros”. Además, edita la revista electrónica “Política Criminal” y cuenta con una biblioteca especializada de alto nivel y de libre acceso al público. (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2020).

El trabajo del centro se ha reflejado en la organización y desarrollo de múltiples jornadas de discusión, proyectos de investigación, asesorías al sector público y en cursos de diplomado y magísteres abiertos a toda la comunidad nacional e internacional. Destacan, entre ellas, el magíster en derecho penal impartido en conjunto con la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, y el desarrollo de una evaluación sobre el funcionamiento del sistema procesal penal ecuatoriano, realizada en el año 2011 y 2012 para el gobierno del Ecuador; el seminario permanente de discusión de *papers* destinado a académicos; la coorganización del Congreso Nacional sobre Violencia y Delincuencia; y la adjudicación, como cuerpo colectivo, de Proyectos Fondecyt regular.

Para cumplir con su misión, el CEDEP cuenta con un equipo de investigadores y consultores que participan en proyectos de investigación acreditados (FONDECYT y DPI), que intervienen y organizan equipos para el desarrollo de estudios concursables y ofertas de formación de post grado magíster en derecho penal y diplomados en derecho penal económico; actualización en derecho penal, entre otros. (Centro de Estudios de Derecho Penal., 2020)

A partir del 25 de abril del 2017 y hasta la fecha, asume como decano don Raúl Carnevali Rodríguez tras haber sido elegido por profesores de la Facultad y ser ratificado por la Junta Directiva de la Universidad. El profesor Raúl Carnevali es un destacado académico en el área del Derecho Penal y se ha desempeñado en la Facultad como Director del Departamento Penal, Procesal y del Trabajo, Director del Centro de Estudio de Derecho Penal, Director del Magíster de Derecho Penal, Director de la Revista de Política Criminal de la Universidad de Talca.

La carrera de Derecho de esta casa de estudios cuenta con tres importantes revistas de investigación, a saber:

- Estudios constitucionales
- Ius et praxis
- Política criminal

Cabe destacar que no existe un departamento dedicado exclusivamente al derecho penal, sino que esta área se encuentra incluida dentro del Departamento Penal, Procesal y del Trabajo.

Los investigadores que colaboran a través del CEDEP son Luciano Rojas, Gloria Mancilla, Sebastián Galleguillos, Raúl Carnevali Rodríguez, Francisco Maldonado y Osvaldo Artaza. Los últimos tres además conforman el cuerpo docente dedicado a la enseñanza del derecho penal y han producido durante el último siglo importantes aportes a la doctrina penal chilena.

A continuación, se realizará el estudio cuantitativo y cualitativo de sus contribuciones a la dogmática penal durante el presente siglo.

Toda la información ha sido extraída de fuentes confiables y se han realizado todos los esfuerzos por obtener la mayor cantidad de referencias de calidad posibles, los tres han aportado a este trabajo con su opinión y datos a través de una entrevista realizada con tales fines y se encuentran correctamente informados del objetivo y análisis de esta investigación.

Para los efectos de este trabajo, en la sección correspondiente a las publicaciones de cada uno de los profesores sólo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen repeticiones de otros artículos del mismo autor. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, recensiones, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad, y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

1.2 Profesor Francisco Maldonado Fuentes

(a) Reseña biográfica-académica

Francisco Maldonado Fuentes, es abogado y estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile entre los años 1990 y 1994.

Su memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho llevó por nombre: “*Finalidad, Funciones y Determinación de la Pena*” y fue dirigida por el Prof. Enrique Cury Urzúa, profesor del cual fue estudiante durante el ciclo de derecho penal y del que también fue ayudante en dicha cátedra entre los años 1995 y 1997.

Su ceremonia de juramento y recepción del título de abogado fue efectuada con fecha 29 de septiembre de 1997.

Entre 2006 y 2009 estudió su grado doctoral en derecho en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Su DEA (Suficiencia investigadora) fue defendida en mayo de 2006, con el Estudio “*Discursos de emergencia y necesidad de la intervención penal. Reflexiones en torno al modelo de legislación penal que en la actualidad se propone en base a argumentos de excepcionalidad*” y fue dirigida por los profesores María del Mar Díaz Pita y Francisco Muñoz Conde, donde obtuvo calificación *sobresaliente*. Su tesis doctoral fue denominada, “*Peligrosidad y culpabilidad en Derecho penal (A propósito del tratamiento penal del imputable peligroso)*” y dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde, sostenida en marzo de 2009 y calificada como “*sobresaliente cum laude por unanimidad*”.

El profesor Maldonado, cuenta que eligió este tema de investigación por la relevancia en el debate presente en ese momento, ya que, en diversos países se había revitalizado la discusión sobre qué hacer con las personas reincidentes que volvían a cometer delitos graves a pesar de haber recibido un tratamiento punitivo, casos en los que se comienza a considerar insuficiente la pena, lo que trae aparejado la reproducción de iniciativas propias del S.XX junto a la lógica de que las medidas de seguridad se legitiman en términos consecuencialistas

de proporcionalidad en función de un fin mayor. La medida de seguridad tendría un fin, y el problema se encontraría en como compatibilizarlo con la responsabilidad propia de la persona, produciéndose una discusión teórica en cuanto a la fundamentación.

Por otra parte, era un tema que le interesaba al director, Muñoz Conde, quien había trabajado en temas afines en los años 70's, recibiendo ideas relacionadas con la funcionalización de la idea de culpabilidad, la cual no estaría sólo dentro del sujeto sino también estaría determinada por un consenso social.

El profesor indica que su decisión de dedicarse al área penal del derecho tuvo que ver en primer lugar con que era un ramo que le gustaba debido a la forma pedagógica en que el profesor Cury transmitía la enseñanza de la rama, sobre todo en lo relacionado con la teoría del delito la cual le pareció más cercana a efectos y fines, en comparación con el resto de las ramas de la carrera, a su parecer más frías y lejanas por la estructuración y método dogmático basadas más en la forma que en la razón. Por ello, derecho penal fue un curso en que le fue bien académicamente, dándosele la posibilidad de trabajar en ello y ejercer la docencia en el área, encontrando lo que esperaba de su vida como abogado en el derecho penal.

(b) Líneas de investigación

En cuanto a la investigación como área de trabajo, cuenta que le gustó mucho hacer la memoria de pregrado, ya que indica, don Enrique era muy clásico, debido a su formación en una escuela en que lo interesante es la sistematicidad de la teoría del delito y la pugna causalismo-finalismo, por lo que las exigencias que este le impuso lo llevaron a descubrir el mundo de la investigación como área de trabajo más autónomo.

Opina que su capacidad de redacción era deficiente. Sin embargo, su gran atracción por identificar problemas dogmáticos en el derecho penal y el ejercicio de encontrar soluciones para resolverlos lo satisfacían intelectualmente, encontrándole sentido a la investigación y, por ende, con la práctica y el tiempo fue mejorando dicha habilidad.

A su parecer, la Universidad Católica no influenció para nada los temas que desarrolla actualmente, pero no por el estigma que dice suele tener dicha facultad de un enfoque más privado del derecho, sino por el contexto histórico en que le tocó estudiar marcado por la censura en la Universidad de Chile durante los años 70's producto del golpe militar y el consecuente exilio que sufrieron varios académicos, conllevó a la simplificación de los temas objeto de discusión y a un casi nulo tratamiento a nivel de debate sobre garantías constitucionales, lo que terminó por generar en la facultad de Derecho de la Universidad Católica un gran interés por el derecho público, abriéndose un espacio para discusiones importantes a nivel nacional. De esa época fue Jaime Guzmán, Eduardo Soto Kloss, Carlos Peña, entre otros y, por tanto, opina, no había un sesgo institucional que pudiera haberlo influido en su formación, como considera hay ahora.

En consecuencia, los abogados dedicados al área penal también se vieron autocensurados, salvo indica, casos notables como Alfredo Etcheberry. Por lo tanto, a su parecer, los penalistas que se formaron en la época en dicha casa de estudios, se generaban por motivos distintos al lugar donde se formaban, como Enrique Cury, Luis Ortiz, Sergio Yáñez o Juan Domingo Acosta.

Concluye que la institución en la que estudió poco sirvió para lo que hizo después, lo que se debe principalmente a la época en la que le tocó estudiar.

Respecto a la línea investigativa que considera su principal aporte a la doctrina penal chilena, indica que en su opinión el criterio para determinar que obras han sido un aporte a nivel nacional, debe ser, aquellos que han sido de relevancia para orientar criterios jurisprudenciales, en ese sentido señala que sus trabajos relacionados con la interpretación de los delitos sexuales han sido fundamentales.

Así también lo han sido a su juicio, los trabajos vinculados con de determinación de sanciones en lo concerniente a la responsabilidad penal adolescente (RPA), pues el tratamiento que tiene actualmente la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema en el tratamiento de la reinserción en RPA, tiene mucho que ver con sus investigaciones.

Actualmente se ha encontrado trabajando en investigaciones respecto a los concursos de delitos, que espera en un futuro tengan efecto en la jurisprudencia.

En último lugar señala que fue un gran aporte su trabajo en la propuesta de sistema del anteproyecto del CP de 2013, en que trabajó en la elaboración del primer borrador, donde coincidió y llegó a acuerdo con los demás penalistas que trabajaron en la materia, incluso relata, con personas lejanas a la teoría de la pena, como el Profesor Bascuñán o Héctor Hernández, trabajo que se terminó cristalizando en 2018.

(c) Escuela de pensamiento a la que adscribe

Respecto a su pensamiento dogmático, se complica al responder si adscribe o no a alguna escuela de pensamiento, a su parecer siempre hay escuelas de moda, por ejemplo, lo que dice ocurre con el desarrollo de las teorías desde Alemania, o la escuela de Silva en los años 2000.

Reflexiona que antiguamente en los 60s había escuelas súper marcadas, sin embargo, hoy sería más difuso y tiene que ver más con los temas a los que cada penalista se dedica.

En su opinión, la teoría analítica ha hecho grandes aportes, pero la superación de la discusión constitucional ha generado una separación de la corriente de pensamiento. También considera importante las limitaciones propuestas por Roxin. Cree que se ha formado en una época en donde he recibido conocimientos de varias escuelas, pero no está marcado por una corriente en particular.

Agrega por último que, distintos serían los casos de aquellos penalistas que han tenido formación con una escuela de pensamiento fuerte en su dirección (ej., Jakobs, con alumnos como Van Weezel y Piña), salvo, específica, la escuela analítica normativa.

(d) Proyectos de Investigación del programa FONDECYT

Tabla 1: Proyectos de investigación FONDECYT. Francisco Maldonado.

Título del proyecto	Inicio	Fin	Investigador principal/ Coinvestigadores	Institución/ Unidad académica principal
<i>“Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales”</i>	2017	2020	Investigador Responsable	Universidad de Talca
<i>“Corrupción y actividad empresarial: Análisis conceptual para una nueva sistematización”</i>	2015	2018	Co-investigador	Universidad de Talca
<i>“Tratamiento penal de la reiteración delictiva: sistematización y criterios relevantes de considerar”</i>	2012	2015	Investigador Responsable	Universidad de Talca

(e) Publicaciones

Tabla 2: Publicaciones del Profesor Francisco Maldonado.

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt ²
2003	“Delitos contra la Libertad Sexual. Tratamiento de la Nueva Regulación de Delitos Sexuales”	Editado por Universidad Católica de Temuco. Temuco, Chile.	En: AA.VV, Problemas actuales de derecho penal.	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas.		0,1
2004	“El proceso de reforma legislativo en Chile”, Comentario al proyecto de responsabilidad penal juvenil en base al texto aprobado por la Cámara de Diputados de Chile.	Editorial Temis. Bogotá, Colombia.	En García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “ <i>Infancia Ley y Democracia en América Latina</i> ”. 3° edición actualizada. 271- 298	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	En colaboración con Miguel Cillero B.	0,3
2004	“La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado”.	Revista Justicia y Derechos del Niño, Unicef.	N° 6, 103-160.	Artículo de Revista		0,1
2005	“La reforma del derecho procesal y penal juvenil”	Edición conjunta; CEJ de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Heidelberg Center para América Latina.	En VV. AA “ <i>Estado de Derecho y Reformas a la Justicia</i> ”. 132-140	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,1

² Puntaje basado en los criterios de evaluación curricular del concurso regular 2020 de ciencias jurídicas y políticas, que se encuentra en el sitio web [<https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>]

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt ²
2006	“Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados <delitos de peligro> en el moderno derecho penal”.	Revista de estudios de la justicia.	Nº 7, 23-63.	Artículo de Revista		0,1
2008	“Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal”	Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.	En “ <i>Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la Memoria del Profesor Tito Solari Peralta.</i> ”. 41-96	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3
2011	“¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”	Revista Política criminal	Vol. 6, Nº12, 387-447.	Artículo de revista		0,75
2011	“Del Suicidio”	Edit., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.	En Matus Acuña, Jean Pierre (edit.): “ <i>Beccaria 250 años después.</i> ”. Capítulo 32, 383-400	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3
2011	“Fundamentación y determinación de la pena en el Derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B.N.M. por delito de Robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región”	Ius Et Praxis.	Nº 2, 505-536	Artículo de Revista		0,75
2011	“Determinación de la pena y concurso de delitos en la ley 20.084”	Estudios de Derecho Penal Juvenil Nº2 Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública.	Nº 2, 168-238	Artículo de Revista		0,1

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt ²
2013	"Codificación y demandas sociales en Derecho Penal"	Edit. Thomson Reuters.	En Del Picó (Ed), <i>"La codificación y la recepción legislativa de las demandas sociales. Apreciación crítica de su evolución en los últimos treinta años"</i> . 163-179	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3
2013	"Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes"	Estudios de Derecho Penal Juvenil.	Nº 4, 169-212.	Artículo de Revista		0,1
2013	"Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del registro de huella genética de condenados"	Revista de Estudios de la Justicia (REJ).	Nº 19,175-191	Artículo de Revista		0,1
2013	"El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad"	Ius et Praxis	Vol. 19, Nº 2, 385-418.	Artículo de Revista	Raúl Carnevali.	0,75
2013	"Consideraciones generales sobre las relaciones entre salud mental y derecho penal de adolescentes en Chile"	Revista de Derecho (Universidad de Chile)	Nº 3, 195-220	Artículo de revista		0,1
2013	"Prevalencia de Patologías de salud mental en la población adolescente privada de libertad: experiencias nacionales y comparadas"	Ius Et Praxis	Vol.19, Nº 1, 329-361.	Artículo de Revista		0,75
2013	"Reflexiones en torno a la calificación de idoneidad de la sanción penal de adolescentes conforme al modelo regulado en la ley 20.084".	Edit. Thomson Reuters,	En Van Weezel (Coord.): <i>"Humanizar y renovar el Derecho Penal. Libro Homenaje al Prof.</i>	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt ²
			<i>Enrique Cury Urzúa</i> ", 391-428.			
2014	"Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o habitual"	Revista de Estudios de la Justicia (REJ)	Vol. N° 21, 93-107.	Artículo de Revista		0,1
2014	"Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad"	Revista Ius et Praxis	Vol. 20, N° 2, 209 -234.	Artículo de Revista		0,75
2014	"Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes".	Revista de Derecho. (Escuela de Postgrado. Universidad de Chile)	N° 5, 17 -54.	Artículo de Revista		0,1
2014	"Consideraciones sobre la producción de resultados de riesgo general o de una multiplicidad de resultados lesivos a partir de la ejecución de una sola conducta delictiva en el derecho chileno. A propósito del desempeño en el tráfico rodado"	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal. Edición especial, Edit. Thomson Reuters.	77 a 100.	Artículo de Revista		0,1
2015	"Delito continuado y concurso de delitos"	Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia.	Vol. 28, N° 2, 193-226.	Artículo de Revista		0,75

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt ²
2015	“Efectos del cumplimiento de la condena precedente en el acceso al régimen de penas sustitutivas previstas en la ley 18.216. consideraciones sobre el estatuto aplicable a la reiteración delictiva, al margen de la agravante de reincidencia”	Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte.	Vol. 22, N° 2, 243-277.	Artículo de Revista		0,3
2016	“Reincidencia y Concurso de Delitos. Reiteración delictiva”	Edit. BdeF (Coord.). Montevideo, Uruguay.		Libro.		0,75
2016	“Problemática de las penas y efectos accesorios civiles asociados al delito y a la condena penal”	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal.	Vol. 6, N° 27, 23-54	Artículo de Revista		0,1
2016	"Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el derecho chileno"	Editorial Thomson Reuters.	En Libro Homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry titulado " <i>El Derecho Penal como teoría y como práctica</i> ". 549-607.	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3
2017	“Penas y consecuencias accesorias en Derecho Penal”	Revista Ius et Praxis,	Vol. 23, N° 1, 305-366.	Artículo de Revista		0,75
2018	“Clásicos de la Literatura Penal en Chile. La revista de Ciencias Penales en el Siglo XX. 1935-1995”	Tirant lo Blanch. Valencia, España.		Libro		1.00
2018	“Delitos cometidos en torno al desarrollo de los procesos electorales:	Revista Ius Et Praxis.	Vol. 24, N° 3, 693-762.	Artículo de Revista		0,75

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt²
	consideraciones sobre sus fundamentos y sistematización”,					
2018	“Justicia restaurativa y Derecho Penal de adolescentes en el marco del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social juvenil”	Edit. Thomson Reuters.	En Vásquez p. (Dir.): “Mecanismos Alternativos de resolución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y opuesta de soluciones”. 771-795.	Capítulos de libros y colaboraciones colectivas		0,3
2018	“Amenazas y coacciones en el Derecho penal chileno”	Revista Política criminal.	Vol. 10, N° 1, 1-41.	Artículo de Revista		0,75
2019	“Adulto mayor y cárcel. ¿Cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”	Revista Política criminal.	Vol. 14, N° 27, 1 - 46.	Artículo de Revista		0,75

Tabla 3: Puntuación Francisco Maldonado.

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT³		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020⁴	
Total	11,95.	Total	6,55.
Promedio	0,37.	Promedio	0,46.

³ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N°2

⁴ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 a 2019, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

1.3 Profesor Raúl Carnevali Rodríguez

(a) Reseña biográfica-académica

Raúl Carnevali es abogado penalista y decano actual de la Facultad de Derecho de La Universidad de Talca. Comenzó sus estudios de pregrado el año 1981 en la Universidad de Chile, sede Valparaíso, posteriormente se trasladó a la Universidad Gabriela Mistral el año 1983, de la que egresó en 1986.

Fue ayudante del profesor Carlos Künsemüller entre los años 1987 a 1993, a quien considera su maestro pues trabajó junto a él como su procurador. Su profesor de Derecho Penal en pre grado fue Sergio Yáñez, sin embargo, no considera que él haya tenido influencia de consideración en su formación.

Su memoria de pregrado se tituló: “Análisis de algunos de los problemas centrales que plantea la regulación legal del tráfico ilícito de estupefacientes (Ley N° 18.403)”, y fue dirigida por el profesor Carlos Künsemüller.

En cuanto a su motivación para dedicarse al área penal indica que le gustaba la rama pues se vinculaba con otras áreas externas al derecho como la sociología, la filosofía, el conocimiento del comportamiento humano, la criminología, etc., lo que le parecía interesante, en comparación con las otras áreas de derecho que son meramente formales.

Posterior a su egreso, hizo la practica en la corporación de asistencia judicial, donde tramitó en materia penal según la normativa antigua lo que aumentó su motivación, pues el ejercicio del derecho penal en el que se involucró bastante, participando y estudiando por sobre lo exigido, señala, lo cautivó.

Luego de su trabajo como procurador en la oficina de Carlos Künsemüller, pasó a independizarse y a formar su propia oficina donde se dedicó a la parte penal.

Realizó su doctorado en la Universidad de Navarra, su profesor guía fue Jesús María Silva Sánchez y su tesis doctoral se denominó "Estrategia comunitaria europea y la formación de un Derecho sancionador. Sus efectos sobre los ordenamientos penales nacionales", explica que eligió ese tema por el contexto de la época, vale decir, el año 1995, en que era de gran utilidad para América Latina por lo interesante de la conformación del MERCOSUR, de modo que, el cómo se desarrolla la unión europea, era un importante ejemplo para nuestro continente. Además, esto le permitía estudiar diversos ámbitos, como los distintos sistemas de derecho (anglosajón y continental) y cómo estos, podían conciliarse para que el derecho penal sea armónico al desarrollo de la unión europea.

El profesor Carnevali, no considera que la institución de pregrado haya tenido alguna influencia en su trabajo actual, sino que, lo que cree fue determinante y fundamental en su formación fue su relación con el profesor Künsemüller, con el cual trabajó en casos importantes y le transmitió una forma de vida y de trabajar que le fue inspirador, siendo un gran referente e indica que lo respeta y le tiene mucho cariño.

Por otra parte, ya en el post grado, destaca la figura de Sánchez, pues es el catedrático más importante de habla hispana y poder trabajar con él, señala fue sumamente satisfactorio e inspirador.

(b) Líneas de investigación

En relación con su interés por el área investigativa específicamente, cuenta que cuando egresó siempre quiso hacer un doctorado, lo que para la época (fines de los años 90's) no estaba dentro de los temas de interés del común de los estudiantes, sin embargo, él siempre supo que le gustaba la investigación. Reconoce que un gran modelo y referente para su formación fue el profesor Künsemüller, por lo que deseaba emular sus pasos, realizando un doctorado y atrayéndole la docencia, pues, además, indica que el área de litigación si bien le gustaba, no lo llenaba completamente y por tanto se decidió por el área investigativa, y para ello el doctorado fue el paso inicial.

El profesor considera que sus principales aportes a la doctrina penal chilena serían sus estudios de política criminal y en ese contexto, lo que más le interesa son los problemas de la globalización del derecho penal, como la corrupción, el multiculturalismo, asociaciones criminales, entre otros.

Señala que actualmente se encuentra trabajando en lo que le gustaría fuera un aporte en el futuro, investigaciones con respecto a métodos alternativos de resolución de conflictos penales distintos a la justicia retributiva, equivalentes jurisdiccionales a la pena de justicia restaurativa que cada vez ha tenido mayor acogida, relacionando aspectos penales con procesales penales.

(c) Escuela de pensamiento a la que adscribe

El profesor no manifiesta especial adscripción a una escuela de pensamiento, sino más bien, destaca importantes profesores referentes en su formación como son el profesor Künsemüller y el profesor Silva Sánchez, por tanto, se encontraría cercano a la escuela de pensamiento de éste último.

Señala también que se siente próximo al pensamiento de Roxin, ya que fue su primera escuela formativa y es una de las de mayor relevancia según su opinión, por la forma de enfocar el derecho penal, de responder a los diversos problemas y de otorgar soluciones razonables a los desafíos que presenta el área.

(d) Proyectos de investigación del programa FONDECYT

Tabla 4: Proyectos de investigación FONDECYT. Raúl Carnevali.

Título del proyecto	Inicio	Fin	Investigador principal/ Coinvestigadores	Institución/ Unidad académica principal
Jurisdicción extraterritorial y Derecho penal internacional"	2001	2002	Co-investigador	Universidad de los Andes
"La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daños y perjuicios"	2002	2003	Co-investigador	Universidad de los Andes
"Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho penal"	2006	2008	Investigador Responsable	Universidad de Talca
"El Principio de complementariedad: un cambio de paradigma en la justicia internacional"	2008	2010	Co-investigador	Universidad de Talca
"La criminalidad organizada: examen desde una perspectiva jurídica y política. Determinación de su injusto penal"	2013	2014	Investigador Responsable	Universidad de Talca
"Corrupción y actividad empresarial. Análisis conceptual para una nueva sistematización"	2015	2017	Investigador Responsable	Universidad de Talca
" Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales"	2016	2019	Co-investigador	Universidad de Talca

(e) Publicaciones

Tabla 5: Publicaciones del Profesor Raúl Carnevali.

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
1991	"El arrepentimiento eficaz y su importancia jurídico-penal"	Temas de Derecho (Universidad Gabriela Mistral).	Vol. 6, N° 2.		Artículo de Revista	0,1
1994	"La circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior"	Temas de Derecho (Universidad Gabriela Mistral).	Vol. 9, N° 2.		Artículo de Revista	0,1
1996	"La Unión Europea y el Derecho penal"	<i>Revista del Abogado</i> (Colegio de Abogados de Chile)	N° 6		Artículo de Revista	0,1
1997	"Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales".	Actualidad Penal	N° 31, 1-49		Artículo de Revista	0,1
1998	"Armonización de la normativa europea: algunos problemas jurídico-penales",	<i>La Justicia Uruguaya</i> ⁶	Vol. 118, 87-94		Artículo de Revista	0,1

⁵ Puntaje basado en los criterios de evaluación curricular del concurso regular 2020 de ciencias jurídicas y políticas, que se encuentra en el sitio web [<https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>]

⁶ También publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 26 N° 2, 1999, págs. 337-348.

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt⁵
1999	"Relación entre el Derecho comunitario europeo y los Derechos nacionales de los Estados miembros"	<i>La Justicia Uruguaya</i>	Vol. 119, 65-74		Artículo de Revista	0,1
1999	"Problemas jurídico-penales que plantea el proceso de integración política de Europa"	<i>Prudentia Iuris</i>	Nº 49.		Artículo de Revista	0,1
2000	"Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales"	<i>Revista Chilena de Derecho.</i>	Vol. 27, Nº 1, 135-153.		Artículo de Revista	0,75
2000	"¿Es adecuada la actual política criminal estatal?"	<i>Gaceta Jurídica.</i>	Nº 242, 7-12.		Artículo de Revista	0,1
2001	"Mercosur: ¿se debe profundizar la integración?"	<i>La Semana Jurídica.</i>	Nº 10		Artículo de Revista	0,1
2001	"Cárceles privadas: ¿es sólo un negocio?"	<i>La Semana Jurídica</i>	Nº 37		Artículo de Revista	0,1
2001	"La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica"	- <i>Gaceta Jurídica</i>	Nº 252, 20-25.		Artículo de Revista	0,1
2001	Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea	Editorial Comares, España.			Libro	1.00

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt⁵
2002	“Hacia un Tribunal penal internacional”	<i>La Semana Jurídica.</i>	N° 64		Artículo de Revista	0,1
2002	“El delito de omisión. En particular la comisión por omisión”	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	N° 9, 69-80.		Artículo de Revista	0,3
2003	“Después de Irak, ¿qué?”	<i>La Semana Jurídica</i>	N° 116		Artículo de Revista	0,1
2003	“Hacia la conformación del Tribunal Penal Internacional. Evolución histórica y desafíos futuros”	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	N° 10, 27- 49.		Artículo de Revista	0,3
2004	“¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”	<i>La Semana Jurídica</i>	N° 192		Artículo de Revista	0,1
2004	Elabora biografías de Bernardino Alimena y Francesco Antolisei	Editorial Marcial Pons, Madrid.	En: Domingo, Rafael (ed.), <i>Juristas universales</i>		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,4
2005	Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal”	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	N° 26, 27- 39.		Artículo de Revista	0,1
2006	"Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la	Política Criminal	Vol. 1, N° 1, 1-17		Artículo de Revista	0,75

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
	pequeña delincuencia patrimonial"					
2007	"La tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales"	Revista de Derecho penal contemporáneo.	Nº 20, 61-86		Artículo de Revista	0,1
2007	"Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)"	Política Criminal	Vol. 2, Nº 3, 1-138.		Artículo de Revista	0,75
2007	"El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno"	Política Criminal	Vol. 2, Nº 3		Artículo de Revista	0,75
2007	"La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis Nº 3 del Código Penal."	Política Criminal	Vol. 2, Nº 4,1-24	Prof. Dra. Eva Källman	Artículo de Revista	0,75
2008	"La ciencia penal italiana y su influencia en Chile"	Legal Publishing	<i>En Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho penal. IV Jornadas nacionales de Derecho penal y ciencias penales, Valdivia, 2007.</i>		Artículo de Revista	0,1

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
2008	“Derecho penal y globalización”.	Ediciones universitarias. Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte.	En: Arenas, Eduardo (Comp.), <i>Foro universitario. Cinco años de reflexiones en el cincuentenario de nuestra Universidad</i> . Serie de monografías N° 2		Artículo de Revista	0,1
2008	“Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000”	Política Criminal	Vol. 3, N° 6		Artículo de Revista	0,75
2008	“Derecho penal como <i>ultima ratio</i> . Hacia una política criminal racional”	Ius et Praxis	Vol. 14, N° 1, 13-48.		Artículo de Revista	0,75
2008	“Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena”.	Cuadernos de extensión jurídica. (Universidad de los Andes), Santiago.	En; VV. AA, Vargas, Tatiana (Ed.). <i>La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal</i> . N° 15		Capítulos de Libros y colaboraciones Colectivas	0,1
2009	“El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional”	Ius et Praxis.	Vol. 15, N° 1, 397-415.		Artículo de Revista	0,75

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt⁵
2010	“Los principios de primacía y complementariedad. Una necesaria conciliación entre las competencias de los órganos penales nacionales y los internacionales”	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile).	Vol. 23, N° 1, 181-200.		Artículo de Revista	0,75
2010	“La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”	Ius et Praxis.	Vol. 16, N° 2, 273-330.		Artículo de Revista	0,75
2010	“El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”	- <i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 35, 109-145.		Artículo de Revista	0,3
2010	“Algunas Cuestiones sobre el Derecho penal de la globalización en el planteamiento del profesor Jesús-María Silva Sánchez”.	Ad Hoc, Barcelona.	En: Robles Planas <i>La crisis del Derecho Penal contemporáneo.</i> R./Sánchez-Ostiz P. /ed. 165-176.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas.	0,1
2011	“El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”	Ius et Praxis	Vol. 17 N° 2, 77-118.	Prof. Ignacio Castillo Val.	Artículo de Revista	0,75
2011	“Caso del medio ambiente europeo”	La Ley, España.	En: Sánchez-Ostiz, Pablo (Coord.), <i>Casos de hicieron doctrina en Derecho penal.</i> 841-854.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas.	0,1
2012	“Ley chilena de tolerancia cero al alcohol: fortalezas, falencias y carencias que no deben ser obviadas”.	Revista Médica de Chile.	N° 140, 939-945.	Leonardo González W./Jennipher	Artículo de Revista	0,1

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
				Johnson y Guido Ruiz		
2012	“Miedo y Venganza”: Comentario a la película “M el vampiro de Düsseldorf” y “La difusa línea del derecho”: Comentario a la película “El Padrino”.	Editorial Cuarto Propio, Santiago.	En Moira Nakousi/Daniel Soto (Ed.), <i>Cine y criminalidad organizada</i>		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas.	0,1
2013	“La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile”.	Rivista Diritto penale contemporáneo.	Nº4,1-16.		Artículo de Revista	0,1
2013	“Las organizaciones criminales. Algunas cuestiones a considerar para su configuración”.	Doctrina y jurisprudencia penal. (Universidad de los Andes). Legal Publishing.	Vol. 4, Nº 14, 1-23.		Artículo de Revista	0,1
2014	“La víctima en el derecho penal internacional”.	Política Criminal.	En VVAA. <i>La víctima en el sistema de justicia penal</i> Vol. 9, Nº 18.		Artículo de Revista	0,75
2014	“Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de <i>lege ferenda</i> ”	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte.)	Vol. 21, Nº 2, 61-101.		Artículo de Revista	0,3
2014	“El tráfico ilícito de personas. Un examen a su tratamiento en Chile”	Ediciones Universidad Santo Tomás, Santiago.	En Rodríguez Letelier, Aníbal (ed.), <i>Algunas visiones del Derecho penal hoy.</i>		Capítulos de Libros y Colaboraciones Colectivas	0,1

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
2014	“Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales en el Código penal chileno”,	Murillo Editores, Guayaquil.	En Zambrano Pasquel, Alfonso (coord.), <i>Libro Homenaje al Doctor Doctor h.c. D. Jorge Zavala Baquerizo</i>		Capítulos de Libros y Colaboraciones Colectivas	0,1
2015	“El terrorismo de Estado como violación a los Derechos Humanos. En especial la intervención de los agentes estatales”.	Estudios Constitucionales	Vol. 13, N° 2, 203-236.		Artículo de Revista	0,1
2015	“Caso Amnistía a los agentes de la DINA”	Thomson Reuters.	En Vargas Pinto, Tatiana (Dir.), <i>Casos destacados Derecho Penal. Parte general.</i>		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas	0,3
2016	“Consideraciones médico-legales sobre causal de violación contenida en el proyecto de Ley de Aborto actualmente en trámite”. Trabajo premiado en el 22° Congreso anual de la Asociación Mundial de Derecho Médico (WALM), Los Ángeles, USA.	Revista Médica de Chile	N° 144, 772-780.	Leonardo González W./Leonardo Moreno	Artículo de Revista	0,1
2016	"La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal”.	Ius et Praxis	Vol. 22, N° 2,53-90.	Oswaldo Artaza.	Artículo de Revista	0,75

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ⁵
2016	Sobre el terrorismo. Un examen particular a la intervención del Estado y al terrorismo individual”	Thomson Reuters, Santiago.	En Cárdenas Aravena, Claudia/Ferdman Niedmann, Jorge (coord.), <i>El Derecho penal como teoría y práctica. Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy.</i>		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas.	0,3
2016	“Una mirada a la justicia restaurativa desde el Derecho penal”.	Ed. Jurídica de Santiago, Santiago.	En Vásquez, M. Fernanda (Dir.)/Carnevali, Raúl y Palomo Diego (Coord.), “ <i>Mecanismos alternativos de solución de conflictos.</i> ”		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas.	0,1
2016	“Fraude y responsabilidad penal. Película <i>Arbitrage</i> ”.	RIL editores, Santiago.	En Nakousi, Moira/Soto, Daniel (Ed.), <i>Gobierno Corporativo y ética en los negocios</i>		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas.	0,3
2017	“La fórmula de Radbruch y su expresión en sentencias de la Corte interamericana de los Derechos Humanos”.	Ed. BdeF, Montevideo, Buenos Aires.	En Carnevali, Raúl (Coord.). <i>Derecho, sanción y justicia penal</i>		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas.	0,3
2017	“Comentario a los informes nacionales sobre el caso “Manos Blancas”	Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.	En Couso, Jaime/Werle, Gerhard, <i>Intervención delictiva en contextos organizados.</i>		Capítulos de libros y Colaboraciones Colectivas.	0,4
2018	“¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad”	Opinión Jurídica.	Vol. 17, N° 34, 21-43.	Oswaldo Artaza.	Artículo de Revista	0,1

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt⁵
2018	“Un examen a la justicia penal transicional. Especial atención a la amnistía”	Ed. Librotecnia, Santiago.	En Rivero Renée/Marín González, Juan Carlos (Dir.)/Ferrada, Francisco (Coord.), <i>Reformas necesarias a la justicia chilena.</i>		Capítulos de Libros y Colaboraciones Colectivas.	0,1
2019	“Asociación ilícita-ex colonia Dignidad”.	Der ediciones, Santiago.	En Vargas Pinto, Tatiana (Dir.), <i>Casos destacados Derecho Penal. Parte Especial</i>		Capítulos de Libros y Colaboraciones Colectivas.	0,1

Tabla 6: Puntuación Raúl Carnevali.

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT⁷		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020⁸	
Total	15,15	Total	3,8
Promedio	0,3	Promedio	0,25

⁷ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º5, sin contar, en este caso, las publicaciones previas al año 2000.

⁸ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 a 2019, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

1.4 Osvaldo Andrés Artaza Varela

(a) Reseña biográfica-académica

Osvaldo Artaza es abogado de la Universidad de Chile, de la cual egresó el año 2003.

Su memoria tesis de pregrado versó sobre afectación a la libertad de conciencia y expresión dentro de establecimientos penitenciarios en Chile, y fue dirigida por el profesor Jorge Ferdman.

Reconoce que la facultad en la que estudió influenció en gran medida los temas que desarrolla actualmente, debido al gran impacto que tuvieron sus profesores de derecho penal, Miguel Soto y Antonio Bascañán.

En cuanto a su motivación para dedicarse al área penal, explica que en primer lugar tuvo que ver con la institución en la que se formó, en segundo lugar, a la influencia de Héctor Hernández en el programa de magister que cursó y por último a su paso por la Defensoría Penal Pública, donde además pudo constatar que la investigación le gustaba más que el área práctica del litigio.

El profesor Artaza, cursó el Magister de Derecho penal y procesal penal de la Universidad Alberto Hurtado a cargo de Héctor Hernández. Posteriormente, realizó un doctorado en la Universidad de Barcelona, donde sus directores fueron la profesora Mirentxu Corcoy y el profesor José Ignacio Gallego Soler.

(b) Líneas de investigación

En cuanto a su principal aporte a la doctrina penal chilena, se ha dedicado principalmente al estudio de la parte especial en el derecho penal económico, lo que le ha permitido publicar en problemas poco abordados, como el delito de colusión o el de corrupción entre particulares. También indica que ha realizado un aporte en lo que respecta a los criterios atributivos de responsabilidad penal a personas jurídicas.

(c) Escuela de pensamiento a la que adscribe

Artaza indica que adscribiría a la escuela de Santiago Mir en Barcelona, principalmente por su formación en ese lugar y por el vínculo que presenta la misma con la práctica y la realidad.

(d) Proyectos de investigación del Programa Fondecyt

Tabla 7: Proyectos de Investigación FONDECYT. Osvaldo Artaza.

Título del proyecto	Inicio	Fin	Investigador principal/ Coinvestigadores	Institución/ Unidad académica principal
Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales.	2017	2020	Co-investigador	Universidad de Talca.
Corrupción y actividad empresarial. Análisis conceptual para una nueva sistematización.	2015	2018	Co-investigador.	Universidad de Talca.
Desafíos para la protección penal de la competencia en Chile. Criterios legitimadores y propuesta regulativa.	2015	2017	Investigador responsable	Universidad de Talca.

(e) Publicaciones

Tabla 8: Publicaciones del Profesor Osvaldo Artaza.

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt
2006	De las libertades en el régimen penitenciario	Editorial Jurídica Congreso, Santiago, Chile, 277 pág.			Libro	0,1
2011	Capítulo 2. Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal.	Ed. B de F, Montevideo, Buenos Aires.	En libro: Responsabilidad de Empresa y programas de cumplimiento (Mir Puig S), 231-272.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,3
2011	Artículos 513-521; 529-543.	Tirant Lo Blanch, Valencia.	En libro: Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010 (Corcoy M). 1066-1085		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,4
2013	La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites	ed. Marcial Pons, España.			Libro	1.0
2015	Caso Conspiración con agente encubierto	ed. Thompson Reuters, Santiago.	En libro: Casos destacados en Derecho Penal (Vargas T), cap. 4, pág. 203-222		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,4
2016	La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el derecho penal	Ius et Praxis	Vol. 22, N° 2,53-90.	Raúl Carnevali.	Artículo de Revista	0,75

2016	La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho.	Política Criminal.	Vol. 11, N° 21, 207-339.		Artículo de Revista	0.75
2016	Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas.	Política Criminal.	Vol. 11, N° 22, 794-809.		Artículo de Revista	0.75
2017	La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación.	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile.)	Vol. 30,N° 2, 339-366.		Artículo de Revista	0,75
2018	El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo.	Ius et Praxis	Vol.24, N° 2, 549-592.		Artículo de Revista	0,75
2018	El deber de gestión del riesgo de corrupción en la empresa emanado de la Ley 20.393. Especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación del riesgo.	Derecho (PUCP)	N° 81, 227-262.		Artículo de Revista	0,3
2019	Corrupción entre particulares: Lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado.	Revista de derecho (Universidad católica del norte)	Vol. 26, N° 6		Artículo de Revista	0,3
2019	La revista de la alcaldesa. Sobre el tipo subjetivo del delito de cohecho.	ed. Ediciones DER	En libro: Casos destacados. Derecho penal. Parte especial (Vargas Pinto T), cap.3, 159-180.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,1

2019	Planificación estratégica e identificación de riesgos.	ed. Ediciones DER	En libro: Compliance penal: Sistemas de prevención de la corrupción (Artaza O), cap. 4, 89-114		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,1
2019	Propuesta relativa a los criterios de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas en Chile.	ed. Ediciones DER	En libro: Compliance penal: Sistemas de prevención de la corrupción, cap. 2, 35-61.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,1

Tabla 9: Puntuación Osvaldo Artaza.

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT⁹		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020¹⁰	
Total	6,85	Total	3,55
Promedio	0,40	Promedio	0,39

⁹ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N°8.

¹⁰ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT.

1.5 Otros profesores

Los siguientes profesores corresponden a aquellos que han contribuido a la labor investigativa de la dogmática penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca a través del CEDEP, pero que, sin embargo, no poseen un número relevante de publicaciones durante este siglo, debido a su corta trayectoria en el ámbito de la investigación.

Son los siguientes¹¹:

1.5.1 Sebastián Galleguillos

(a) Reseña biográfica-académica

Sebastián Galleguillos es abogado de la Universidad de Chile.

Al día de hoy, es estudiante en “*M.A in International Crime & Justice, John Jay College of Criminal Justice (CUNY)*” en la ciudad de New York, USA.

Cuenta con un diplomado en Métodos Cualitativos para la Investigación Social de la Universidad Diego Portales y un diplomado en Teoría y Crítica de Cine, de la Pontificia Universidad Católica.

Actualmente es abogado investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

¹¹ El profesor Luciano Rojas, a pesar de formar parte del equipo del CEDEP, no se considerará para estos efectos pues, aún no cuenta con publicaciones propias ni participaciones en proyectos de investigación.

(b) Proyectos de investigación del programa FONDECYT

Tabla 10: Proyectos de investigación FONDECYT. Sebastián Galleguillos.

Título del proyecto	Inicio	Fin	Investigador principal/ Coinvestigadores	Institución/ Unidad académica principal
“Evaluación de las penas sustitutivas y el camino hacia una política criminal moderna de alternativas a la cárcel”	2016	2018	Co- Investigador.	Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca
“Corrupción y actividad empresarial. Análisis conceptual para una nueva sistematización”	2014	2016	Co- Investigador.	Universidad de Talca

(c) Publicaciones

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt
2018	El deber de gestión de riesgo emanado de la ley 20.393 de Chile: especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación de riesgo	Derecho PUCP	N° 81, 227-262		Artículo de Revista.	0,3
2018	“Indicios e imputación en el control de identidad”	Revista de Ciencias Penales	N° 45, 421-432		Artículo de Revista	0,1
2019	Déficits en la medición del miedo al delito en Chile	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte	N° 26		Artículo de Revista	0,3
2019	Corrupción en el mundo empresarial. Una aproximación teórica y criminológica al caso chileno”	Ius Et Praxis	Vol. 25, N° 3, 333-406	Salinero, S., Alarcón R	Artículo de Revista	0,75
2019	“Corrupción empresarial: teorías, factores y medidas para su prevención”	Ediciones Der. Santiago, Chile	En Artaza, O. (Edit.), Compliance Penal: sistemas de 3 prevención de la corrupción, 63-88.		Capítulos de libros y colaboraciones colectivas	0,1

Tabla 11: Puntuación Sebastián Galleguillos.

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT¹²		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020¹³	
Total	1,55	Total	1,55
Promedio	0,3	Promedio	0,3

¹² Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N°11.

¹³ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT.

1.5.2 Gloria Mancilla

(a) Reseña biográfica-académica.

Gloria Mancilla es abogada de la Universidad Alberto Hurtado.

Al día de hoy es estudiante de Magister en Prevención, seguridad urbana y política criminal de la Universidad Alberto Hurtado.

Fue becada en el programa de investigación en la Universidad Carlos III de Madrid, para realizar una estancia de investigación sobre la legislación de los alimentos transgénicos en Chile, su diferencia con la legislación comparada y posibles vulneraciones a garantías fundamentales.

Actualmente es abogada investigadora del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

(b) Proyectos de investigación del programa FONDECYT

Tabla 12: Proyectos de investigación FONDECYT Gloria Mancilla

Título del proyecto	Inicio	Fin	Investigador principal/ Coinvestigadores	Institución/ Unidad académica principal
“Concurso de delitos como concurrencia de leyes penales”	2017	2020	Co- Investigadora.	Universidad de Talca.

(c) Publicaciones

Tabla 13: Publicaciones Gloria Mancilla

Año	Título	Editorial/revista/Libro	Ubicación	Coautoría	Tipo de publicación	Puntaje Fondecyt ¹⁴
2018	El control de las medidas intrusivas en el proceso penal chileno	Editorial Ius Civile (Estudio Exploratorio)			Artículo de Revista	0,1
2018	Terrorismo, Crimen Organizado y algunos problemas de las personas jurídicas que intervienen	Doctrina y Jurisprudencia Penal. Thomson Reuters	N° 33	Rodrigo Vergara	Artículo de Revista.	0,3
2020	El derecho a no inculparse y su vinculación con los actos posteriores copenados. Comentarios sobre algunos casos de la jurisprudencia chilena	Revista de estudios de la justicia (REJ).			Artículo de Revista.	0,1

¹⁴ Puntaje basado en los criterios de evaluación curricular del concurso regular 2020 de ciencias jurídicas y políticas, que se encuentra en el sitio web [<https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>]

Tabla 14: Puntuación Gloria Mancilla.

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT¹⁵		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020¹⁶	
Total	0,5	Total	0,5
Promedio	0,16	Promedio	0,16

¹⁵ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N°14.

¹⁶ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT.

CAPÍTULO II: TRABAJOS PUBLICADOS POR EL PROFESOR RAUL CARNEVALI. ANÁLISIS DESCRIPTIVO

En el primer capítulo de este trabajo se realizó un análisis cuantitativo sobre la “Escuela de derecho penal de la Universidad de Talca”. De esta forma, se describió al grupo de docentes que se dedican a la investigación del derecho penal de la facultad indicando los puntajes Fondecyt de sus respectivas publicaciones en el área. Así, la suma de los puntajes totales Fondecyt, entre los mismos de la institución otorga un promedio de 0,34 a partir de 105 obras.

En virtud de lo anterior, es posible destacar el aporte del profesor y decano de la facultad Raúl Carnevali, quien obtiene 15,15 puntos a partir de 50 obras, razón por la cual, este capítulo estará dedicado al análisis de su obra, describiendo los trabajos publicados con relación a la parte general del derecho penal.

A continuación, se realizará una descripción objetiva de los trabajos que corresponden a la parte general del derecho penal realizados por el profesor Carnevali desde el año 2000 al 2019.¹⁷

Los trabajos se presentarán en orden de la estructura presentada por el “Manual de Derecho Penal. Parte General” de los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez.

18

¹⁷ Las publicaciones que pertenecen a la parte especial serán desarrolladas en el capítulo tres en relación a los planteamientos del Prof. Carnevali sobre política criminal.

¹⁸ Citar manual matus

1 DESARROLLO DOGMÁTICO DEL PROFESOR CARNEVALI

Las publicaciones del Prof. Carnevali que pertenecen a la parte general y que han podido recopilarse para este trabajo, dan cuenta de sus principales aportes y líneas investigativas, las cuales serán descritas y analizadas en este capítulo desde una perspectiva objetiva. Para realizar esta labor se han organizado las publicaciones en cuatro categorías temáticas.

La primera categoría hace referencia a las publicaciones que abordan la teoría del delito. La segunda categoría tratará sobre sus estudios acerca de la ciencia penal italiana. La tercera categoría describirá la obra escrita por el Prof. respecto al derecho penal y la globalización, tema que ha desarrollado ampliamente. Y la cuarta categoría será sobre política criminal, cabe destacar que el contenido aquí tratado se profundizará detalladamente en el capítulo tres.

2 DESARROLLO DOGMÁTICO EN LA PARTE GENERAL DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

2.1 Teoría del Delito. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez

2.1.1 Protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales

Todo lo dicho en este apartado es un resumen de lo escrito por el autor en la obra “Algunas reflexiones con relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales” (Carnevali, 2000).

El autor pone de manifiesto el problema que se desprende del fenómeno que denomina “expansión del derecho penal”, el que explica, nace como consecuencia de encontrarnos inmersos en una “sociedad de riesgos” que, a su vez, es producida por un aumento de actividades interdependientes que incrementan los riesgos para ciudadanos que, por regla general, no participan en su generación, lo que crea una sensación de inseguridad en ellos. Hace presente, que una característica de la sociedad postindustrial, es la interrelación que manifiesta el orden causal, lo que se traduce en enormes dificultades para determinar dónde y cómo se produjo el resultado dañoso. Este fenómeno conlleva a que las autoridades estatales utilicen como vía de solución a la demanda ciudadana de protección, el derecho penal, lo cual al parecer del profesor Carnevali, es peligroso pues se está pasando de un derecho penal del hecho lesivo individual a un derecho penal que aborda dimensiones sistémicas estructurales, en el que no se aprecia de manera clara un comportamiento individual (delitos de peligro de bienes supraindividuales), advirtiendo que es esencial que el derecho penal no pierda su carácter de ultima ratio.

Carnevali explica que para estimar un bien jurídico de relevancia jurídico penal deben considerarse distintos supuestos según la corriente que se siga:

1. Tesis constitucionalistas: parten de la base que solo a través de la norma fundamental es posible extraer los presupuestos axiológicos que permitan determinar los objetos que deben tutelarse, pues la constitución refleja el conjunto de valores que se ha autoimpuesto la sociedad democráticamente. Carnevali, indica que, si bien este criterio es relevante, es insuficiente, pues la constitución es un marco amplio que, si bien podría servir como límite mínimo, no puede estimarse que solo por el hecho de contemplarse ciertos intereses en ella son merecedores de protección penal, ya que se corre el riesgo de confundir derechos fundamentales con bienes jurídicos protegidos.
2. Tesis sociológico-funcionalistas: fundamentan la protección del bien jurídico en torno al concepto de “dañosidad social” o “perjuicio social”, enfatizando el carácter social que lo dota, siendo este el presupuesto necesario para conservar el orden social. Carnevali piensa que, aunque es correcta la premisa, solo los intereses socialmente relevantes deben tener efectos penales, hay que tener cuidado en no poner el acento solo en la funcionalidad social, pues existe el riesgo de atender solo aquellos valores que interesan a la conservación y desarrollo del cuerpo social por encima del individuo. Por tanto, es preciso enfatizar que, si al derecho le cabe proteger sistemas sociales, solo lo hace por cuanto ello supone la defensa del individuo. En ese sentido, explica que los peligros inherentes expuestos, proteger valores morales, estrategias políticas o incluso albergar posiciones totalitarias se pueden afrontar incluyendo en el concepto de bien jurídico una referencia central al individuo.

En relación con lo anterior precisa criterios básicos para determinar que objetos pueden llegar a convertirse en bienes jurídicos penales, en primer lugar, es que su lesión sea considerada como socialmente dañosa, deben tener una referencia individual, pero en cuanto ser social. En segundo lugar, se debe tener en cuenta aspectos relativos al merecimiento, intereses en que su afectación puede tener repercusiones de fuerte intensidad dentro de la esfera social, además debe considerarse el contexto histórico cultural que tiene el lugar y por otra parte la necesidad de pena, debe apreciarse si ese bien pueda ser protegido, por razones

de utilidad mediante otros medios menos lesivos que el derecho penal o que el instrumento penal puede llevar a consecuencias negativas.

Por otro lado, y, en tercer lugar, la aplicación del principio de fragmentariedad hace necesario que se considere la valoración del grado de lesividad y ofensividad de un hecho al momento de incriminarlo, evitando recurrir al instrumento penal cuando no haya una afectación real a los individuos. Sin embargo, el derecho penal moderno, utiliza cada vez más los delitos de peligro abstracto, perdiéndose toda referencia individual.

En consideración con lo anterior, si falta lesividad u ofensividad, no debería recurrirse al derecho penal, sino otras vías sancionatorias como el derecho administrativo, sin embargo, señala, se presentan problemas en cuanto a los bienes jurídicos colectivos.

El autor pasa entonces a analizar la naturaleza del bien jurídico. Señala que una de las características del derecho penal moderno, es la utilización como instrumento de expansión tanto de los bienes jurídicos colectivos como de los de los delitos de peligro abstracto. Enfatiza las dificultades que se presentan para determinar cuándo un acto individual (carente de grado de lesividad) lesiona o pone en peligro un bien supraindividual y señala que este perjuicio solo puede tener lugar autorizando la intervención penal a través de la repetición de actos aislados, en la medida que esta generalización de actos suponga un serio riesgo de alteración al funcionamiento del sistema. Es bajo estos supuestos como se construyen los delitos de acumulación, como pasa con la mayoría de los delitos económicos.

A su parecer lo anterior es problemático pues lleva a la protección de bienes carentes de sustento social y cultural y que solo reflejan una intención organizativa de los medios y modos de alcanzar los fines estatales, todo lo cual ha hecho que se pase de normas de conducta a normas de organización, infringiendo el principio de culpabilidad ya que el autor no responde por su propio injusto.

Señala que las dificultades presentadas han llevado a algunos autores como Hassemer a proponer que estos problemas se reconduzcan a lo que denomina un "*derecho de*

intervención”, esto es, un sistema de imputación que se ubique entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, en el que el nivel de garantías no alcanza la precisión propia del derecho penal, pero tampoco sus consecuencias jurídicas logran el mismo grado de intensidad, dada la estrecha correlación que debe existir entre la gravedad de las sanciones a imponer y las garantías a exigir. Como consecuencia, si el propósito es, configurar un sistema de imputación en el que se deben tener en cuenta las consecuencias jurídicas, así como su configuración y teleología, nada impide que aquel sistema cuyas sanciones solo sean pecuniarias o privativas de derechos y que generalmente recaen sobre personas jurídicas no goce de la prolijidad que característica al derecho penal criminal.

De forma similar, indica se refiere a la propuesta de Silva Sánchez, un modelo de menor intensidad garantística dentro del derecho penal que contenga sanciones distintas a las privativas de libertad llamado derecho penal económico.

Finalmente analiza la necesidad de profundizar un derecho administrativo sancionador y eliminar la vía de intervención penal, pues lo contrario genera riesgo de disociación entre el régimen jurídico de imputación que se quiere imponer y las necesidades que exige un determinado sistema organizativo. En ese sentido, se hace la siguiente pregunta: ¿Se gana en el plano preventivo empleando sanciones administrativas? Para el autor la pregunta se responde afirmativamente, dirigiendo las sanciones únicamente dentro de la esfera económica con una clara relación entre el castigo que se impone y la pérdida de beneficios económicos ilícitamente obtenidos. Además, dice, debe existir certeza en la aplicación de la sanción para mantener la observancia de la norma, es decir, dotársela de efectividad, para lo cual debe dotarse a las instituciones de instrumentos eficaces para la investigación e imposición de sanciones, a fin de que produzcan un efectivo impacto en los agentes producto de la posibilidad cierta de su aplicación.

Otro argumento que plantea es que la potestad penal y la potestad administrativa sancionadora son expresión de un mismo *ius puniendi*, ambos sistemas tienen una vocación preventiva y se encuentran “formalizados”, lo que los dota de seguridad jurídica y, por otra

parte, el derecho administrativo sancionador considera actualmente algunas garantías del derecho penal. Para Carnevali, tales garantías no deben ser idénticas pues no tienen el mismo grado de severidad y reproche social, y persiguen finalidades diferentes, por lo que hacerlas idénticas puede restar eficacia y “agilidad” del derecho administrativo sancionador. Por tanto, sostiene que tales exigencias debieran matizarse, en la medida que, lo que interesa es lograr un adecuado funcionamiento sectorial y no una conducta jurídica penalmente relevante. Dicho de otra forma, su atención debiera centrarse en conductas que desde una perspectiva global afectan el funcionamiento del sistema y por ello no sería preciso recurrir a sanciones penales. De esta forma, el principio de lesividad y de ofensividad no se verían afectados castigando conductas que de manera abstracta ponen en peligro un bien, ya que, lo que interesa evitar son los comportamientos que, de modo general, afectan modelos de gestión.

2.1.2 Problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva.

Todo lo escrito en este apartado es un resumen de las obras “El delito de omisión. En particular la comisión por omisión” (Carnevali, 2002) y “Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena” (Carnevali, 2008).

El Prof. Raúl Carnevali pretende ilustrar a través de sus publicaciones la problemática y discusión que se ha generado en torno a los problemas de causalidad y de imputación objetiva, primero desde una mirada histórica, luego, desde un punto de vista sustantivo, explicando resumidamente la teoría de la imputación objetiva y su posición respecto a la comisión por omisión y finalmente, desde la perspectiva de los autores chilenos, que a la fecha en la que escribe han dado a conocer sus posiciones al respecto.

Comienza el autor por reflexionar que, si al derecho penal se le exige prevenir la comisión de actos que suponen la puesta en peligro de bienes jurídicos especialmente protegidos, es esencial determinar cuándo se está frente a una conducta que deba subsumirse

dentro del tipo penal, es decir, desde que momento se considera una conducta como típica. Para ello, dice, son insuficientes las teorías causales naturalistas, debiendo recurrirse a la imputación objetiva que supone un juicio de orden valorativo.

Sumado a lo anterior, elementos descriptivo-ontológicos puramente, que son propuestos por las teorías causales, tampoco resuelven el problema de atribución de resultado que presentan los supuestos de comisión por omisión. Para estos casos, indica, es necesario recurrir a criterios normativos para precisar la causalidad, como la posición del sujeto y la inevitabilidad del resultado.

Desde una mirada histórica, parte del análisis de la llamada teoría clásica, para la cual la causalidad como elemento de la teoría del delito se situaba en la acción tal como el resultado, es decir, una vez acreditado que un acto había causado un resultado y que éste se comprendía en un tipo penal, quedaba configurada la tipicidad, pues la tipicidad era sólo una descripción de procesos causales y, por lo tanto, causación era equivalente a comportamiento típico.

Hasta los años veinte fue dominante en la doctrina alemana esta teoría, el concepto causal naturalista comenzó a ser cuestionado y se fue dejando de lado la separación de los elementos descriptivos y normativos, estimándose que todas las categorías del delito, debían examinarse conforme a criterios normativos. En este contexto, la teoría de la equivalencia de las condiciones fue perdiendo vigencia para explicar la causalidad, se cuestionaba que criterios de las ciencias naturales pudieran tener aplicación en una disciplina normativa, el recurso de la supresión mental hipotética fue igualmente cuestionado pues era insuficiente para explicar supuestos como los llamados *cursos causales hipotéticos*¹⁹ o la *causalidad*

¹⁹ Se entienden por tales aquellos supuestos en que un determinado curso causal efectivamente produjo el resultado, pero surge, hipotéticamente, otro curso causal que igualmente hubiera producido el mismo resultado. Por ejemplo: un conductor actuando imprudentemente atropella y mata a un ciclista, al que igualmente hubiera atropellado conduciendo correctamente.

*cumulativa*²⁰. Asimismo, no explicaba los delitos imprudentes, donde la causación de un comportamiento no era suficiente para estimar que se estaba frente a un injusto debiendo revisarse además si la norma de cuidado había sido infringida. Además, no existían criterios restrictivos para precisar cuál de todas las condiciones que eran causa de un resultado eran relevantes para el derecho penal.

Frente a las dificultades que presentaba la teoría de la *conditio sine qua non*, la doctrina alemana comenzó a proponer nuevas teorías que consideraran solo aquellas condiciones necesarias para la producción del evento típico. Así surge la teoría de la causalidad adecuada, que se basaba en las condiciones que según la experiencia eran las más adecuadas para producir el resultado. Una de sus críticas fue que la previsibilidad que suponía para un hombre medio según sus conocimientos concretos suponía incluir en la esfera causal componentes normativos desvirtuándose como teoría causal.

También surge la teoría de la relevancia, planteada por Mezger, la que se considera precedente de la actual teoría de la imputación objetiva pues sostenía que solo podía ser causa la condición que tuviera relevancia jurídico penal. Para lo cual, no solo debía ser adecuada, sino, además, se pudiera comprender dentro del tipo penal.

Tales propuestas indica Carnevali, introducían criterios normativos al recurrirse al tipo penal para determinar condiciones relevantes, pero asimismo explica, una de sus principales críticas es que comprendía dentro del plano de la causalidad cuestiones de orden normativo y, además, contemplaba una paradoja, pues si lo relevante se hallaba en la esfera del tipo, entonces ahí debía ubicarse el problema de la causalidad y no en la acción.

Estas teorías, no fueron acogidas en general por falta de criterios claros para resolver los problemas de causalidad, pero en este contexto de búsqueda de criterios para resolver el problema de atribución de un resultado a un determinado sujeto surge la teoría de la

²⁰ Se refiere a aquellos casos en los que concurren dos o más factores causales, siendo cualquiera de ellos suficientes por sí solos, es decir, eliminado uno de ellos subsiste el resultado.

imputación objetiva, a partir de los estudios de Larenz y Honig en Alemania, a principios del siglo XX, para después recibir un fuerte impulso por Roxin en los años setenta. Destaca que actualmente es la teoría dominante en la doctrina alemana, austriaca y española.

Como consecuencia de discusiones en torno a esta teoría, hoy se afirma ya por la doctrina, que cuando se habla de imputación objetiva se comprende a aquellas actuaciones que crean un riesgo relevante, desde una perspectiva jurídico-penal y que éstas se realizan en el resultado. Aun cuando la imputación objetiva precisa los criterios normativos necesarios, en la esfera de la causalidad se ha estimado válido recurrir a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues los correctivos restrictivos de la imputación objetiva hacen desaparecer las críticas en torno a ella. Entonces, en la esfera de la causalidad material, se seleccionan las condiciones que se consideran causas de un resultado y luego se determina cuáles serán las causas a las que se le atribuirá, conforme a los presupuestos de la imputación objetiva, un resultado.

Respecto a la comisión por omisión, Carnevali plantea que independiente que gran parte de los tipos penales describan procesos de causación, es decir, se construyen sobre la base de un hacer activo, en el lenguaje ordinario los verbos típicos suponen además de describir un proceso causal, atribuir responsabilidad por un determinado resultado. Existe entonces entre comisión activa y comisión por omisión una identidad tanto estructural como material, en cuanto ambos mecanismos permiten realizar un control para la evitación de determinados peligros de relevancia jurídico penal.

En relación con ello, indica que, si bien es esencial para estructurar un supuesto de comisión por omisión que un sujeto se encuentre en posición de garante, tal requisito no es determinante, pues puede suceder que un sujeto esté en tal posición, y, sin embargo, no responda por el resultado lesivo respecto de un determinado bien jurídico, pues su omisión no es equivalente material y normativamente a la producción del resultado por comisión activa. Explica que en la doctrina esto se denomina omisión pura de garante u omisión intermedia. Se trata de omisiones que son más graves que las omisiones puras, como, por

ejemplo, la omisión de socorro, pero no tienen la misma valoración negativa para configurar un supuesto de comisión por omisión, dicho, en otros términos, su desvalor no es el propio de la comisión activa por lo que no puede estimársela idéntica a ésta.

En ese sentido, señala que se requiere que un sujeto haya asumido un compromiso de actuación, de que evitará los riesgos típicos sobre los que puede recaer algún bien jurídico, y este compromiso debe ser doble, positivo, en cuanto hay una asunción frente a la sociedad de que se hará cargo y negativo, en cuanto la misma sociedad no prestará mayores resguardos al haber alguien asumido esa función. Lo anterior genera una interrupción a otros cursos causales y supone que la omisión del garante será equivalente materialmente a como si hubiera causado activamente el evento típico. Entonces, como la perspectiva de análisis es normativa, es perfectamente posible atribuir a un determinado resultado una omisión, pues es idéntico crear activamente un riesgo, que estar frente a ese riesgo, tener el deber y poder de controlarlo y luego no hacer nada al respecto, permitiendo que ese riesgo efectivamente lesione el bien jurídico.

Ahora bien, respecto a la acogida de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina chilena, Carnevali señala que no se observa un propósito de impulsar un debate al respecto, por lo que no hay estudios sobre la materia y cree que esta es la razón por la que la jurisprudencia tampoco se hace cargo del problema de la causalidad y no examina con rigurosidad los presupuestos para atribuir un resultado típico.

A continuación, Carnevali expone la posición asumida en esta materia por autores chilenos.

En primer lugar, señala que Gustavo Labatut expone que la teoría de la equivalencia de las condiciones es la correcta para resolver el problema pues, es la actuación del sujeto la que debe constituirse en la condición del resultado para atribuirse el nexo causal y una vez precisada la adecuación de la actuación a la figura antijurídica será la culpabilidad la que resolverá la cuestión de la responsabilidad. Carnevali piensa, que recurrir a la culpabilidad

como forma de limitar excesos de la teoría de la condición significa una confusión conceptual, en tanto a través de un presupuesto normativo se pretende resolver un plano naturalístico, formándose la paradoja que tendrían que calificarse como típicas y antijurídicas conductas que siendo irrelevantes son condiciones del resultado, como explicación, para Labatut, puede no haber en estos casos, una interrupción del nexo causal pues, la concausalidad supone estar frente a una condición preexistente, concurrente y sobreviviente, que, es ajena a la voluntad del autor pero coadyuva a la producción del resultado.

En cuanto a la causalidad en la omisión, Labatut reconoce que en la omisión impropia debe recurrirse a criterios normativos, pero también señala que también puede resolverse a través de la supresión mental de la acción omitida. Para Carnevali, esta solución es errónea, pues pretende a través de la teoría de la *conditio sine qua non* satisfacer la causalidad que contiene puramente criterios normativos.

Luego, desde la perspectiva de Sergio Politoff, es destacable la teoría de la imputación objetiva por introducir la idea de que la conducta debe ser creadora de un riesgo desaprobado, es decir, comprendido en la norma. Además, tiene como mérito la relevancia que le asigna al resultado, dada la particular atención que algunos autores le otorgan a la acción y que lo atribuye a posturas finalistas extremas que otorgan especial relevancia a la subjetivo.

Respecto a la causalidad en la omisión, explica Politoff que, si la acción no puede ser incorporada mentalmente sin que se desaparezca el resultado, hay causalidad jurídica. Lo que es válido según Carnevali, aun cuando Politoff pretende recurrir a varios criterios valorativos para precisar la imputación del resultado.

En tercer lugar, explica que para Alfredo Etcheberry debe tratarse la imputación objetiva entendiendo que establece criterios restrictivos una vez que se ha dado por establecida la relación de causalidad, hallándose dentro de las teorías jurídicas de causalidad, siendo fundamental la necesidad de creación de un riesgo que sobre pase lo permitido por la ley. Observa Etcheberry, que la dificultad está en que debe valorarse la representación del

agente acerca de la probabilidad de producción del resultado perdiendo la objetividad, por lo que la tesis sería útil para los delitos imprudentes y de peligro, sin explicar por qué, lo que hace dudar a Carnevali de su utilidad.

Etcheberry sostiene la tesis de la previsibilidad objetiva, para él, el sujeto determina, según su experiencia, que ciertos acontecimientos generan otros según sus circunstancias, de acuerdo a la concurrencia de ciertas variables, de modo que, la ciencia jurídica a pesar de no poder establecer vínculos intrínsecos de causalidad, podría establecer vínculos de previsibilidad, por lo que debe determinarse objetivamente si cuando se realiza la acción conforme a la experiencia y la ciencia era previsible que un comportamiento generara un determinado resultado. Causalidad para Etcheberry sería previsibilidad objetiva. Para Carnevali, esta tesis no se diferencia en mayor grado de las teorías de la causa necesaria y no distingue claramente entre los planos naturalísticos y normativos, pues el concepto de previsibilidad es valorativo.

Luego, respecto a Enrique Cury, señala que tal autor sitúa la discusión dentro de la relación de causalidad dentro de la esfera objetiva del tipo. Para él, es válido recurrir a la teoría de la imputación objetiva como un correctivo a las ampliaciones causales que se podrían manifestar. Cury explica la función práctica que cumple la imputación objetiva examinando los criterios de Roxin, a saber: a) disminución del riesgo; b) creación de un riesgo jurídico penal relevante; c) aumento del riesgo permitido; y desde el ámbito subjetivo, d) conforme al fin de protección de la norma, el resultado no es imputable, aunque sea causado, si no es de aquellos que la norma ha querido comprender. Además, destaca la utilidad de la imputación objetiva en los casos en que no es posible resolver cuestiones de causalidad material como en los delitos de omisión impropia.

En quinto lugar, Mario Garrido Montt, al igual que Cury sitúa la relación de causalidad en el tipo objetivo, centrándose en los delitos de lesión, pues son en los que se presenta el problema de precisar a qué acción se le atribuye una realidad material, y

tratándose de delitos de omisión impropia no es posible considerar una causalidad natural, por lo que debe recurrirse a los criterios de imputación objetiva.

Piensa que, para atribuir el resultado, debe previamente constatarse la causalidad natural a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones y luego aplicar criterios normativos de la imputación objetiva como delimitadores de la causalidad natural en los delitos de acción.

Para Jaime Náquira, la moderna concepción de la imputación objetiva tiene como sus principales postulados los siguientes: a) la teoría de la equivalencia de las condiciones como válida para precisar el nexo causal; b) la causalidad es un elemento del tipo penal y constituye un presupuesto de la imputación objetiva respecto de los delitos de acción ; tratándose de la comisión por omisión sólo puede exigirse la c) el establecimientos de criterios normativos para precisar las acciones típicas, como es la creación de un riesgo. Explica que, Roxin incorpora en la esfera de la finalidad objetiva, el que se esté frente a la creación de un riesgo típicamente relevante de lesión a un bien jurídico. Cuestión que debe ser objeto de examen con anterioridad a cualquier valoración desde la perspectiva del tipo subjetivo. En ese sentido, expone tal teoría desde perspectiva de la imputación objetiva de la conducta y la de la imputación objetiva del resultado, lo que implica para Carnevali una revisión del concepto de acción, asumiendo éste un carácter normativo, en que carece de sentido distinguir entre acción y omisión, aplicándose a todos los supuestos la exigencia de la posición de garante. Lo que debe determinarse entonces para Náquira, es si el comportamiento del sujeto ha desarrollado las expectativas sociales que se derivan de su rol social.

Por último, se refiere a la posición adoptada por Juan Bustos, para quien, en el ámbito de la imputación objetiva, lo primero es relacionar los tipos penales con el concepto de bien jurídico, de modo que, si el injusto es una síntesis normativa de una determinada relación social, existirá un disvalor de tal relación cuando hay una afectación del bien jurídico. En ese sentido, el resultado abarca tanto la vulneración como también la puesta en peligro, lo que incluye a los delitos de mera actividad, por lo tanto, al situar el disvalor del resultado en la

esfera de la antijurídica, el problema de la imputación objetiva debe comprenderse también en la esfera de juicio de disvalor normativo. Para este autor, la imputación objetiva, es una cuestión de afectación del bien jurídico, debiendo tratarse una vez precisada la situación típica, y no una cuestión de causalidad. Como consecuencia, pretende introducir criterios restrictivos que precisen comportamientos que efectivamente vulneran el bien jurídico. Para Bustos, las propuestas de Roxin serían un complemento a la causalidad respecto de los delitos de resultado pues reemplazan criterios naturalísticos por consideraciones valorativas para resolver la vinculación entre la acción y el resultado en los delitos de resultado.

2.2 La ciencia penal italiana. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez

El Prof. y doctor Carnevali, ha investigado sobre la influencia que tiene en Chile la ciencia penal italiana, así, ha plasmado en su obra “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile” (Carnevali, 2008) su estudio acerca de la relevancia que tuvieron en nuestro país las discusiones italianas mucho antes de lo que se suele sostener, así como las razones que llevaron a la ciencia penal italiana a perder su hegemonía.

Comienza por reconocer que es indudable que actualmente la formación académica tanto en Chile como en Latinoamérica y España se encuentra dominada por la ciencia penal alemana, pero que este fenómeno comenzó a apreciarse en nuestro país a partir de la década del cincuenta pues hasta entonces los trabajos extranjeros con especial acogida eran los que provenían de Italia debido tanto a las facilidades idiomáticas, como a que estas ideas se expandían también por Europa e incluso en Alemania. El trabajo de Carnevali busca destacar el camino que ha seguido la ciencia penal italiana hasta la actualidad y como se ha acogido en nuestro país a través de la exposición de su desarrollo histórico.

En primer lugar, se refiere a la Escuela Clásica vinculada al nacimiento de la moderna ciencia jurídico-penal italiana que tiene a Francesco Carrara como su más importante representante. Explica que sin perjuicio de que no es en propiedad una escuela, pues dentro de ella existían diversas posturas, es posible encontrar un fundamento común basado en

principios racionalistas e iusnaturalistas, de raíz iluminista, en se concebía el delito como un “ente jurídico”, como contradicción entre el ser humano y la ley, que en lo esencial suponía violar un derecho subjetivo natural. La construcción teórica de esta escuela, se basaba en una visión antropológica propia del liberalismo, que tenía como consecuencia la idea de que el delito no es producto de consideraciones ambientales, sino de una elección individual pues la persona estaría dotada de libre albedrío.

Respecto a la teoría de la pena explica que las posiciones eran divergentes, para Enrico Pessina la pena debía comprenderse desde una perspectiva retributiva, mientras que para Carrara el fin primario de la pena era el restablecimiento del orden externo de la sociedad y no se podía concebir sólo en hacer justicia, de modo que la pena es la reafirmación del derecho que ha sido negado por el delito.

En Chile, esta escuela ejerció influencia en los primeros comentaristas del Código Penal, a saber, Robustiano Vera, Alejandro Fuensalida y Pedro Javier Fernández, quienes adscribieron a sus postulados sin discutir mayormente en cuanto a lo teórico.

En segundo lugar, explica que en las últimas tres décadas del siglo XIX irrumpió en Italia la Escuela Positiva o Escuela Criminal Antropológica que cuestionó la concepción del delito de la Escuela Clásica y tuvo como principales representantes a Lombroso, Ferri y Garofalo en Italia y Von List y Merkel en Alemania. Esta escuela sostenía que lo que únicamente existía era el mundo de los hechos, siendo necesario establecer, a través de la experiencia empíricas, reglas que permitieran explicar la regulación de los hechos. Por tanto, esta filosofía no era sólo descriptiva, además se dirigía a establecer leyes causales, pues los hechos obedecían a leyes de la naturaleza que debían descubrirse a través de la observación.

Así, el delito se comprendía como el “acto real de un sujeto concreto, quien, al estar sujeto a la concurrencia de determinados factores, ya sea de carácter antropológico o ambiental, lo condicionaban de tal manera que se afectaba su determinación” (pág. 6), por tanto, quien delinque es peligroso socialmente siendo válido emplear instrumentos para

neutralizarlo. Ahora bien, pese a que Lombroso inició esta escuela, Ferri y Garofalo la dotaron de mayor proyección, otorgando especial relevancia a los factores sociales y no a las hipótesis anatómicas del antropologismo lombrosiano, de modo que las ideas de Ferri se plasmaron en formulaciones de orden político criminal.

En tercer lugar, se refiere al fenómeno de lucha de escuelas en Italia entre fines del siglo XIX y principios del siglo veinte en que se generó un debate intenso donde se enfrentaron las ideas de las dos escuelas expuestas anteriormente, discusión que fue conocida en Chile desde su inicio y con gran interés. Expone que en 1890 la Revista Forense Chilena publicó un artículo escrito por L. Barros llamado “La nueva escuela penal italiana” que exponía las discusiones italianas y resaltaba los aportes de los exponentes de la escuela positiva destacando el procedimiento de investigación que habían introducido al campo de las ciencias jurídicas los positivistas. Sin perjuicio de ello, no compartía sus postulados, criticando la intransigencia de sus premisas por imponer criterios naturalísticos por sobre cualquier consideración valorativa.

La misma revista publicó en 1892 un artículo de Manuel Torres Campos titulado “Antropología criminal” en donde exponía los postulados de la Escuela positiva detallando las discusiones de los Congresos de Antropología criminal de 1885 en Roma y 1889 en París, refiriéndose a las intervenciones de Lombroso, Ferri y Garofalo. Además, daba cuenta de la fundación en 1889 de la Unión internacional de Derecho Penal por Von Listz, explicando las diferencias con la escuela clásica y con la escuela italiana, denotando admiración por las nuevas ideas de la ciencia penal. Carnevali da cuenta que este trabajo junto con el de Barros, desmienten el supuesto retardo de la llegada de estas ideas a Chile, al contrario, tales exposiciones contienen información muy reciente.

Posteriormente, pone de manifiesto que la misma Revista Forense Chilena, en 1900 publicó un trabajo de Ricardo Escobar Cerda que trataba de las teorías de Lombroso en que daba cuenta de su admiración por el autor, además del surgimiento de la “Tercera Escuela” o *Terza Scuola*, nombrando a los autores italianos que la formaron, Alimena, Carnevale,

Impallomeni y explicaba que ésta era seguida por la “Unión Internacional de Derecho Penal” de Prusia, fundada por Von List y Von Hamel.

Explica Carnevali que la “Terza Scuola” o Escuela eclética, buscó establecer una tercera vía entre las ideas de la Escuela clásica y la Escuela positiva, a través de la propuesta del delito como un fenómeno, tanto individual como social, negando el libre albedrío y a su vez, sosteniendo la necesidad de distinguir entre imputables e inimputables. Rechazaban asó, la idea de delincuente nato. Expone Carnevali, que Bernardino Alimena buscaba conciliar la postura clásica y la positivista, por lo que denominó su posición como “naturalismo crítico” o “positivismo crítico, pues rechazaba el idealismo abstracto de los clásicos, pero también el materialismo de los positivistas.

A juicio de nuestro autor, la contribución más importante de la *Terza Scuola* a la ciencia penal estuvo en el campo de la responsabilidad, que, para Alimena, tenía un sustento psicológico, de modo que sólo serían imputables aquellos que pueden determinarse e introdujo para explicar aquello, el concepto de “dirigibilidad”, entendiendo que sólo podían ser castigados aquellos que se podían dirigir y dado que la defensa social era el fundamento de la pena, ésta sería un instrumento de coacción psicológica por lo que tenía una función preventivo general. Para los irresponsables proponía que se les aplicaran medidas de seguridad, que tendrían un propósito preventivo especial.

En Chile, entre fines del siglo XIX y principios del XX, Valentín Letelier se destacó por influenciar a los estudiantes de derecho dando a conocer las obras de las escuelas expuestas. Por otra parte, Raimundo del Río se constituyó como el representante más destacado de la Escuela Positivista. En su memoria de grado, expuso la doctrina de Lombroso, destacando que las anomalías descubiertas por los antropólogos en los criminales eran de carácter orgánico y psíquicos. Sin embargo, en sus obras posteriores resaltaba más los factores sociales que influían en la criminalidad como se plasma en su libro Derecho Penal (1935). Es más, luego, en su Manual de Derecho Penal (1947) calificó de exageradas algunas conclusiones de Lombroso. Estas variaciones se explican pues en la década del

treinta se comenzaron a cuestionar los postulados de la Escuela Positiva, lo que coincidió con la influencia que fue adquiriendo la doctrina alemana y que se mantiene actualmente.

En cuarto lugar, Carnevali se refiere al fenómeno producido a comienzos del siglo XX consistente en la superación de la lucha de escuelas italianas producto del desgaste de la discusión, pues se trataba de un debate estéril y sin un alcance científico (Carnevali, pág. 10) y paralelamente producto de que el pensamiento positivista italiano estuvo direccionado a la sociología, perdiendo prestigio en la ciencia jurídica, lo que tuvo como consecuencia el paso al liderazgo de la ciencia alemana.

En Alemania explica, la influencia de la escuela italiana no alcanzó extremos, y por el contrario, tuvo una orientación más jurídica enfocada en el papel del derecho penal para enfrentar el delito, el que sólo debía ser comprendido desde una perspectiva social, imponiéndose así, una dirección técnico jurídica de la ciencia penal, la que fue plasmada entre otros, por Arturo Rocco, para quien, el derecho penal debía estudiar el delito y la pena desde un punto de vista jurídico, dejando a otras ciencias como la antropología y la sociología los aspectos orgánicos y psíquicos del delito. Así pues, desde una perspectiva positiva, las tareas de la ciencia penal eran el estudio exegético, dogmático sistemático, y el crítico del derecho vigente.

A comienzos del siglo XX se desarrollaron los movimientos obreros y socialistas, el positivismo atendía a los cambios sociales del crimen, por lo que, debido a la presencia del conflicto político, se debió respetar con fuerza el aspecto técnico jurídico de la discusión y centrar el estudio a la norma penal vigente en cuanto emana del Estado. Esto, tuvo como consecuencia la cobertura teórica de tendencias totalitarias. En este período destaca a dos autores, Francesco Antolisei y Guiseppe Bettiol.

Antolisei por su parte, apostaba por liberar a la dogmática del lastre de las tendencias formalistas, aportando a la dogmática en el campo de la metodología. Para él, era un error privilegiar la letra de la ley por sobre su espíritu y creía que la ciencia penal debía comprender

las relaciones sociales que subyacen en las normas jurídicas. Además, respecto al problema de la causalidad, explicaba que la tarea del jurista era la de precisar en qué consiste la relación de dependencia entre el acto y el resultado, a fin de que se pudiera imputar objetivamente el evento exterior al autor de una acción. Este autor no admitía la teoría de la tripartición propia de la doctrina alemana, considerando distinguir meramente entre el elemento objetivo y subjetivo, manteniendo el sistema tradicional.

Por otra parte, Guisepe Bettiol, se asociaba a la corriente del “teleologismo” pues entendía que el derecho penal debía recoger valores inmutables, proponiendo el acercamiento entre el derecho y la moral, lo que se traducía en una concepción retributiva de la pena con fin reeducativo respecto de menores. Además, defendió el análisis tripartito alemán.

Respecto a nuestro país, Carnevali expone que durante los primeros treinta años del siglo XX se mantuvo la influencia del positivismo, bajo la cual se celebraron Congresos Latinoamericanos de Criminología en Buenos Aires en 1938, y en Santiago en 1941. Destaca que cuando Gustavo Labatut defendió su proyecto de CP resaltó la contemplación de medidas de seguridad de carácter indefinido y que la pena se determinara tomando en consideración el grado de peligrosidad del delincuente. No obstante, indica que con el tiempo Labatut se dirigió a posturas más cercanas al “tecnicismo jurídico” italiano. Indica que a fines de los años cuarenta declinó la influencia del pensamiento italiano en general, dando paso a la preminencia de la ciencia penal alemana que fue conocida gracias a la obra de Luis Jiménez de Asúa. Luego, en la década del sesenta, Luis Ortiz y Sergio Politoff realizaron estudios en la Universidad de Roma, sin embargo, la influencia de la doctrina alemana ya estaba establecida. Sin perjuicio de ello, en el libro “Los elementos subjetivos del tipo penal” (1965) de Politoff se aprecia su cercanía a la sistemática italiana, así también en la obra de Etcheberry, a pesar de seguir el sistema tripartito alemán.

Finalmente, expone que en Italia a partir de los años setenta, luego de la instauración de la República, hubo que reconstruir el sistema penal, de modo que los principios consagrados en la constitución se plasmaran en el ordenamiento jurídico. En este contexto,

adquirió fuerza la *Escuela de Bologna* de Franco Bricola, que pretendió superar lo estrictamente positivista vinculando el sistema penal con los principios constitucionales con especial atención a las garantías individuales. A su vez, surgieron planteamientos criminológicos y de política criminal a través de los trabajos de Alessandro Baratta y Massimo Pavarini, que cuestionaban el derecho penal como instrumento idóneo para enfrentar la criminalidad, resaltando la necesidad de buscar alternativas a las penas privativas de libertad. Por otra parte, la teoría del garantismo que desarrolló Luigi Ferrajoli (1995) se destaca por partir de la premisa que del poder debe esperarse un uso abusivo, por tanto, es indispensable poner límites al ejercicio de dicho poder a través de un sistema de garantías que vinculen a dicho poder con la protección del derecho, exigiendo un apego irrestricto al principio de legalidad.

Carnevali señala que suele afirmarse que, debido a la constante crisis político-institucional en Italia no se manifiesta una revisión y reforma completa del cuadro penal, sino que los esfuerzos se dirigen a ámbitos sectoriales. Sin embargo, para nuestro autor, esto es positivo, pues ha generado un incentivo para la especial producción de ciertas materias, desde una perspectiva político criminal a través de las ciencias empírico-sociales, destacando que en este punto radica la especial riqueza de las obras italianas, pues están dotadas desde una mirada “práctica” abordando los problemas desde otra perspectiva.

Por lo anterior se explica que Carnevali haya dedicado especial atención al estudio de la ciencia penal italiana respecto a la criminalidad organizada y la responsabilidad de las personas jurídicas (Carnevali, 2010) ²¹ desarrollando, a partir de la experiencia italiana y sus mecanismos para abordar la problemática del crimen organizado, las principales particularidades de este tipo de delito y medidas para enfrentarlo.

²¹ Este trabajo no será desarrollado por extenderse más allá de los fines de esta memoria pues pertenece a la parte especial del derecho penal.

2.3 Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Transnacional. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez

Respecto a la parte internacional y transnacional del derecho penal, son bastantes los aportes que ha desarrollado el profesor Raúl Carnevali, y es que, a partir de su tesis doctoral y hasta la actualidad, ha escrito diversos trabajos tanto sobre las consecuencias del fenómeno de la globalización en el derecho penal y los desafíos que estas presentan, como también propuestas para su superación. En esta parte, se describirá su obra en lo que interesa a estas consideraciones principalmente desde la perspectiva de la parte general del derecho penal.

2.3.1 Derecho penal de la globalización

La globalización ha implicado un aumento del flujo migratorio que ha dado lugar a sociedades heterogéneas desde el punto de vista cultural. Por ello en la obra “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno” (Carnevali, 2007), el profesor analiza el desafío que representa este fenómeno de multiculturalismo para el área penal del derecho, pues supone considerar en la valoración del comportamiento realizado por el autor de un delito su propio contexto cultural. En lo que sigue, se describirán las principales ideas y propuestas a este respecto escritas por Raúl Carnevali.²²

Debido al surgimiento de instancias penales supranacionales, y al fenómeno multicultural que presentan las sociedades actuales, plantea la necesidad de cuestionar la idea tradicional de que el ordenamiento jurídico se construye sobre la base de que un estado recoge los valores aceptados por una sociedad culturalmente homogénea. De modo que hoy en día

²² Es importante mencionar que no fueron incluidas dos obras importantes en que Carnevali aborda estas materias, a saber: “Algunas Cuestiones sobre el Derecho penal de la globalización en el planteamiento del profesor Jesús-María Silva Sánchez. (Carnevali, 2010)” y “Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea (Carnevali, 2001)”, debido a que no fue posibles conseguirlas para los efectos de esta memoria.

se habla de una globalización del derecho penal derivada de la necesidad de armonización de intereses como consecuencia de la globalización general, lo que tiene como resultado, por ejemplo, la instauración de una Corte Penal Internacional.

Sin embargo, en paralelo con el fenómeno de homogenización cultural existen manifestaciones tendientes a resaltar las propias especificidades culturales, y es que, la antinomia entre homogeneización e identificación cultural que trae consigo el aumento del flujo migratorio, genera discriminación y racismo, fenómenos relevantes para el derecho penal.

En esa línea, interesante es que a medida que se profundizan los procesos de globalización se intensifican los procesos identitarios de las minorías culturales, lo que, en su opinión, se da por un aumento de competitividad al relacionarse con otros grupos, dando como resultado movilización y no aislamiento. Además, existen grupos a los que no les interesa participar de los valores de la cultura dominante donde permanecen. Por lo anterior, se originan conflictos culturales, que por regla general ocurren cuando colisiona lo mandado por el estado receptor con la costumbre divergente de ciertos grupos culturales, debiendo el individuo optar por una de las dos culturas pues son incompatibles entre sí.

Debido a que la historia humana ha sido testigo de diversas experiencias multiculturales, Carnevali explica el concepto de multiculturalismo para los fines de su trabajo. Así describe que apunta a la presencia, dentro de un contexto espacial determinado, de culturas distintas asociadas a una nación, es decir, a la concurrencia de elementos cognitivos comunes en lo que respecta a la religión, la moral, el derecho, la representación del mundo exterior, las relaciones sociales y la vinculación por una lengua. Por tanto, en un Estado multicultural cohabitan culturas asociadas a diversas naciones, las que pueden ser indígenas o derivar de procesos de inmigración. En consecuencia, se presentan problemas en torno a la presencia de grupos culturales que reclaman el reconocimiento de sus identidades que les son negadas o reducidas, pues se está frente a diversos sistemas en colisión y las reglas de negociación son puestas por la cultura dominante.

Históricamente, se ha transitado desde procesos de segregación hasta la conformación de estados multiculturales, actualmente resalta la existencia de instrumentos internacionales que exigen a quienes los suscriben, que dispongan de medidas necesarias para hacer efectiva la diversidad cultural si en el Estado existen minorías²³. A su vez, da cuenta de la legislación chilena vigente que aborda tal problemática, así destaca la Ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) del 5 de octubre de 1993, cuando paralelamente surgen planteamientos teóricos que buscaban determinar cómo, es decir, mediante qué mecanismos, deben los estados enfrentar la diversidad cultural, para que aquellas minorías se puedan manifestar cuando prevalecen cánones culturales opuestos. En ese sentido, analiza si basta con tolerar la diversidad manteniendo una actitud pasiva, o es necesario precisar un tratamiento normativo que garantice los derechos de ciertos grupos. Reconoce que es complejo, pues propiciar tutela a culturas minoritarias de forma extensiva puede llevar a exacerbar identidades y con ello construir “más barreras que puentes” de integración, y, por otra parte, desde el derecho penal, el establecimiento de diferencias entre tratamientos punitivos puede conllevar la generación de manifestaciones de rechazo a una cultura en especial.

En esa línea explica que las principales corrientes de pensamiento que abordan esta problemática han sido el liberalismo y el comunitarismo. El eje central de la cuestión es entonces, si el énfasis se encuentra en los intereses grupales por sobre los individuos o no. Así, expone que cuando se habla de derechos culturales se expresa un interés por proteger las diferencias, es decir, disponer tratamientos particulares conforme el titular pertenezca a una cultura determinada. Tales derechos pueden ser individuales o colectivos, los primeros refieren a que su ejercicio corresponde al individuo conforme a su pertenencia al grupo, mientras que los segundos son aquellos en que se atribuyen derechos a un sujeto colectivo por sobre el individuo, cuyos derechos se pueden ver limitados. A su vez, los derechos culturales pueden ser positivos o negativos, los negativos tienen un contenido similar a los

²³ Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio OIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989.

derechos individuales de corte liberal, por cuanto suponen la no interferencia del estado o de otros individuos en el ejercicio de estos derechos. Puede ocurrir también que la no interferencia del estado se traduzca en derechos colectivos a disponer. Por su parte, los positivos, suponen que el estado debe adoptar medidas tendientes a preservar ciertas culturas. Se ha afirmado se afirmado que una de las formas más efectivas de ejercitar estos derechos colectivos positivos es instaurando derechos de representación pública, de manera que tengan la correspondiente presencia dentro de las organizaciones públicas decisionales.

Entonces, volviendo a las corrientes de pensamiento, explica que para el liberalismo el estado debe garantizar a todos sus derechos fundamentales, asegurando las mayores libertades para poder elegir, sin que ningún agente interfiera en su decisión. Conforme a lo anterior, el estado debe asumir una posición neutral frente a los diversos modos de vida, esto es, respetar las diversas expresiones culturales sin asumir una función promocional por alguna de ellas, pues de hacerlo, violentaría uno de sus principios basales, a saber, el de que todos somos libres e iguales. Incluso, tampoco sería lícita la intervención del Estado, aun cuando pueda tratarse de comportamientos imprudentes para el propio sujeto, criticando con ello aquellas legislaciones “paternalistas” que suponen restricciones a la libertad, por ejemplo, el consumo de drogas adictivas. Aquí menciona el concepto de trascendencia de la equivocación como expresión de la libertad individual, pues para el liberalismo el individuo se equivoca para evaluar lo bueno y lo malo, sin que el estado se lo imponga.

En ese sentido, para el liberalismo el problema del multiculturalismo se debe enfrentar manteniendo el estado una posición neutral, de forma que la igualdad se expresa prohibiendo cualquier forma de discriminación. Así, las limitaciones al ejercicio de determinados derechos no provienen del ser sino por el hacer, esto es, en la medida que se lesiones la autonomía del otro. Por contraposición, los comunitaristas sostienen que los estados deben generar derechos culturales colectivos, lo que para los liberales atenta contra la igualdad entre los individuos pues establece discriminaciones sobre la base de la pertenencia al grupo, lo que no significa el desconocimiento de las distintas realidades culturales ni buscar su eliminación. Así, es suficiente para resolver el problema planteado

que las minorías puedan expresarse libremente al garantizar el estado a través de una posición neutral, los derechos civiles y políticos, en la medida que sus expresiones no interfieran ni afecten el derecho de los demás. Ahora bien, nuestro autor explica que cuando se está frente a manifestaciones culturales débiles, en donde pueden existir dificultades en la transmisión de sus valores, lo que conlleva el riesgo de desaparecer, se generan dudas respecto a la propuesta liberal. Destaca que una de las críticas que se hace al fenómeno de la globalización, es la tendencia a la homogeneización cultural y la predominancia del europeo occidental. Y es que, para los liberales lo esencial es la protección de la libertad no la diversidad cultural. En condiciones de libertad, los modos de vida satisfactorios tenderán a desplazar a aquellos que no lo son, pues, en definitiva, el valor de los diversos modos de vida se demuestra en la práctica. Para los comunitaristas en cambio, esta postura no enfrenta adecuadamente los nuevos desafíos que impone la sociedad moderna, entre ellos, la multiculturalidad.

Carnevali da cuenta que una de las principales críticas es que los liberales parecen entender que los seres humanos no se auto relacionan ni toman en consideración el contexto cultural en el que se hallan, como si cada uno se bastara a sí mismo, motivándose conforme a sus propios objetivos. Por el contrario, para las tesis comunitaristas, cada sujeto encuentra su identidad en la medida que se ubica dentro de un contexto social. En ese sentido, la plenitud se alcanza a través de la adquisición del lenguaje, no sólo al emitir palabras, sino también al expresarnos a través de gestos, el arte; es decir, la génesis de la mente humana no es monológica, que cada uno logre por sí mismo, sino dialógica. Entonces la crítica de parte de los comunitaristas, no que los liberales desconozcan el contexto cultural, sino más bien, la relevancia que éstos le brindan. Además, indican, que no es posible la neutralidad, pues el ser humano no puede prescindir de las condiciones en las que se halla. Es, sencillamente desconocer la naturaleza “social” del hombre. Conforme a lo anterior, el estado no puede permanecer inactivo y, por tanto, debe asumir una postura especialmente activa en la promoción de ciertas expresiones culturales, reflejando así un interés en la prosecución de ciertos bienes compartidos. Al respecto, los comunitaristas sostienen que la neutralidad no es más que una quimera, pues siempre todo orden social y político se dirige hacia ciertos

finés. En lo que respecta al problema de la diversidad cultural y la protección de las minorías, la posición de los comunitaristas es que el estado debe asumir compromisos particulares de amparo, sobre todo, respecto de aquellas que manifiestan una particular debilidad, como sucede, por ejemplo, con los indígenas americanos, que por largos siglos han sido sometidos a políticas de asimilación.

Con lo anterior, pone de manifiesto dos formas de entender el respeto a la igualdad. Por una parte, los que afirman que las personas deben ser tratadas sin considerar las diferencias, ya que, de ser así, se introduce la discriminación. Por otra parte, los que estiman necesario el fomento de la particularidad, pues es el mecanismo que permite amparar la identidad, evitando incorporarlas a un molde homogéneo al que no pertenecen. Hablar de neutralidad es más bien una ilusión y afirmar la igualdad no sería más que lo que dispone la cultura predominante. Expone entonces que para la visión comunitarista, la propuesta del liberalismo, no sólo es inhumana al suprimir las identidades, sino que es sutilmente discriminatoria, pues para ellos, no es posible comprender los derechos constitucionales fundamentales como neutrales, ajenos a toda consideración cultural. Por el contrario, una sociedad multicultural es tal, en la medida que sea capaz de ofrecer diversas interpretaciones de los derechos fundamentales, lo que no significa que todas las interpretaciones sean admisibles, así como tampoco puede estimarse que sólo una de ellas sea la verdadera. Se considera necesario disponer, para la conservación de ciertas expresiones culturales, de políticas que expresen el reconocimiento de derechos de carácter colectivo, los que, en algunos casos, pueden estar por sobre los derechos individuales. La expresión de dichos derechos culturales se estructura sobre la base del reconocimiento de las diferencias que se presentan respecto de determinadas identidades culturales.

Siguiendo esa idea, pone en duda que el liberalismo sea incapaz de dar respuesta a la protección de las minorías, lo que sí rechaza es el establecimiento de derechos colectivos, por lo que éstos representan para los derechos individuales. Por lo que, sin renunciar al principio de autonomía individual, se pronuncian a favor de una promoción de la autonomía de los “menos autónomos”, esto es, de aquellos que pertenecen a culturas minoritarias. Lo

anterior supone reconocer la existencia de derechos culturales individuales, tanto negativos como positivos, a través de acciones afirmativas. Éstas exigen disponer de condiciones de paridad, que permitan concretar el principio de igualdad, no ya formal, sino también sustancial.

En consecuencia a lo expresado, para los liberales hablar de grupos culturales, como sujetos titulares de derechos, resulta extremadamente vago, por la dificultad de disponer de criterios objetivos que definan esa cultura y, por ser limitador de los derechos individuales. Se observa pues, que la consagración de derechos colectivos no contempla las voces de disconformidad, lo que generaría una especie de “minoría dentro de una minoría”. Es por ello que resulta discutible que la consagración de los derechos colectivos se estructure sobre la base de condiciones de subsistencia de las minorías, pues, si estas culturas resultan interesantes, sobre todo para los que formen parte de ellas, bastaría establecer un escenario que les permita expresarse sin ser discriminados y sin impedir, claro está, que quienes no se sientan representados puedan dejar de participar.

De lo expuesto anteriormente se deriva que según la tesis que se defienda se tendrá particulares repercusiones en materia de derechos fundamentales. Así, mientras los liberales, fundamentalmente sostienen que aquéllos están dotados de un valor universal y, por tanto, su contenido es inmutable, para los comunitaristas, su universalidad queda sujeta a valoraciones históricas, en consecuencia, su comprensión puede variar conforme a determinadas realidades. Por ello para el profesor Carnevali la problemática debe estudiarse por el derecho penal pues tales dificultades y conflictos propios de las sociedades multiculturales repercuten en el mismo.

Explica que, si bien existe un avance en el reconocimiento y el respeto de las minorías culturales, también es preciso mencionar que se presentan una serie de dificultades que deben resolverse para solucionar los problemas que el multiculturalismo impone al derecho penal. Respecto a este punto, resalta la experiencia norteamericana, pues en ella han tenido lugar importantes discusiones en torno a cómo conciliar el respeto a la diversidad cultural y el

respeto a las exigencias de uniformidad y credibilidad del sistema penal. En ese sentido, la configuración de la sociedad norteamericana le ha permitido enfrentar los problemas propios del multiculturalismo de una manera diversa a como lo ha hecho Europa. El que en este último continente la discusión gire sobre los delitos culturalmente motivados y que en Estados Unidos sea sobre defensas culturales refleja que los europeos recién se están asomando al problema, dedicándose a definir los límites que permitan distinguir un delito cultural de otros. En cambio, para los norteamericanos lo determinante no es ya hablar de delitos culturalmente motivados, pues tienen claro su existencia, sino cómo estructurar eximentes o atenuantes que guarden relación a consideraciones culturales.

A pesar de lo anterior, considera paradójico que se impongan normas penales a sujetos que, en muchos casos, ni siquiera tienen derecho a voto y, por tanto, no contribuyen a la generación de la norma, la que, además, les resulta completamente ajena. No obstante, también resalta que establecer excepciones en países con fuerte inmigración, puede poner en entredicho la vigencia de esa norma, de ahí pues, que resulte complejo que se establezcan excepciones como el error.

Sin embargo, si bien es consustancial a una sociedad democrática la tolerancia, la pregunta es si existe un límite y donde debe fijarse, es decir, si acaso una sociedad democrática debe tolerar grupos pertenecientes a ciertas culturas que la amenazan. Llevándolo a un extremo, pone de ejemplo el terrorismo practicado por el fundamentalismo islámico, pero también, actos más comunes y consentidos dentro de un contexto cultural, que son valorados como delitos dentro de la sociedad en la que se insertan. O siendo delitos para ambas culturas, las consecuencias punitivas son diversas. En estos casos pone como ejemplo a las mutilaciones genitales admitidas por ciertas culturas del norte africano y otros países árabes; la poligamia practicada por musulmanes; las muertes, incluso de menores, para resguardar el honor familiar; los actos constitutivos de maltrato familiar o de trabajo infantil que son tolerados respecto del padre de familia o la mujer musulmana cubierta por el velo islámico, que se niega a descubrir su rostro cuando es objeto de un control de identidad.

Explica que cuando se tratan estos temas surgen interrogantes acerca de si es posible hallar un basamento valorativo común que permita hablar de una especie de derecho penal supra cultural o, al menos, si es posible establecer un mínimo común en las políticas criminales, de manera de superar determinados puntos de vista culturales. Y si la respuesta a alguna de estas interrogantes es afirmativa, surge una segunda cuestión a resolver, a saber, cuáles son éstos y cómo precisarlo. Explica que se ha sostenido que ese mínimo puede encontrarse en el respeto a los derechos humanos, en la medida que, sobre la base de la tolerancia, se pueda reconocer y aceptar al otro en su alteridad. Conforme a ello, no se podrían tolerar aquellas conductas contrarias a los derechos más esenciales de la persona, aún bajo el argumento de la diversidad cultural.

Sin embargo, para otros no resulta fácil sostener tales afirmaciones, pues, también se argumenta que los derechos fundamentales constituyen más bien una manifestación cultural de occidente y, por tanto, su estructura ideológica acerca de su universalidad resultaría cuestionable. Por tanto, su comprensión debería quedar sujeta a las realidades en las que se aplica.

La cuestión entonces se centra en dónde se puede establecer la frontera, que permita hablar de delitos culturalmente orientados o motivados y con ello, determinar, si caben respuestas particulares. Es decir, para Carnevali, hay que preguntarse si resulta válido o no mantener una especie de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas o, si corresponde, que una sociedad realice un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias.

Precisamente, una de las discusiones que en este sentido tienen lugar, guarda relación acerca de si pueden coexistir dentro de una sociedad costumbres diversas, sin recurrir al derecho penal, sin que ello pueda llegar a desencadenar un enfrentamiento que haga necesario, en definitiva, emplear la herramienta punitiva, incluso, con una intensidad mayor.

En opinión de Carnevali, una excesiva diversidad cultural dentro de una misma sociedad puede generar peligrosas repercusiones, como podría acontecer si se pretende establecer diversos sistemas sancionatorios, con sus propias instituciones, circunscritos territorialmente, atendiendo la pertenencia a ciertos grupos culturales. Estos planteamientos que se inscriben dentro de las tesis comunitaristas resultan discutibles desde la perspectiva de la igualdad en la participación democrática dentro del espacio en el que hallan insertos.

En ese sentido, se pregunta si las tesis comunitaristas ofrecen mejores respuestas que las liberales para enfrentar aquellos conflictos penales de raíz cultural. En efecto explica que, para los comunitaristas, el estado debe asumir una posición activa a través de la consagración de derechos culturales colectivos. Sin embargo, es la consagración de estos derechos colectivos, dada las limitaciones que impone a los derechos individuales, donde, a juicio del autor, se presentan serias contradicciones con lo que son las estructuras básicas del derecho penal. Destaca que la asunción de posturas liberales en nada se opone a la consideración y respeto de las minorías culturales, pues, como se destacó supra, se reconoce la existencia de los llamados derechos culturales individuales.

En ese sentido, pone de manifiesto uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, el riesgo a la generación de guetos dentro de una sociedad, que puede derivar a un desmembramiento social. Precisamente, una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el derecho penal. Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias de solución de conflictos, considerando la fragmentación del derecho penal por la presencia de derechos penales propios, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. En este punto pone como ejemplo las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual.

Si bien, reconoce que todo estado debe procurar garantizar a sus ciudadanos que puedan expresar sus formas de vida conforme a sus pautas culturales, a su parecer es

discutible que el estado en *pos* de ese propósito brinde a ciertos grupos, el poder de incidir en la esfera valorativa de sus miembros. El riesgo explica, es que grupos de esta naturaleza puedan emplear instrumentos coactivos para promocionar cierto orden moral. Asimismo, opina que la conformación de derechos colectivos a la larga tiende a generar distanciamiento entre las diversas culturas y con ello manifestaciones de intolerancia, lo que dificulta la integración, acrecentando el aislamiento, pues las personas tienden a buscar apoyo sólo en su grupo, exacerbando los procesos identitarios.

Por otro lado, las tesis comunitaristas limitan los derechos individuales, por lo que, cuando la víctima es una persona que no tiene espacios para expresarse dentro de la cultura, se atenta contra el principio de igualdad de la ley penal, pues, se brinda un tratamiento discriminatorio sobre la base de la pertenencia.

Son estas razones las que llevan a Carnevali a criticar disposiciones como las contenidas en la Ley 16.441, por las cuales se le otorga un tratamiento penal considerablemente más benigno a los pascuenses respecto de los delitos sexuales y contra la propiedad, incluso, sin atender a la nacionalidad de la víctima. En este caso, no sólo supone colocar a ésta en una situación de desprotección injustificable, sino que además la norma, al individualizar los delitos, está dando por supuesto, resolviendo a priori, que se está frente a un conflicto motivado culturalmente, que puede que en la especie no ocurra. La norma se estructura pues, desde una perspectiva pro-reo, pero que resulta contraproducente atendiendo fines preventivo-generales. Habría bastado, si las razones esgrimidas por el legislador son que se trata de un comportamiento motivado culturalmente, resolver el conflicto recurriendo a las defensas que, son argumentos que permiten, ya sea eximir o atenuar la pena si el delito tuvo como fundamento una razón cultural.

Para el autor es claro que no es posible que la especificidad cultural asegure su plena igualdad. Además, cree que es inconveniente pues, una sociedad sometida a un relativismo cultural extremo, en la que se estime que todas las culturas son iguales, no sobrevive. Es por ello que plantea que limitar determinadas expresiones culturales estaría justificado y puede

hallar su basamento de legitimidad en la propia CPR, cuando, por ejemplo, limita el ejercicio de determinados derechos atendiendo al orden público, buenas costumbres, seguridad pública.

En síntesis, sostiene que es posible aspirar a un derecho penal intercultural, mientras que éste se construya en el respeto de los derechos humanos, lo cual no sólo supone recogerlos en el cuerpo sustantivo, sino que además se materialice también en el procedimiento. En la medida que se esté frente a un sistema democrático, respetuoso de los derechos fundamentales y construido sobre la base de la tolerancia, no existen obstáculos para recoger la diversidad cultural y con ello, que el derecho penal resuelva los conflictos que tales diferencias imponen. Esto tiene como consecuencia la existencia de mínimos que una sociedad no puede renunciar (tesis universalista) y que hallan su basamento en los derechos fundamentales, sobre los cuales no cabe oponer posturas sustentadas en consensos culturales.

Respecto a los delitos culturalmente motivados, indica que es que la conducta se desarrolle por alguien perteneciente a una cultura minoritaria, la que estima que el comportamiento desplegado no es delito dentro de su esfera cultural, ya sea porque es atípico, justificado o exculpado, pero que, sin embargo, sí lo es dentro del sistema penal de la cultura mayoritaria. O, siendo delito en ambas culturas, tienen un tratamiento penal diverso. Se presenta pues, un conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales.

Además, explica que deben concurrir tres supuestos, los que deben superarse sucesivamente, es decir, se trata de una estructura categorial por niveles. El primero se relaciona con la determinación de los motivos para actuar, factores psíquicos, es decir, que las razones para actuar se apoyan en motivaciones o códigos culturales que lo condicionan para actuar. Sin embargo, este elemento a pesar de ser de contenido más bien individual no es suficiente si no se relaciona con el grupo cultural al que pertenece, es decir, el segundo supuesto relacionado a factores objetivos. Además, en tercer lugar, debe verificarse si

efectivamente se está frente a una relación antinómica entre la cultura de pertenencia y la cultura del lugar de residencia.

Posteriormente, se hace cargo del tratamiento sistemático que se debe emplear respecto del sujeto al que se le atribuye un delito por motivaciones culturales. Explica que cuando se habla de *defences* se apunta, esencialmente, a la concurrencia de ciertos factores o circunstancias que permiten excluir o disminuir la responsabilidad penal. Ahora bien, cuando concurren respecto de tales factores componentes culturales, se está frente a una *cultural defences*. Para lo cual se debe estar ante delitos culturalmente motivados.

Sobre este punto la discusión y aplicación de las *defences* tienen lugar dentro de la esfera subjetiva, es decir, de qué forma y cuán profunda puede ser la experiencia cultural que pudiera llegar a afectar su motivación frente a la norma penal y cómo influyó en el comportamiento personal (*excuses*). Desde esta perspectiva, en la medida que la motivación cultural es lo suficientemente relevante como para condicionar su actuación, se materializa una *excuse*.

Puede afirmarse que la discusión en cuanto al tratamiento penal para aquellas conductas que expresan una contradicción entre la norma que refleja los valores de la cultura mayoritaria y la cultura a la que pertenece el autor del hecho que motiva el conflicto, se puede centrar, ya sea en la esfera del injusto o en la culpabilidad. Descarta el autor, por parecerle inconveniente, la idea dirigida al establecimiento de territorios diferenciados, especies de pluralismos jurídicos. Considera que es injustificable desde la perspectiva del principio de igualdad y desde una perspectiva preventivo general podría generar peligrosas repercusiones pues “desincentiva” todo interés de conocer las normas de la sociedad mayoritaria. Además, indica que limita a quienes perteneciendo a esas culturas no aspiren a seguir perteneciendo a ellas y que se les imponga un determinado sistema sancionatorio, que además puede entrar en pugna con el sistema de protección de los derechos humanos.

Pone de manifiesto que algunos sostienen que las conductas desplegadas por quienes pertenecen a las culturas minoritarias y que colisionan con las normas de la cultura mayoritaria deben entenderse justificadas, lo que se ha dicho para resolver los problemas de diversidad cultural que se presentan en Latinoamérica. Así, afirman que las normas eurocéntricas se impusieron al margen de toda consideración de la población autóctona, situación que hoy se pretende reparar al reconocerse constitucionalmente el carácter multiétnico que diversas naciones latinoamericanas tienen.

Se señala también que frente al reconocimiento que se hace a la identidad cultural, cuando se está frente a la colisión de deberes jurídicos y ante la disyuntiva de cumplir aquel que es impuesto por la cultura hegemónica, debe entenderse justificado quien opta por el deber de su propia cultura. Sirve de apoyo a esta tesis, que, de buscarse la solución en la esfera de la culpabilidad, se estaría reconociendo la supremacía de una cultura sobre otra, en la medida en que es ésta la que resuelve cuándo se está frente a un injusto merecedor de pena. Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, en opinión del autor, en cambio, es discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. En otras palabras, estima que resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos genere deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas.

Considera más razonable, examinar el conflicto desde la esfera de la culpabilidad, dirigiéndolo, como lo hace la teoría y jurisprudencia norteamericana, hacia las estructuras de las *cultural defences*. El problema debe abordarse, a su modo de ver, desde la perspectiva del error de prohibición, pero, particularmente, entendiendo que se está frente a casos en que el error se fundamenta, no ya en el desconocimiento de la norma, sino que en su falta de comprensión. Se apunta a aquellos supuestos en que pudiendo conocer la prohibición de la norma, el sujeto no la puede comprender al haber internalizado un conjunto de valores diferentes, los que, incluso pueden ser incompatibles con los compartidos por la cultura

dominante. Aclara que esto contempla los casos en que se incumple la norma por un deber de conciencia, es decir, sujetos que si bien conocen la norma prohibitiva no están dispuestas a acatarla por estimar que se lesiona su conciencia. Sino que abarca aquellos casos en que el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incompreensión, lo que sería un error culturalmente condicionado.

Aun así, advierte los riesgos derivados de su propuesta, ya que un recurso general y amplio a este tipo de medidas para enfrentar divergencias de orden cultural, puede dar lugar a desconfianzas en el sistema penal. Asimismo, indica que el establecimiento expreso de una eximente supone un peligro desde la perspectiva del principio de legalidad, pues un reconocimiento formal abre la puerta a una serie de dificultades que son difíciles de resolver a priori. Es así, que puede entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona su comprensión de la norma. O, por otro lado, cuánto tiempo debe permanecer un sujeto en un territorio determinado para estimar que comprende una norma. Podría dar lugar a una especie de incentivo perverso, no integrarse ni conocer las normas imperantes. En resumen, sin dejar de reconocer la pertinencia del error en los términos expuestos, para Carnevali parece innecesario crear *ex novo* una eximente, siendo suficiente las reglas generales, siempre y cuando, el juez sopesa la envergadura de los condicionamientos culturales está respetando el principio de igualdad ante la ley.

2.3.2 Integración penal internacional

Desde un punto de vista jurídico procesal, Carnevali estudió el año 2003 las eventuales necesidades en la conformación del Tribunal Penal Internacional, estudio que se materializó en la obra “Hacia la conformación del Tribunal Penal Internacional. Evolución histórica y desafíos futuros” (Carnevali, 2003) obra que paso a resumir en las siguientes líneas.

El autor comienza precisando que el objeto de tutela del derecho penal internacional son determinados bienes jurídicos de carácter individual, en tanto su afectación pone en peligro el orden internacional.

Esto supone hacer una doble valoración, por una parte, debe tratarse de bienes jurídicos individuales que sean fundamentales para el mantenimiento de todo sistema social y por otra, que su transgresión sea de tal dimensión que pongan en peligro la estabilidad internacional.

Por otra parte, explica que, no sólo existe el deber sino también el derecho de juzgar, más aún si los estados llamados a actuar no lo hacen. Al respecto, destaca el carácter subsidiario del derecho penal internacional frente a los derechos nacionales, lo que es a su vez un reflejo de que, la titularidad del *ius puniendi* en esta esfera también recae en la propia comunidad internacional, por cuanto se está frente a actos que afectan a bienes que pertenecen a la humanidad, al ser básicos para su supervivencia. El profesor estima que si dentro de un Estado la precisión de los bienes jurídicos sobre los cuales ha de recaer la sanción penal le corresponde a la propia sociedad nacional, siendo ésta la que ha decidido además, que el ejercicio punitivo debe recaer en manos de sus propias autoridades, no existen dificultades para considerar que en un determinado contexto, la misma sociedad, ahora internacional resuelva, como titular de ciertos bienes jurídicos de ese carácter, crear una instancia distinta a las internas para que sea ésta la que ejerza la actividad punitiva.

Lo anterior vendría dado como reflejo de los cambios que se han ido generando por la globalización, que desestructura el principio de territorialidad y con ello el monopolio estatal.

Posteriormente pasa a hacer una reseña histórica de la instauración del tribunal penal internacional a partir de antecedentes previos a la Guerra de 1914, pasando por el período entre guerras y los juicios de Nuremberg, dónde a pesar de los reparos que hace en cuanto a las vulneraciones procesales penales que existieron, como la del principio de legalidad, de

responsabilidad penal individual, entre otros o las críticas en cuanto a la poca objetividad pues los países vencedores de la II guerra mundial fueron los juzgadores, destaca que las resoluciones adoptadas en Nuremberg fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946, en la que además se decidió recoger los principios que allí se aplicaron para la elaboración de un Código penal internacional, iniciándose así los trabajos para la instauración de un Tribunal penal internacional.

Explica, que, a partir de entonces, las Naciones Unidas a través de la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) comienza a trabajar en la elaboración de un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad y que si bien, existía el propósito de conformar una jurisdicción penal permanente, la tarea quedó inconclusa debido a que no se llegó a un consenso sobre qué debía entenderse por agresión. Sólo recién en 1974 la Asamblea General logra acordar un concepto, pero ya se había perdido el espíritu inicial para estructurar una Corte penal internacional.

Cabe destacar que la Comisión de Derecho internacional también se propuso la elaboración de un Estatuto de Tribunal penal internacional, encomendándose en 1992 a un grupo de expertos, quienes finalizaron su misión en 1993. Al año siguiente sobre la base del proyecto de Estatuto aprobado por la Comisión, la Asamblea General de las Naciones Unidas designó una Comisión *ad hoc*. Dicho organismo preparó un informe, el que sirvió de base para que en 1995 la Asamblea General conformara un Comité preparatorio para el establecimiento de un Tribunal penal internacional (*Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*). Precisamente, el texto aprobado en la última sesión en 1998 sirvió de preparación a la Conferencia que habría de realizarse en Roma durante los meses de junio y julio de 1998.

Finalmente, precisa que es justamente en Roma donde se aprueba el texto definitivo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, el 17 de julio de 1998. Sin embargo, de conformidad a lo que dispone el Art. 126, para su entrada en vigor era necesario la ratificación de 60 Estados. El día 11 de abril de 2002 se depositó en la Secretaría general de las Naciones

Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, por lo que el Tribunal comenzó a funcionar el 1 de julio de 2002.

Le correspondió a la Asamblea de Estados Parte hacerse cargo de los llamados elementos del crimen, definiendo que tendrán como "misión" ayudar a la Corte en la interpretación y aplicación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Se trata pues, de una fuente jurídica de vital importancia a la que puede recurrir la Corte en la resolución de los conflictos en apoyo interpretativo.²⁴ Destaca que la Comisión antes de precisar los elementos de los delitos, expone, en una introducción general, sus consideraciones en torno a una serie de principios, de manera que éstos sean aplicables a todos los crímenes.

Por último, explica, una de las tareas más importantes a las que deben abocarse las instituciones de la corte penal internacional es a la definición del crimen de agresión, procurando compatibilizarla con las funciones que le caben al Consejo de Seguridad.

En este sentido, debe tenerse presente que el Consejo de Seguridad es el llamado a calificar un acto de agresión. Por lo que su deber es complejo no sólo por las discrepancias que se pueden presentar a la hora de precisar qué es el delito de agresión, sino también por la particular injerencia que puede tener el Consejo de Seguridad en el funcionamiento del Tribunal. Critica por ello, las consecuencias que pudieran manifestarse por la falta de pronunciamiento del Consejo, como que la competencia del Tribunal sobre el delito de agresión sea meramente simbólica. Por tanto, a su parecer, es indispensable buscar fórmulas que permitan evitar lo anterior.

Indica que como solución se ha planteado otorgarle un plazo al Consejo para que este organismo se pronuncie sobre un determinado hecho y si éste puede estimarse como agresión, lo que permitiría pues, iniciar la investigación. Si transcurre un plazo razonable sin que el

²⁴No es vinculante para los magistrados.

Consejo se pronuncie al respecto, el Tribunal estaría habilitado para continuar con la investigación.

En cuanto a la discusión de los elementos de la agresión, indica que se centran sobre la base de dos posiciones, a saber, si deben enfatizarse los actos del estado o en cambio, centrarse de manera importante en la responsabilidad individual, como se desprende de los Estatutos de Nuremberg y Tokio. Si bien se requiere que se trate de personas que dispongan del necesario grado de autoridad que les permita adoptar un rol decisivo y determinante en la agresión, también es esencial para fundamentar la responsabilidad individual que ésta vaya unida a que la agresión sea llevada a cabo por un Estado. En consecuencia, sólo es un Estado, violando las leyes internacionales, el que puede realizar la agresión, bajo la decisión de determinados individuos que con la necesaria autoridad y poder, la inician. Se requiere entonces, como requisito esencial para castigar por el delito de agresión, que un estado haya violado las leyes internacionales.

Concluye el autor que desde se asume que no sólo existe la necesidad de un reconocimiento de los Derecho Humanos, sino también un deber de protección efectiva de éstos, va surgiendo la idea de que dichos deberes deben dirigirse hacia una vía punitiva, es decir, emanan de los instrumentos internacionales mandatos de punición, los que deben ser recogidos en los ordenamientos nacionales y por tanto, podría afirmarse que el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional constituiría la culminación de esta función punitiva que se manifiesta en el orden internacional.

Frente a tales mandatos de punición que imponen los instrumentos internacionales los Estados deben, por una parte, tener en consideración los principios consagrados en sus propios ordenamientos y por la otra, la obligación de incorporar las normas internacionales. Es aquí donde pueden surgir algunos problemas, ¿se puede imponer tal mandato de punición si éste excede criterios que permitan resolver si una conducta es o no merecedora de reproche penal y que se hallan fuertemente arraigados en sus respectivas tradiciones jurídicas? A su parecer no, sobre todo si se tiene en cuenta que no pocas convenciones internacionales distan

de los estándares deseables para las legislaciones nacionales. En virtud de ello, afirma que para brindar una correcta interpretación a tales deberes de punición, es preferible estarse a deberes de incriminación o, deberes moderados de tipificación. Así le brinda al legislador el necesario grado de autonomía, sin que con ello pueda valorarse tal actuación como un incumplimiento a los mandatos internacionales de punición. Asimismo, permite no vulnerar principios básicos limitadores de la actividad legislativa, como son los de legalidad y culpabilidad.

Por lo anterior es que a su parecer le parece que el Tribunal penal internacional merece todo el respaldo de la comunidad de naciones, lo que no impide actuar con cuidado, no sólo por el riesgo de que se puedan flexibilizar principios garantísticos básicos, sino también porque puede ser el comienzo de un desarrollo del derecho penal internacional que puede significar la absorción de áreas que vayan más allá de lo que es la vulneración de los derechos fundamentales más básicos (como en el medio ambiente o en el tráfico de drogas), lo que indudablemente constituye un serio peligro, pues podría convertirse en el comienzo de un recorrido expansivo similar al que actualmente siguen los sistemas penales nacionales.

2.4 Política Criminal. Aportes de Raúl Carnevali Rodríguez

A continuación, se describirá el aporte del profesor Carnevali en el campo de la política criminal, se hará desde una perspectiva general que da cuenta de las principales propuestas y lineamientos. En el siguiente capítulo se profundizará en el análisis de esta temática.

2.4.1 Principio de racionalidad en la política criminal

Todo lo dicho a continuación corresponde a la descripción de las obras: “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional” (Carnevali, 2008) y “¿Es adecuada la política criminal estatal?”. (Carnevali, 2000)

Tal como ya fue expresado *infra* en el título 2.1.1, cuando se describieron las ideas de Carnevali respecto a los bienes jurídicos supraindividuales, uno de los desafíos de las sociedades modernas en el ámbito de política criminal consiste en otorgar mayores libertades a la ciudadanía sin sacrificar la seguridad de esta, pues la existencia de estos espacios de libertad conlleva implícitamente la presencia de abuso o uso desviado de la misma, y, por tanto, de delincuencia. En este contexto, las sociedades liberales buscan prevenir determinados comportamientos, pero sin querer caer en manifestaciones de un estado policial.

Ahora bien, al analizar el contexto social chileno, Carnevali percibe que a nuestra sociedad cada vez le preocupa más el fenómeno de la delincuencia y demandan mayor protección a las autoridades, a lo que éstas están respondiendo cada vez con mayor frecuencia utilizando el instrumento punitivo, lo que a su parecer, desnaturaliza sus fines y sólo es aparentemente efectivo en lo inmediato, pero a largo plazo puede generar consecuencias que se vuelquen en contra de la propia ciudadanía por restringir cada vez más las esferas de libertad individual. Nuestro autor manifiesta que recurrir al derecho penal como única herramienta, constituye un engaño a los ciudadanos, tranquilizando momentáneamente la preocupación sin generar efectivamente cambios en las estadísticas delictuales.

Por otra parte, reconociendo que nos encontramos insertos en la “era de la información” resalta el papel que juegan los medios de comunicación y les atribuye responsabilidad por este fenómeno, pues explica, crean e infunden miedo a la comunidad, agregando dramatización, incluso morbosa, en la exposición de noticias, transmitiendo que prima la imposibilidad de detener los delitos violentos, mientras nadie se hace cargo. Esto explica, muchas veces supone asumir una actitud alarmista que no responde a los reales peligros objetivos. Por otra parte, explica, esto se ve agravado por las autoridades que avalan esta imagen social, sin tener una actitud reflexiva y ponderadora. Indica que el derecho penal sólo puede legitimarse dentro de ciertos límites y su imposición debe mantener altas costas garantistas, pues las penas afectan las esferas básicas de un individuo.

Así sostiene que uno de los más importantes límites al poder punitivo del estado es el principio de *ultima ratio*, que refiere a que el derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso. En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

Carnevali explica que para la doctrina es pacífico fijar el alcance del principio de *última ratio*, sin embargo, cuando se le quiere dar un contenido material, que permita valorarlo como un criterio orientador que legitime al derecho penal se presentan problemas.

Para comprender el alcance, en su actual dimensión del principio mismo como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un estado democrático de derecho. A este respecto, debe tenerse en consideración que si lo que se pretende es legitimar al derecho penal a través de principios como el que se examina, la

cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva y en ese sentido, el autor realiza el basamento político del principio, pues la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador.

Ahora bien, una de las principales críticas al llamado Derecho penal moderno es su carácter de *prima ratio*, lo que significa que:

En el derecho penal propio de las “modernas sociedades de riesgo” se observa una tendencia expansiva —huida al derecho penal—, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico. (2008, pág. 18)

Para limitar esta tendencia, saber en qué casos incentivarla o considerarla legítima. El autor plantea criterios de legitimidad en el ejercicio del *ius puniendi* que son los siguientes:

1. Derecho penal como medio de control social.

Es común afirmar que los fines del derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad. Pero el profesor discute tal planteamiento pues sostiene que el derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad debiendo resolver en qué casos no es conveniente intervenir, como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio.

Entonces explica que tenemos, por un lado, el interés de reducir la violencia que proviene de la sociedad, y, por otro lado, el de disminuir la que proviene del Estado y que está dirigida a enfrentar, precisamente, dicha violencia. Es decir, la propia sociedad de donde surge la violencia que se quiere limitar cede a su vez al Estado el uso de otra violencia, para que, legítimamente, la enfrente y es, como explica el autor, en ese ejercicio dialéctico, donde se formaliza tal medio de control social, disponiendo de ciertos principios formales y materiales, para cuya estructuración se han dedicado los últimos dos siglos.

El autor pasa a analizar entonces los principios de estructura formal, considerando, la dimensión política que contiene el principio de ultima ratio.

2. Principios de legalidad y debido proceso.

Del principio de legalidad resulta esencial destacar su fundamento político constitucional, pues el carácter democrático de las leyes penales favorece su eficacia preventivo general. También, indica, suele destacarse su vertiente formal, es decir que implique la exigencia de que la conducta que se castiga deba ser clara, precisa y regulada con anterioridad a su comisión, lo que supone una exigencia de reserva de ley. Sin embargo, plantea que debe serse cuidadoso pues la certeza a pesar de ser deseable muchas veces va acompañada de una rigidez excesiva y el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situaciones.

Por otra parte, cuestiona lo relacionado a la tipicidad, pues cree que pretender exigir taxatividad absoluta paralizaría el sistema penal pues dejaría fuera muchos conflictos, afectando su función preventiva. En sentido señala que debe buscarse un equilibrio entre flexibilidad y precisión y para ello el legislador debe contar con la lealtad de la jurisprudencia y su adecuada fundamentación, que dirija en el sentido correcto la norma que otorga el legislador. Por tanto, una menor taxatividad, no implica un derecho penal menos garantista.

Por lo anterior, cree imprescindible la exigencia de fundamentación de las sentencias vinculada a la garantía del debido proceso, pues, toda sentencia judicial es expresión indiscutible del ejercicio del *ius puniendi* estatal y debe legitimarse en la medida que respete las garantías fundamentales a través de una fundamentación clara, lógica y completa, de modo que el estado pueda imponer legítimamente una pena.

3. Las nuevas orientaciones de orden político-criminal. Cuestionamientos al carácter de ultima ratio del derecho penal.

Como se ha dicho anteriormente, una de las características de las sociedades postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo enfrentándonos

a un derecho penal de *prima ratio* en que se aplica este recurso para prevenir comportamientos sin examinar su eventual eficiencia. Por tanto, afirma, estamos en un periodo de expansión del derecho penal que se traduce en la agravación de penas, ampliación del tenor de tipos o inclusión de nuevos delitos.

El autor cree que esto ha ocurrido porque las sociedades han dado énfasis al valor “seguridad” y que esta expansión no es mala *per se*, pero primero debe valorarse cuan eficiente puede ser el derecho penal en responder a las necesidades sociales de nuevas áreas. Explica que actualmente vivimos en sociedades de riesgos que pretenden evitar que aquellos se produzcan, lo que ha determinado la generación de tipos penales que suponen adelantarse a ellos, el riesgo de tal barrera protectora, sin embargo, es que se termine castigando conductas que pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria como lo es el derecho administrativo sancionador.

Señala que se debe tener cuidado con la tendencia a incriminar los delitos de víctima difusa, ya que priorizan objetivos de organización política, económica y social y no directamente al individuo. Por ello propone enfrentar tales tendencias con criterios de racionalización.

- a. Nuevos riesgos: actualmente enfrentamos riesgos que resulta difícil controlar en cuanto sus cursos causales, por ejemplo, la energía nuclear, o aquello que proviene de las nuevas tecnologías. Y, por tanto, se exige al Estado que adopte medidas para minimizarlos. La cuestión es, hasta donde el derecho penal puede enfrentar tales riesgos, para lo que debe precisarse cuando un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo. En ese sentido, se ha desarrollado la idea de delitos de acumulación, en que la generalización de actos supone un riesgo de afectación del funcionamiento del sistema. Esta solución presenta el problema de infringir el principio de culpabilidad en cierta medida y de estructurarse sobre presupuestos similares al derecho administrativo sancionador, que es un derecho de daño acumulativo. Por tanto, para Carnevali, la propensión de esto obedece a una “administrativización” del derecho penal.
- b. Mayor protagonismo de la víctima y otros grupos sociales: este fenómeno se produce por la mayor identificación de la sociedad con la víctima, por lo que la colectividad

dirige la responsabilidad en el autor del delito, lo que ha hecho que el sistema penal tienda a ser más riguroso y menos flexible. Por otra parte, está la intervención de los “gestores de moral colectiva”, entre los que se comprenden explica, grupos medioambientalistas, feministas, antidiscriminación u otros, que hoy son fuertes impulsores de políticas de criminalización o endurecimiento de las penas. Aquí se presenta el riesgo de que el derecho penal asuma funciones eminentemente simbólicas con escasa repercusión, al atribuírsele propósitos de pedagogía social que no le corresponde exclusivamente. Asimismo, sostiene, puede generar repercusiones de desaprobación si la sociedad valora que no cumple con su propósito preventivo.

- c. Derecho penal de la peligrosidad: este punto se relaciona con los imputables peligrosos y la adopción de medidas inculpativas. El autor destaca la idea de que estamos pasando de un derecho penal de la culpabilidad a uno de la seguridad, y es que la existencia de muchos reincidentes ha generado intranquilidad a la ciudadanía. Sostiene que para la sociedad es difícil admitir que la respuesta penal solo puede medirse sobre la base de la culpabilidad por el hecho y que debe asumir riesgos que puede representar un sujeto peligroso que ha cumplido su pena. Lo anterior produce que cobre especial importancia social el momento de reingreso del condenado a la vida social, sobre todo si el delito cometido es grave. El autor cree, que el concepto de peligrosidad y medidas de neutralización no ayuda, pues evoca concepciones autoritarias, sin embargo, la cuestión es cuan válidas pueden ser consideraciones de esta naturaleza, que se dirijan a controlar al individuo después de cumplida la pena, en un régimen democrático donde se valora la tolerancia y la libertad; la pregunta que debe hacerse entonces es bajo qué circunstancias se pueden justificar dentro de un estado de derecho.
- d. Eficiencia y racionalidad: el autor se pregunta en último lugar como racionalizar el empleo del instrumento penal, indica que la cuestión se trata de darle al derecho penal un contenido que autorice a precisar cuándo su recurso es legítimo y necesario, y por otra parte cuando pueden estimarse eficientes otros medios de solución de conflictos. En ese orden apuesta a teorías como la del bien jurídico y los fines de la pena, para lo que debe considerarse cuestiones referidas al merecimiento y necesidad de la pena.

En cuanto al merecimiento este se fundamentaría en la justicia, que llama a considerar de especial significación aquellas conductas con importante arraigo en la conciencia social, de modo que su puesta en peligro autorice la intervención de instrumentos punitivos. Esto

explica, atiende eminentemente al contexto histórico-cultural en el que se manifiestan, lo que dificulta presentar criterios precisos.

En lo que concierne a la necesidad de la pena, debe pensarse si por razones de utilidad cierto bien debe ser protegido por otros medios con menor contenido de lesividad que el recurso penal, o si el recurso punitivo puede dar lugar a mayores consecuencias negativas. En conclusión, deben considerarse entonces por el legislador los criterios de justicia y utilidad para aplicar el sistema penal.

Finalmente, respecto a la propuesta metodológica que constituye el análisis económico del derecho, a pesar del escepticismo en nuestra cultura, si se concuerda que el derecho penal solo debe intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no se puede prescindir de instrumentos que permiten medir su eficiencia para revisarse cuan eficiente es con el menor costo posible. Estas valoraciones deben tener en cuenta el respeto a la persona y su dignidad. En ese sentido el autor resalta que a su parecer esta propuesta metodológica, que indudablemente requiere de mayor profundización, no debe ser entendida como una manifestación de la cultura neoliberal, sino que entrega herramientas para precisar el real funcionamiento de instituciones como las penales, pero tampoco debe prescindirse del estudio práctico para demostrar la eficiencia de tales instituciones.

2.4.2 La víctima

Comienza Carnevali por exponer en su obra que se describirá a continuación, (Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal, 2005), aquellas tesis que proponen otorgar a la víctima un mayor protagonismo en la solución del conflicto penal, las que se enmarcan fundamentalmente en la idea de devolver el conflicto a la sociedad y que se han dirigido principalmente a establecer procedimientos de mediación y de reparación, como tercera vía.

En ese sentido señala que el desarrollo de algunas tesis victimológicas, como, asimismo, del movimiento de resolución alternativa de conflictos e, incluso, de posturas

provenientes del abolicionismo, ha permitido que la víctima vaya adquiriendo una mayor participación. Esto ha traído como consecuencia que actualmente se hable de la necesidad de devolver el conflicto a la sociedad, de modo que al momento de buscar mecanismos de solución de los conflictos penales la víctima tenga un mayor protagonismo.

Así, si se considera que la misión esencial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, precisamente, la afectación o puesta en peligro de éstos, tratándose de los bienes de carácter individual, supone que hay un titular que se ve afectado, sin embargo, tal propósito no alcanza a comprender a la víctima en toda su dimensión, por lo que se hace urgente establecer respuestas, que vayan más allá del plano indemnizatorio, como tradicionalmente ha ocurrido.

En el contexto de huida del derecho penal, explica que a partir de la década del sesenta se aprecia ya no sólo un movimiento de descriminalización, sino que también abolicionista. La influencia de estos movimientos hizo visible las deficiencias del sistema penal “clásico”, procurando su humanización, como, asimismo, su esfuerzo por buscar mecanismos de solución al conflicto distintos al punitivo. Como consecuencia de esto, surgen las tesis victimológicas.

Si bien las posturas abolicionistas no son aceptadas de forma directa por la dogmática penal, Carnevali reconoce que influyeron para que el derecho penal fuera adoptando ciertas orientaciones dirigidas a la víctima, en cuanto a que tuviera una mayor participación en la resolución del conflicto, y que no se limitara, al plano puramente indemnizatorio. Tales orientaciones pretenden dirigir al derecho penal y procesal penal hacia un sistema con componentes transaccionales, en que la víctima pueda concordar con el delincuente mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales.

Antes que todo, Carnevali destaca y reconoce que el nuevo sistema procesal penal puso a la víctima en una mejor posición, pues los derechos que se le reconocen en el proceso

a partir del art. 109 CPP y otros, le permiten tener un mayor protagonismo para velar por sus propios intereses.

Ahora bien, señala, que las orientaciones dogmáticas que buscan otorgar mayor protagonismo a la víctima para la resolución del conflicto se dirigen esencialmente hacia dos direcciones. Una de ellas son los procesos de mediación, siendo uno de sus objetivos más importantes la reparación, no en el sentido de “tercera vía”. Precisamente, es en este marco en donde se comprende una de las formas de solución propia de la llamada justicia restaurativa. La otra dirección es la reparación entendida, como una vía distinta a la pena y a la medida de seguridad, por ello se habla de tercera vía. Explica que son estas dos propuestas las que han pretendido dar, dentro de la esfera penal, una respuesta al conflicto penal en el que tenga una mayor participación la víctima.

Así sostiene que la mediación tiene un mayor contenido victimológico, pues son las partes involucradas en el conflicto quienes negocian su solución, con lo cual se genera una especie de privatización del derecho penal. Señala que, en nuestra legislación existen ciertos esbozos que permitirían afirmar que se está más cerca, aunque indica tímidamente, de la mediación que de la reparación como tercera vía, así por ejemplo sucede con los acuerdos reparatorios.

1. Mediación como forma de justicia restaurativa.

Cuando se habla de mediación se entiende como un proceso en que hay un menor grado de formalización, en el que con la intervención de un tercero neutral se procura que las partes, víctima y autor, lleguen a un acuerdo. Se da, por tanto, una relación de horizontalidad y no de verticalidad, propia de la justicia punitiva.

Cabe destacar que, en la gran mayoría de los casos de delitos contra la propiedad, las víctimas manifiestan su interés en participar en estos procesos de mediación penal, manifestando un alto grado de satisfacción frente a la resolución a su conflicto. Por otra parte, indica que se ha podido apreciar que los autores de estos delitos reinciden menos que quienes

no han intervenido en estos sistemas. En este sentido, dada la responsabilidad que aquéllos asumen con la víctima y la sociedad, existen mayores probabilidades de reinserción.

Se ha afirmado que la vía de la mediación permite satisfacer las funciones preventivas que le caben a las normas del derecho penal. En efecto, si se valora esta institución desde una perspectiva preventivo general, en la medida en que intervenga un tercero que cumple funciones derivadas de un tribunal, que interceda entre el autor y la víctima en la búsqueda de una solución consensuada permitiría la reafirmación de la norma jurídica quebrantada. Si bien la mediación ha tenido lugar dentro de un sistema menos formalizado, supone un acto de público reconocimiento de que se ha infringido la norma. Sin embargo, la anterior afirmación ha dado lugar a cuestionamientos, pues señala que, hay quienes sostienen que estas manifestaciones “privatizadoras” generarán desconfianza al sacrificarse a la víctima potencial, la sociedad, en pos de la víctima actual.

En lo que respecta a consideraciones preventivo-especiales, dado que las medidas que se adoptan no suponen graves limitaciones a los derechos fundamentales del autor, como sí sucede con las penas privativas de libertad, no se le expone a un importante factor criminógeno como lo es la convivencia carcelaria. En consecuencia, las posibilidades de reinserción social se acrecientan. Además, a su parecer, una las particularidades más relevantes de la mediación, es que el autor se “contacte” con la víctima, apreciando directamente las consecuencias de comportamiento, lo que permite generar en aquél una potente impresión que fortalece su proceso de reinserción pues asume activamente la responsabilidad para reparar el daño causado.

Respecto a nuestro ordenamiento, señala que sólo podrían estimarse, con ciertas limitaciones, como instituciones cercanas a este sistema, los acuerdos reparatorios del art. 241 y ss. del CPP y la conciliación dentro del procedimiento por delito de acción privada contemplada en el art. 404 del CPP. Sostiene que en ambos casos se exige para su materialización, el consentimiento, tanto del imputado, a quien no se le exige que reconozca su responsabilidad en los hechos, como de la víctima. Aunque es posible, respecto de los

acuerdos reparatorios, que el juez de garantía no los autorice si se dan los presupuestos que precisa el inciso tercero del art. 241. Por tanto, la sola voluntad del autor y la víctima no es determinante, ya que hay un tercero, el juez, que mantiene un papel decisivo.

2. Reparación como tercera vía.

Para Carnevali, su aplicación es posible en aquellos casos que se castigan con penas de multa o con penas privativas de libertad de corto tiempo, o incluso, tratándose de delitos de mayor gravedad, la reparación del daño puede dar lugar, tanto a una remisión de la pena como, en su caso, a una atenuación de ésta. Ahora bien, estima que estos planteamientos tienen sentido siempre y cuando no haya necesidad de imponer una pena, ya sea desde una perspectiva preventivo general o preventivo especial.

Si se considera que la reparación se enmarca como una tercera vía, dentro del sistema de sanciones, lo que quiere decir que no se trata de una cuestión civil, es esencial precisar si satisface a los fines preventivos de la pena. Carnevali considera a este respecto que, desde consideraciones preventivo-especiales, podría cumplir un efecto resocializador, ya que permite al autor del delito enfrentar las consecuencias de su acto y conocer los intereses de la víctima, incluso señala que el autor del delito puede experimentar, de una manera más intensa que a través de una pena, un reconocimiento de la norma jurídico penal.

Por su parte, desde una perspectiva preventivo general, particularmente integradora, el que se haya reparado a la víctima también podría suponer un mensaje a la sociedad, y es que, al resolver judicialmente aquellos actos que han generado una perturbación a la paz social, es posible el restablecimiento de ésta y con ello ver reafirmada la vigencia de la norma, generando así confianza en el ordenamiento jurídico.

No obstante, señala que pueden surgir ciertas conjeturas en cuanto a que si estas medidas disuaden (prevención general negativa) sobre todo, dado el énfasis en reparar a la víctima actual, es decir, la preeminencia en dar una solución al hecho cometido por sobre los futuros.

Respecto a nuestro ordenamiento indica que no es posible hallar instituciones que respondan a sus presupuestos. Esto es porque en Chile se mantiene la clásica distinción entre penas y medidas de seguridad. Por lo tanto, la reparación responde más bien a una decisión de orden político-criminal, ya sea como medida para determinar la pena o dentro de la ejecución de la sentencia. En este sentido se puede citar, entre otros preceptos, la atenuante genérica del art. 11 N° 7 del CP; la atenuación específica del art. 142 bis del CP; la reparación a las víctimas de accidentes de ferrocarriles que establece el art. 327 del CP; el cumplimiento de las obligaciones legales en beneficio de la víctima que regula el art. 370 bis del CP; las condiciones que debe cumplir el condenado tratándose de la Ley 18.216.

Sin perjuicio de que anteriormente el profesor Carnevali ha señalado que la adopción de políticas criminales que se estructuran sobre la base de devolver el conflicto a la sociedad deberían merecer un juicio positivo, por cuanto un sistema de justicia penal en el que sólo se considere los intereses estatales por sobre los de la víctima, supone dejar de atender precisamente a quien es el titular del bien jurídico afectado por la generación del conflicto penal, por otro lado sostiene, que no deja de ser cierto, que los sistemas que pretenden darle a la víctima un papel relevante, “privatizan” un conflicto que se ha calificado previamente como penal, es decir, respecto del que se ha manifestado públicamente que afectan bienes jurídicos penales y por tanto, de relevancia social, autorizando por ello el ejercicio del *ius puniendi*. Entonces, bajo la idea de que las víctimas preferirían una mayor participación en el proceso penal y por sistemas regidos por la mediación, se puede llegar a un renacimiento de la pena privada.

Las afirmaciones precedentes hacen reflexionar a Carnevali sobre lo discutible que resulta el mantenimiento de ambos mecanismos de solución de conflictos dentro de un sistema de justicia punitiva. En efecto, parece difícil de entender la incorporación de instrumentos de mediación dentro de un sistema cuya base se construye, precisamente, mediante la selección de conflictos que tienen una relevancia que va más allá de la víctima.

En la medida en que la definición del conflicto se elabora conforme a la infracción de una ley penal, el que se reconozca la procedencia de otros mecanismos propios de la justicia restaurativa, como es la mediación, para solucionar los mismos conflictos, puede suponer un reconocimiento público de que la justicia punitiva conlleva efectos no del todo positivos.

Por tanto, indica, es perfectamente posible pensar en la despenalización de determinados comportamientos al apreciarse la viabilidad de medios no punitivos.

Siguiendo esa línea opina que no es del todo cierto afirmar que el derecho penal se despreocupa de la víctima, ya que, precisamente, el nacimiento del derecho penal moderno que supuso que el estado monopolice el ejercicio del *ius puniendi*, surgió como consecuencia de la desconfianza que generaba las reacciones sancionatorias de las propias víctimas, las que muchas veces excedían la real magnitud del hecho cometido.

Por otra parte, el derecho penal moderno ha estado orientado hacia la víctima, evitando que las víctimas potenciales se conviertan en víctimas actuales. Estimando pues, que el derecho penal se dirige esencialmente hacia las víctimas potenciales, la sociedad, por sobre consideraciones de orientación hacia la víctima actual, que son las que toma en cuenta sistemas como la mediación, no queda tan claro si es posible lograr una adecuada solución al conflicto dentro de la esfera del derecho penal. Y es que indica, existe un riesgo cierto de que al pretender satisfacer a la víctima actual se termine sacrificando a las víctimas potenciales. Por lo que a la hora de valorar la aplicación de estas instituciones debe tenerse especial cuidado, pues si bien puede creerse que permitirían la estabilización de la norma infringida, el que se enfatice la respuesta hacia la víctima actual puede terminar generando una mayor desestabilización y desconfianza hacia la norma penal y, de esta forma, afectar a las víctimas potenciales. Esto provocaría que no se cumpla con los fines preventivo-generales que les caben a las normas jurídico-penales. Así destaca que el delito siempre implica la lesión de un bien jurídico penal, y, por tanto, su afectación trasciende la relación autor víctima.

Por lo dicho anteriormente concluye que resulta difícil afirmar que las instituciones que se construyen sobre la base de satisfacer a la víctima actual pueden tener una mayor eficacia preventivo general que la pena, por lo que resulta más adecuado enmarcar el conflicto dentro de la esfera del derecho penal.

Conforme a ello, para Carnevali parece más razonable que, si en la solución de determinados conflictos penales se recurre a mecanismos propios de la mediación y ello no genera mayor desestabilización de la norma penal, debería pensarse en la despenalización de determinados comportamientos. Así, hace presente que descriminalizar un determinado comportamiento no significa dejar sin respuesta el conflicto, sino que, provendrá de otros controles menos formales.

Finalmente, se refiere a la paradoja producida en los tiempos actuales, en que, por un lado, se está recurriendo excesivamente a la pena, ya sea criminalizando comportamientos de bagatela o endureciendo las penas y, por otro, se introduzcan mecanismos alternativos a la pena, con lo que de alguna manera se está reconociendo la ineficacia del sistema punitivo.

Como consecuencia explica que, al mantener estos sistemas de solución dentro de la justicia penal, se crea el riesgo de convertirlos en formas pervertidas de control punitivo, ya que, al racionalizar los recursos estatales persecutorios, puede ocurrir el propósito de reparar a la víctima ceda frente a la presión a la que se ven enfrentados constantemente los órganos persecutorios y los tribunales para lograr soluciones rápidas a los conflictos. Así, no sería extraño que se ejercieran presiones sobre el imputado para reparar, vulnerando la presunción de inocencia, entonces la víctima pasaría a convertirse en un agente legitimador de un modelo punitivo que busca esencialmente la eficiencia.

Posteriormente, en 2014, Carnevali se refiere a la situación de la víctima en el derecho internacional a través de su publicación titulada “La víctima en el derecho penal internacional” (2014) donde analiza, desde la perspectiva de la política criminal, si acaso existe un derecho de la víctima a ser “compensada” socialmente por el trauma que le ha

significado el delito, y si esa compensación sólo podría satisfacerse con la imposición efectiva del castigo, o bastaría la declaración de la pena a través de la sentencia.

Señala que esta cuestión se relaciona con el discurso de la lucha contra la impunidad, pues, como sostiene Silva Sánchez, la lucha contra la impunidad busca satisfacer el derecho de la víctima a la justicia, entendiendo esta última como el derecho al castigo del autor y que se manifiesta por ejemplo en el endurecimiento de las penas o en la búsqueda por aumentar los plazos de prescripción de los delitos.

A este respecto, Carnevali sostiene que con la declaración de culpabilidad expresada en la sentencia bastaría para que la sociedad cumpla con la “solidaridad con la víctima” pues, el mensaje comunicativo de la sentencia satisfaría exigencias de orden preventivo general positivo. Por su parte, el Estado, debe determinar si, además, por razones preventivas, efectivamente aplica o no dicha pena. Siguiendo las ideas de Silva Sánchez, indica que firmar lo contrario, sería una venganza institucionalizada.

El profesor es de la opinión que la discusión acerca de protección de la víctima tiene consecuencias negativas en el derecho penal, pues se corre el riesgo de que se traduzca en su utilización para la generación de políticas expansionistas que terminen reduciendo los derechos civiles.

Por último, afirma que la justicia y la reparación a las víctimas puede alcanzarse también con prescindencia del castigo, a través de los procesos de justicia de transición. Así, en el ámbito de violaciones a los derechos humanos, a partir de la interpretación del art. 53 n°1 c) y n°2 c) del Estatuto de Roma se entienden admisibles procesos de reconciliación y de perdón, ya que se exige al fiscal considerar para iniciar una investigación si ha existido interés en la justicia, es decir, aspectos políticos, como las valoraciones a las medidas de excepción que un estado puede haber adoptado en sus procesos de paz y reconciliación cuando estas incluyan real interés en la investigación, medidas de reparación a las víctimas y se encuentren respaldadas por decisiones democráticas. Dicho en otros términos, si el estado se abstiene de

la persecución penal, en pos de procesos de pacificación, ello obedecería a un interés en la justicia. Estos son casos en que la persecución penal conlleva riesgos de desestabilización social, entonces, cabe aceptar mecanismos de transición, como, por ejemplo, Comisiones de Verdad. Así, la justicia de transición es especialmente justicia para las víctimas y, en consecuencia, sus intereses pueden ser satisfechos si la verdad, la justicia y la reparación son consideradas en procesos creados para tal efecto y que se dirijan a la reconciliación nacional.

2.4.3 Amnistía y violación de derechos humanos. Aportes de Raúl Carnevali

Precisamente y en relación con lo expresado en el apartado anterior, el profesor Carnevali ha investigado y escrito sobre el rol de la amnistía cuando existe violación de derechos humanos en el contexto de justicia transicional. Así, ha plasmado en sus obras, “Caso Amnistía a los agentes de la DINA” (Carnevali, 2015), “Un examen a la justicia penal transicional. Especial atención a la amnistía” (Carnevali, 2018) y, “La fórmula de Radbruch y su expresión en sentencias de la Corte interamericana de los Derechos Humanos” (Carnevali, 2017), sus ideas y consideraciones al respecto, las cuales paso a describir a continuación.

La justicia transicional explica, corresponde a un concepto empleado para identificar los procesos dirigidos a enfrentar un pasado de sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en que pretende transitar desde regímenes autoritarios hacia la democracia o bien, superar conflictos armados para alcanzar la paz. Sin embargo, no existe un marco normativo ni en el derecho internacional ni en los ordenamientos internos que la regulen, no obstante, en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 15 de diciembre de 2004 se dice que puede entenderse por justicia transicional:

“Toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de

personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (Carnevali, 2018, pág. 1)

Explica Carnevali que la dificultad de su aplicación radica en un juego de equilibrio entre la justicia retributiva y restaurativa, pues cualquiera de estos dos caminos tomados de forma absoluta en contexto de quiebre político y social profundo, pueden resultar contraproducentes. Por lo tanto, la justicia transicional se caracteriza por su deber de procurar equilibrar las necesidades de ambas.

La justicia restaurativa por su parte, corresponde a un proceso participativo y deliberativo entre el autor y la víctima, e incluso otras personas como familiares, en que se busca llegar a un acuerdo que sea satisfactorio para reparar los daños causados por el hecho delictivo. Se entiende entonces, que se alcanza la justicia cuando las partes se encuentran satisfechas con el acuerdo, ciertamente bajo estándares mínimos que garanticen la voluntariedad y la proporcionalidad de este. Al sustentarse en el diálogo, supone un carácter no adversarial. Aun así, no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones, pero estas se centran en la reparación que pueda sentir la víctima por el daño causado por el delito.

Por otro lado, la justicia retributiva, comprende el delito como la realización de un comportamiento que supone un quebrantamiento de la norma penal, así, el enfoque se centra en la infracción de la norma lo que lleva a imponer una pena que se entiende como castigo, la que solo se justifica si se ha demostrado la culpabilidad del responsable. En ese sentido, los principales actores son el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi* y el autor del delito, la víctima desempeña un papel secundario y puede no quedar satisfecha con la sentencia, pues se entiende que los conflictos tienen una trascendencia general y la imposición de la pena se dirige a restablecer la paz social que quebrantó el delito. Esto, lleva a un modelo procedimental adversarial, en que el tribunal actúa como tercero imparcial.

De acuerdo con lo dicho, Carnevali destaca que, si la justicia de transición es para las víctimas, debe entonces contener indefectiblemente componentes restaurativos, en ese sentido para nuestro autor cabrían instrumentos como la amnistía, pues al entenderse dentro de un proceso de “verdad, justicia y reparación” no habría olvido y se centraría la atención en el presente.

El art. 93 n°3 del CP define la amnistía como una causa de extinción de responsabilidad penal. Explica el doctor y profesor Carnevali que la institución de la amnistía data del antiguo régimen y tiene su origen en el derecho de gracia, al igual que el indulto. El soberano podía perdonar las penas impuestas o intervenir para evitar su imposición. Tanto el indulto como la amnistía sobrevivieron a la conformación de estados liberales, el indulto, por su parte, es la forma más tradicional de gracia, ya que en el caso de los indultos particulares pueden ser otorgados por el jefe de Estado según el art.32 n°14 de nuestra CPR. Las amnistías y los indultos generales, en cambio, solo pueden otorgarse por ley de quorum calificado de acuerdo con el art. 63 n°16 de la CPR, esto, porque las amnistías suponen una herramienta de pacificación social debiendo aplicarse solo de manera excepcional y su aplicación debe tener un carácter objetivo y general, atendiendo al delito y no a las consideraciones personales del autor, es decir, se aplica sobre los hechos y no sobre casos particulares.

Carnevali explica que la amnistía no deroga la ley, que por el contrario se mantiene vigente, sino que constituye una excusa absolutoria previa revalorización de los hechos, otorgando impunidad a quienes les favorece por razones de orden político criminal. A pesar de ello, indica que de igual forma se han otorgado amnistías particulares, y que para autores como Garrido Montt esto no constituye un problema pues no existe impedimento que justifique la limitación de estas pues su origen enmarcado en el derecho de gracia siempre alude a responsabilidades, las cuales son personales.

Indica que las amnistías pueden ser propias o impropias, dependiendo del período en la que se dicta la ley. Serán propias cuando la dictación de esta es antes de que la sentencia firme sea pronunciada, lo que extingue la acción penal. Será impropia, cuando la dictación

ocurre luego de que se encuentre firme la sentencia, extinguiendo la pena. Incluso dice, cabe su aplicación luego de su cumplimiento pues otorga el derecho de no figurar como reincidente. Respecto a sus efectos, explica que además de extinguir la pena principal, extingue las penas accesorias, pero no la responsabilidad civil.

Si bien la ley no establece restricciones respecto a la naturaleza de los delitos que pueden ser objeto de una amnistía, para Carnevali parece difícil su extensión a delitos comunes debido a su función pacificadora, debiendo aplicarse solo a delitos políticos y militares, sin embargo, da cuenta que se ha otorgado respecto de delitos comunes perjudicando su utilidad, pues se ve desprestigiada frente a la ciudadanía por apreciarse como una herramienta manipulada políticamente.

En ese contexto explica el concepto de *amnistías al revés* dando cuenta que se entiende por tales aquellas utilizadas para privilegiar a servidores de un gobierno, en que se manipulan las circunstancias para que se asegure impunidad por los delitos que cometen. Así el DL N°2.191 de 1978 corresponde a una norma ilegítima por enmarcarse en este concepto.

Por otra parte, aclara que, a la luz del derecho internacional, los delitos atentatorios a los derechos humanos no son amnistiables, pues no resultan admisibles actos que impidan la investigación y sanción de aquellos comportamientos, tal como se desprende de distintas normas de derecho de derecho internacional²⁵ y como lo ha puesto de manifiesto en diversas sentencias la CIDH.

Los Convenios de Ginebra de 1949 también disponen que los Estados deben comprometerse a tomar medidas para determinar sanciones penales sobre quienes cometan

²⁵ Así el art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas en su letra c) afirma el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades. Por otra parte, pueden citarse, la Convención para la prevención y la sanción del genocidio; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. En todas ellas se establece el compromiso de los Estados de disponer de las medidas necesarias para sancionar eficazmente a quienes incurrieron en estos delitos.

las infracciones que disponen y a pesar, que el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de 1977 permite la amnistía, se ha interpretado que no serían admisibles las que den lugar a la impunidad de quienes hayan atentado contra el Derecho Internacional Humanitario, sino que se dirige a quienes han sido vencidos o juzgados en el conflicto por su participación en él, pero no comprende los casos de auto exoneración de quienes violaron derechos humanos.

Por su parte, el Estatuto de Roma, tal como se explicó al final en el apartado anterior mandata al fiscal a tomar en cuenta para fundamentar su resolución consideraciones políticas y no sólo jurídicas, como son las valoraciones de las medidas de excepción que un Estado puede haber tomado para sus procesos de paz y reconciliación. Es decir, casos en que el Estado se abstiene de la persecución penal, obedeciendo a un interés de la justicia. En tales contextos, cabría la dictación de amnistías, así, por ejemplo, en el caso de Sudáfrica se autorizó a la Comisión a otorgar amnistías individuales.

En el sistema americano explica, la CADH afirma en diversas disposiciones²⁶ que la amnistía puede conducir a la indefensión de las víctimas y el aseguramiento de la impunidad, por lo que los Estados deben adoptar medidas a fin de que nadie sea sustraído de la protección judicial.

Con lo anterior, da cuenta que en toda la normativa del sistema internacional de protección a los derechos humanos se impide la aplicación de amnistías cuando se afectan derechos humanos.

Respecto al DL N°2.191 en específico, distingue diversas etapas en la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos, en que se transitó desde su aplicación sin cuestionamientos, hasta la actualidad en que no tiene relevancia por imponerse las normas del derecho internacional. El punto de inflexión se produjo con la sentencia de la CIDH en

²⁶ Por ejemplo, los art. 1.1 y 2° en relación a los art. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

el caso *Almonacid Arellano vs. Chile de 2006* que determinó la incompatibilidad del DL en cuestión con el sistema de protección de derechos humanos, la que luego sirvió de base para que en el mismo año la CS resolviera según las normas del derecho internacional en el caso *Molco*, así también falló en el año 2007 en el caso *Chena.*, argumentando que las normas de orden interno debían ser interpretadas en concordancia con el derecho multinacional, de modo que si el Estado había asumido compromisos internacionales limitando su soberanía, no podía aplicar reglas de clemencia respecto de ilícitos que son sancionados por la legislación internacional.

En síntesis, arguye que la amnistía constituye un instrumento legítimo para la pacificación social, pero debe emplearse responsablemente, sobre todo en materia de derechos humanos, pues en este ámbito los estados asumen obligaciones internacionales que deben cumplir. Así también, deben rechazarse los intentos de autoamnistías, como es el DL N°2.191 de 1978, pues intencionalmente está dirigido a asegurar la impunidad de quienes cometieron crímenes graves y atentatorios contra los derechos humanos. Asimismo, el sistema internacional de protección a los derechos humanos impone cada vez más limitaciones a las amnistías. En ese sentido, para Carnevali en este caso se recurre a la fórmula Radbruch, pues se estaría frente a normas que son expresión de un derecho arbitrario, en cuyo caso según la ley positiva debe ceder ante la justicia, esto, por constituir las amnistías la propia negación del derecho. (Carnevali, 2017, pág. 354)

Con todo, advierte que, en el Estatuto de Roma, no quedaría clara la prohibición al hablarse del “interés de la justicia”, pues podrían caber las amnistías, si conforme a una decisión democrática se estima que favorecen la reconciliación y reparación de las víctimas. Aun así, destaca el caso de la CIDH *Gelman vs. Uruguay* de 2011 donde se falla lo contrario, pues, aunque democráticamente y en dos oportunidades se aprobó la ley de amnistía por la ciudadanía a través de plebiscitos, la Corte estimó que aquello no le otorgaba legitimidad ante el derecho internacional.

2.4.4 Tratamiento penitenciario y medidas de seguridad

Carnevali ha tratado la aplicación de medidas de seguridad desde tres perspectivas, por una parte ha criticado nuestro sistema penitenciario desde una mirada económica y de política criminal, por otra, ha investigado sobre los problemas de constitucionalidad que presenta el tratamiento normativo respecto de los internos en Chile y en tercer lugar, ha planteado su posición respecto a las consecuencias en la aplicación de medidas de seguridad cuando se analiza en sede de culpabilidad la situación en que el acusado ha actuado sin comprender los efectos de su comportamiento. En las próximas líneas se describirá la obra del profesor Carnevali en los aspectos mencionados.

En primer lugar, analiza el sistema carcelario chileno a través de la obra “Cárceles privadas. ¿Es sólo un negocio?” (Carnevali, 2001). A continuación, paso a describir sus principales críticas y conclusiones al respecto.

Comienza el autor por reconocer que es innegable que quienes administran las cárceles en Chile, persiguen un objetivo lucrativo lo que es negativo si se considera que éste no es un negocio cualquiera pues se trata de la vulneración de derechos fundamentales de las personas por parte del estado, por tanto, el examen debe hacerse desde una perspectiva distinta al lucro en un negocio cualquiera, analizando si la privatización de la administración de las cárceles es la solución a los problemas que se presentan en la esfera penitenciaria.

El autor plantea sus reflexiones en base a tres puntos que corresponden a los argumentos ofrecidos por quienes apoyan la idea de un sistema privado de administración carcelaria: a) que supone un ahorro para el Estado; b) que ofrece mayor seguridad; y c) que es la mejor alternativa para una efectiva rehabilitación de los reclusos. A su parecer, ninguno de estos aspectos es acertado ni se cumple en la práctica, y, de hecho, genera mayores inconvenientes.

En ese sentido, su primera apreciación frente a este negocio dice relación con que, si el lucro se obtiene con la construcción de cárceles, para que sean rentables éstas deben

encontrarse permanentemente ocupadas, por lo que consecuentemente se adoptan políticas criminales más represivas y se endurecen las penas, dado que allí está el mercado.

En cuanto al ahorro para el estado y la mayor seguridad que ofrece la privatización de las cárceles a la ciudadanía, estima que el estado debiera asumir gastos para la supervisión de una correcta administración del recinto, a través de la creación de una superintendencia, por ejemplo, y, por otro lado, como consecuencia del negocio, el estado debiera garantizar a la empresa carcelaria un número mínimo de presos. Entendiéndolo así, señala que es factible que la empresa pudiera argumentar un incumplimiento contractual si el estado decide trasladar a los internos por razones de seguridad, de modo que los contribuyentes asumirían los costos por esta clase de conflictos contractuales.

Luego, considerando que el incentivo de estas empresas es el lucro, buscarán reducir los costos, de manera que los márgenes de ganancias sean aún mayores.

Respecto a la atención médica, la práctica empleada por las empresas privadas es la de fijar un monto máximo a su cargo, la que tiende a ser baja (para que la propuesta al oferente privado sea atractiva) asumiendo el estado el exceso por gastos de este orden. Por ello, señala que en estos casos también será el estado y, por ende, los contribuyentes, quienes deben solventar el excedente.

Por otro lado, pone de manifiesto los riesgos de una política reduccionista en los costos es en materia de seguridad pública. Es aquí, al parecer del autor, donde las cárceles privadas presentan el mayor problema, pues a largo plazo indica, supone un mayor gasto para el erario público. Explica que una de las mayores debilidades del sistema se presenta en el personal empleado para realizar las labores de vigilancia, pues éste no tiene la debida preparación y experiencia para asumir un trabajo carcelario, que, es excesivamente peligroso. A lo anterior se agrega la constante rotación de un personal que, por regla general, no llega a su cargo con el debido entrenamiento por lo que los riesgos de motines y de fugas son altísimos.

En este sentido, los costos de aquellas situaciones son asumidas por el estado, las corporaciones no se hacen cargo por el incumplimiento de tales obligaciones pues el riesgo ya existe y, además, para las empresas carcelarias el que se les sancione no representa ninguna amenaza, pues se trata de una industria en que muy pocas empresas participan debido a los altos niveles de inversión que requiere, por lo que prácticamente no existe competencia, el estado tiene muy poca capacidad de negociación y el riesgo de perder el contrato para ellas es casi nulo.

Por otra parte, critica el escaso nivel de información que entregan que estas empresas entregan, sobre todo a los medios de comunicación, sobre lo que sucede en su interior.

Respecto a las mayores probabilidades de rehabilitación, señala que en la ciencia penal hay consenso en cuanto a las serias dificultades que supone un proceso de reinserción social a través de la privación de libertad, por lo que, a su parecer, el objetivo resocializador no puede ser el único principio legitimador de esta clase de penas. Por lo que la tendencia, en lo que se refiere al sistema de penas, se dirige a reducir en lo posible las penas privativas de libertad.

El autor estima que no posible aceptar que el sistema penitenciario quede en manos de los privados por la importancia que significa en la vida de las personas, ya que, señala que el actuar incentivado por las ganancias, a través de una reducción de costos, puede llegar a crear peligrosas condiciones sociales.

Carnevali reconoce que las cárceles chilenas requieren urgentemente de recintos modernos, y que el del hacinamiento es un problema gravísimo. Sin embargo, a su parecer, la cuestión no pasa únicamente por construir más cárceles, éste debe ser abordado tomando en cuenta diversas políticas públicas, no sólo desde una perspectiva punitiva. Primero propone, debe establecerse un sistema de penas más racional, en el que es imprescindible profundizar en las penas y medidas alternativas a las penas privativas de libertad, las que deben ser de *ultima ratio*. Agrega que se debe tomar conciencia de que la libertad es un

derecho fundamental, y que no puede emplearse la prisión preventiva como una especie de pena anticipada, lo que considera ha provocado en parte el actual hacinamiento carcelario, responsabilidad que indica tienen los propios legisladores, al imponer requisitos que dificultan el otorgamiento de la libertad provisional y destaca que la población carcelaria se compone en su mayoría personas procesadas y no por condenados.

Concluye que, a su parecer, la mejor política criminal es la política social, y que el derecho penal debe utilizarse como herramienta para enfrentar la delincuencia sólo bajo el principio de *ultima ratio*.

En segundo lugar, describiré sus propuestas plasmadas en su obra “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad” (Carnevali, 2013) redactada en coautoría con el profesor Francisco Maldonado.

Parten los autores por explicar que el concepto de tratamiento penitenciario se relaciona con la función que la pena cumple para servir al objetivo de la prevención especial positiva, ya que simboliza la idea de que la ejecución de la pena debe considerar instancias, tareas y acciones para que el condenado disminuya el riesgo de reiteración delictiva, a través de un aprendizaje orientado a convivir en sociedad.

Actualmente prima la idea de que *las funciones preventivo-especiales deben caracterizar la intervención penal en la fase de ejecución de la pena* (Carnevali, 2013, pág. 385) operando bajo el límite de la culpabilidad, lo que lleva a sostener que la ejecución de la pena debe orientarse a la reintegración del condenado (prevención especial positiva). Dicho objetivo, sin embargo, no se cumple al fundamentar la pena, pues, no se determina como el quantum de esta apunta a él. Esta noción de la ejecución penitenciaria conlleva la idea de progresión en tanto la administración del encierro es un camino que debe dirigirse a la recuperación de la libertad a partir de distintas consideraciones tanto de mérito como la menor necesidad preventiva de que el condenado permanezca privado de libertad. Por lo tanto, el encierro total es sustituido por el acceso a un “sistema de beneficios” que se alcanzan

por el condenado si satisface los objetivos materiales, lo que ofrecería una menor probabilidad de reincidencia.

Los autores destacan dos ideas asentadas, primero destacan que se reconoce ampliamente que la ejecución de la pena es contraproducente para la socialización del condenado y en segundo lugar que se comprende que el tratamiento obligatorio constituye un gravamen adicional al castigo y atenta contra la autonomía del individuo.

Estas ideas dicen, conllevan a que los sistemas penales consideren minimizar los efectos sociales dañinos del castigo a través de la configuración del sistema de condenas en las instancias de la determinación de la pena. Esto, tiene como consecuencia la existencia de una especie de deber moral que cae sobre la administración en la fase postpenitenciaria para satisfacer el modelo, incrementando las probabilidades de recaída del condenado. Por lo tanto, los objetivos preventivo especiales positivos pasan a operar en términos limitativos, materializándose en una restricción del castigo y a su vez, la obligatoriedad de su contenido para el Estado se transforma en una oferta de participación que apela a los méritos del sujeto directamente o bien, a través de incentivos, a la asunción del condenado de la conveniencia en su utilización para la recuperación de su libertad.

En ese sentido, los sistemas penales buscan introducir mecanismos que eviten la aplicación de condenas de corta duración como la suspensión y condicionalidad de la ejecución de la condena, de sustitución de condenas privativas de libertad, instancias conciliatorias o de mediación. Por otra parte, consideran instancias de acompañamiento de egreso del condenado y posibilidades de eliminación de antecedentes prontuariales. El tratamiento penitenciario entonces, ofrece como indicativo favorable para el pronóstico de sociabilidad la participación del condenado en instancias formativas.

En Chile no existen definiciones legales que reconozcan ni regulen el tratamiento penitenciario en la ejecución de la pena privativa de libertad, salvo, indirectamente la obligación que recae sobre ciertos condenados a realizar actividades laborales como parte del

contenido de la pena. Esto se refleja en la distinción del CP entre las penas de presidio y reclusión, en que la primera es más grave ya que conlleva el deber de realizar actividades laborales por parte del condenado. La fundamentación de aquello, no se orienta para nada explicar, a la influencia del trabajo con la reinserción del condenado, sino que constituye una carga negativa de carácter sancionatorio desvinculada de cualquier orientación preventivo especial. Además, tal distinción no tiene relevancia práctica, ya que no existen condiciones materiales en los recintos penales que permitan el trabajo de los individuos en forma masiva, lo que explica su desuso.

Por lo anterior, el régimen penitenciario en nuestro país está regulado en niveles normativos *infra* legales a través de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo y se encuentra contenido en diversos instrumentos como el Reglamento de Establecimientos Penitenciario plasmado en el DS N°518 que opera como cuerpo orgánico central, y conforme al cual, la actividad penitenciaria es dual, pues se orienta a la satisfacción de aspectos de control del encierro y a aspectos del desarrollo de la acción educativa necesaria para la reinserción social.

La expresión “acción educativa” no es usada como sinónimo de actividades de instrucción o formación escolar, sino como referencia al proceso de reinserción social, por lo que el concepto se enmarca en una perspectiva tradicional del tratamiento en que se comprende que el condenado padece déficits de formación personal, por lo que requeriría para resocializarse que se destinen esfuerzos a su educación personal. Sin embargo, este razonamiento queda solo en lo formal, pues la normativa apunta en otra dirección. En efecto, el contenido del reglamento apunta a la creación de perfiles de riesgo, vinculando los objetivos de la reinserción, al tratamiento de los condicionantes personales, así, se asigna al tratamiento objetivos más amplios y en términos valorativos un concepto más neutral.

En relación con lo anterior, la normativa establece como principio orientador de la organización de los establecimientos penitenciarios, el principio regulativo que comprende actividades y acciones que buscan la reinserción social y la disminución del compromiso

delictivo de los condenados. De esa forma, la resocialización se enfoca en remover o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva, para que por voluntad propia participen de la convivencia social y, por tanto, debe ser personalizada, progresiva y voluntaria.

Esta conceptualización del tratamiento conlleva la necesidad de que el modelo disponga por la administración de variadas actividades para que el condenado pueda ejecutar a su elección, que y su participación se oriente por una guía de evaluación de las necesidades según el perfil de cada individuo. Cada actividad debe tener objetivos, desarrollarse en etapas y debe existir una fórmula de sistematización general. Sin embargo, esto no se encuentra recogido en nuestro modelo, lo que convierte a tales normas en meras declaraciones formales, la normativa se limita a referencias genéricas y nominales, cuya consideración está vinculada a la progresión concreta que puede experimentar la recuperación de la libertad en las instancias finales de la ejecución de la condena. Lo anterior se traduce en que las actividades del tratamiento estén faltas de sistematicidad e intencionalidad predefinida acorde a un modelo de intervención.

Entonces, la mayoría de las actividades de reinserción y tratamiento se asocia exclusivamente a la regulación de los permisos de salida del recinto que se traducen en alternativas progresivas hacia el goce de libertad. Entendiéndolo así, se constituyen como un beneficio que forma parte de las actividades de reinserción social y por ello, no son asumidos como una consecuencia del proceso de tratamiento, sino como instancias de prueba, donde el desarrollo autónomo en relación con el perfil de riesgo del individuo determina su caracterización concreta y su eventual puesta en libertad. Además, el contenido del tratamiento está confiado a los incentivos que ofrece el término del encierro en base a condiciones preexistentes y no a consecuencia de la actividad de la administración. Lo mismo ocurre con el sistema de reducción de condena que se basa en el comportamiento demostrado por el condenado, en que el goce de libertad es resultado de la evaluación de su desempeño cotidiano, premiando a aquellos que obtengan un desarrollo sobresaliente con una reducción de dos meses de la condena, que puede incrementarse en un mes si se supera el cumplimiento

de la mitad de esta. Para ello, se realiza una evaluación anual por una comisión interinstitucional, entre miembros del Poder Judicial y de la administración.

Estos criterios, explican los autores, son más bien teóricos pues conforman una estructura que apunta a objetivos de control de los condenados. Hay que considerar, que el acceso a este régimen está limitado a una evaluación previa, en la que sólo se consideran aspectos de la conducta institucional del interno, además, la evaluación de actividades asociadas al tratamiento está sujeta a la disponibilidad práctica de la administración que en general es escasa, por lo que sólo se ven beneficiados quienes tengan un perfil base que lo permita, limitando en gran parte la posibilidad de reinserción de aquellos que requieren efectivamente un trabajo, ya que respecto de ellos el sistema renuncia de antemano. Se suma a lo anterior, la consideración de que el beneficio solo puede reclamarse una vez terminada la condena, permaneciendo condicionado a la condición del mantenimiento del comportamiento sobresaliente, lo que los autores consideran perverso, pues solo apunta a que el condenado mantenga un comportamiento adecuado mientras este privado de libertad, descuidando completamente el objetivo de la utilidad que reporte para la reinserción del individuo.

En virtud de lo anterior, la poca disponibilidad de oferta de actividades para los internos conlleva un escaso reconocimiento de este contenido como carga estatal, traspasando los esfuerzos y creatividad a quien mantenga la administración del centro penitenciario.

Contenidos asociados al régimen penitenciario

1. Régimen cotidiano

El sistema de rebaja de penas por buena conducta es la única vinculación reconocida entre el régimen de vida y el tratamiento (o reinserción), pues, éste carece de desarrollo sistemático al concebirse desde las necesidades del aseguramiento y control del régimen institucionalizado. Así, las reglas de disciplina se delegan materialmente a cada

establecimiento particular, y sólo se limitan por el hecho de que deben armonizarse con el desarrollo de actividades de reinserción y que el horario debe considerar tales. En cuanto al contenido, el reglamento sólo señala que deben ser recreativas, deportivas y culturales.

2. Formación educacional

Se reconoce el carácter de derecho deber a la educación en la formación de personas en base a la CPR, por lo que se dispone obligatoriamente que exista una oferta de educación básica para quienes lo requieran. La educación media, se dispone en forma general como una actividad que la administración debe incentivar y ya no como un derecho del condenado, al igual que la formación técnica y técnico profesional.

3. Formación laboral y trabajo penitenciario

Las actividades laborales remuneradas al interior de los recintos penitenciarios y las de formación y apresto asociadas al trabajo de los internos cuentan con mayor regulación y sistematización normativa, al respecto, cuenta con una reglamentación específica y especial²⁷ existen recintos especiales para su ejecución (Centros de educación y trabajo CET) y se consideran beneficios especiales para quienes realicen actividades laborales, de modo que sólo es posible obtener beneficios adicionales de esta forma, los que pueden consistir en visitas adicionales de familiares en días y horarios especiales, permisos de salida adicionales, entre otros.

El trabajo penitenciario es tratado como un derecho del condenado, por lo que se le reconoce una condición jurídica análoga a la del trabajador en el medio libre, limitada exclusivamente por los factores del encierro. En ese sentido, las relaciones laborales entre internos con terceros como empleadores se rigen por el derecho laboral común. Además, por su carácter de voluntario se prohíbe cualquier tipo de actividad laboral asociada al castigo o

²⁷ "Estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario", contenido en el Decreto Supremo N°943 de diciembre de 2010, publicado el 14 de mayo de 2011.

sanción, y se reconoce como una actividad esencialmente remunerada y el derecho de todo interno a participar de ella en igualdad de condiciones.

A pesar de que estas características se configuren como derechos, contienen limitaciones. El contenido remuneratorio es restringido en cuanto a las facultades de disposición del producto del trabajo, lo que consideran razonable pues apunta a la necesidad de solventar las necesidades y obligaciones básicas del interno y las que derivan de la comisión del delito, así, incentivan una política de ahorro que facilita el desarrollo de habilidad útil para una futura reinserción.

La igualdad de acceso al trabajo penitenciario se encuentra formalmente reconocida y considera la clase de trabajo y su coherencia con el plan de tratamiento individual del interno. Sin embargo, también se formalizan limitaciones que apuntan a la disponibilidad de oferta en cada recinto según sus posibilidades técnicas o económicas, por lo que el deber de la administración se vuelve meramente promocional y el reconocimiento de este derecho una mera declaración formal. Por su parte, el sistema de selección de postulantes para trabajo penitenciario contiene similares restricciones. Se basa en el interés propio del interno y criterios como salud y antecedentes psicológicos, pero también, la evaluación de la conducta y antecedentes criminológicos que convierten al trabajo, en la práctica, en una especie de beneficio.

Cabe destacar que se reconoce el ejercicio de labores independientes, de prestación de servicios a terceros, empleabilidad formal en obras y faenas administradas por privados al interior de los recintos y actividad empresarial, lo que sólo se limita a la necesidad de coordinación con los programas de tratamiento y la política penitenciaria en general. Además, es destacable que se regulan las actividades formativas asociadas al trabajo con el mismo nivel de prioridad del trabajo penitenciario en sí mismo por dar cuenta de idénticos objetivos. A su vez, los convenios que vinculen al sector privado con el desarrollo de actividades laborales al interior de los recintos penitenciarios consideran en una etapa inicial de capacitación del futuro interno contratado. Sin embargo, nuevamente, la administración

sólo aparece obligada al fomento o promoción de tales actividades existiendo un gran déficit de exigibilidad.

4. Beneficios intra penitenciarios

Nuestra administración considera de bajo impacto las actividades de tratamiento en el desarrollo progresivo del interno para su reinserción, pues, independiente que a nivel formal se declare buscar evitar la instrumentalización de los beneficios para alcanzar la libertad, debido a la escasa oferta de actividades y las otras deficiencias señaladas, la progresión se confía en la caracterización del perfil individual de cada interno con prescindencia de la causa que lleve a considerarlo positiva o negativamente. Así, la progresión depende de la evaluación positiva de que el individuo no continuará delinquir y se comportará de acuerdo con las normas que requiera el beneficio que se trate, la que se deberá basar en la apreciación de la participación del interno.

Por lo tanto, además del comportamiento cotidiano del interno, que expresa aspectos de mérito y del acatamiento de requisitos objetivos básicos, se debe considerar una evaluación acerca de las necesidades y posibilidades de reinserción del interno según sus características personales y sociales y con independencia de las acciones que ha desplegado o sus méritos. Esta evaluación mide autorresponsabilidad y conciencia del delito, disposición futura de respeto a las normas de convivencia y posibilidad de contar con herramientas o redes sociales de apoyo. Además, la concesión de beneficios es una decisión discrecional, lo que afecta la transparencia del proceso y la objetividad de esta.

5. Centros de educación y trabajo (CET)

Corresponden a establecimientos penitenciarios destinados especialmente a contribuir al proceso de reinserción social de las personas condenadas, facilitando un trabajo regular y remunerado, y, capacitación laboral, psicosocial y educacional. Para ingresar, se debe cumplir con requisitos que enfatizan las necesidades de reinserción social y la voluntad del interno. Sólo pueden ser enviados a CET cerrados y semi abiertos aquellos que hayan

cumplido a lo menos, dos tercios del tiempo mínimo para optar a algún beneficio intra penitenciario.

Valoración crítica del reglamento penitenciario. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad

Los autores critican que el tratamiento penitenciario se regule en un reglamento, indicando que aquello evidencia la escasa preocupación de las autoridades por regular los derechos de los privados de libertad. Indican que si bien el reglamento habla de establecimientos penitenciarios regula todo lo relativo al derecho de ejecución de penas, entregando los poderes disciplinarios respecto de los internos a los administradores de los establecimientos.

Por otra parte, critican la paradoja de que el texto reconozca garantías y derechos para los internos y luego los violente con el otorgamiento de facultades disciplinarias con carácter discrecional. Además, no se dispone de jueces de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas por lo que esta etapa no está jurisdiccionalizada.

Por ello señalan que no se satisfacen las garantías mínimas hacia los condenados, estableciendo como esencial que exista una ley general penitenciaria que autorice la sujeción de los actos administrativos penitenciarios al control jurisdiccional de modo de proteger el régimen de derechos de los internos. Cabe destacar que la actividad penitenciaria debe respetar el principio de legalidad, por lo que debe existir también un estatuto jurídico del preso para materializar la concepción del interno como un sujeto de derecho y no un objeto de control, que aun pertenece a la sociedad y que no ha sido excluido. Esto porque, aun el condenado es en nuestro país un ciudadano de segunda clase, al que se le priva de muchos derechos además del de libertad, dejándolo en una situación vulnerable tanto materialmente (en que el hacinamiento es denigrante) como por los abusos de los que son objeto, los que no son conocidos ni juzgados por autoridades. Tampoco se investigan con la frecuencia que debiera la comisión de delitos dentro de las cárceles.

Luego, a pesar de que el reglamento declare la protección de principios, en el mismo cuerpo normativo se infringen derechos constitucionales de los condenados, incluso desde una perspectiva internacional.

Según la CIDH el Estado es responsable y tiene el deber de garantizar la dignidad e integridad personal del sujeto a quien le priva su libertad. Por tanto, identifican la primera infracción en un sentido formal, pues de acuerdo con el art. 19 n°26 de la CPR, los derechos constitucionales solo pueden ser regulados por ley, la que no puede establecer limitaciones que lo afecten en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio. En consecuencia, la regulación sobre la forma, requisitos y condiciones de la privación de libertad debe establecerse por ley y no puede impedir ejercer sus demás derechos constitucionales. En ese sentido, el Reglamento Penitenciario, incumple tal aspecto por ser de rango infra legal.

Por otra parte, el art.82 del Reglamento, establece que las sanciones serán aplicadas por el jefe del establecimiento, violando con ello el art. 19 n°3 inc.4 de la CPR, el derecho al juez natural y a no ser juzgado por comisiones especiales, lo que supone también un juzgamiento bajo el principio de legalidad. Esto conlleva a considerar las actuaciones del jefe del Establecimiento como ilegales, ya que sus potestades para conocer y sancionar faltas cometidas al interior de los recintos provienen de una autorización reglamentaria.

En opinión de los autores, sólo un juez, señalado por ley puede imponer medidas sancionatorias a los reclusos, el que incluso debiera ser un juez especializado en ejecución de penas y que además vele por la protección de los derechos de los internos.

Además, se vulnera el derecho al debido proceso del art. 19 n°3, en cuando las resoluciones deben ser debidamente fundadas y motivarse en un procedimiento justo, racional y legalmente tramitado, que respete el derecho a la acción y a su conocimiento, la bilateralidad de la audiencia y el derecho a rendir prueba. El art. 82 mencionado, establece que la autoridad sólo debe dejar constancia sucinta en la resolución de los antecedentes tenidos a la vista, como de los medios probatorios y de los argumentos para imponer una sanción grave como el aislamiento en una celda solitaria, lo que, al parecer de los autores, no

satisface esta garantía constitucional, careciendo de la necesaria fundamentación que incluya el razonamiento del juzgador y la valoración de las pruebas y argumentaciones. En cuanto a la bilateralidad de la audiencia, también se vulnera por el Reglamento, pues sólo considera en el caso de infracciones graves la obligación de escuchar personalmente al infractor, para el resto de los casos puede imponerse la sanción sin oír sus alegaciones. Asimismo, se vulnera el derecho al juez imparcial, pues el jefe del Establecimiento actúa como juez y parte, y en caso de no escuchar al condenado, impone una sanción discrecional.

Por otra parte, se infringe el principio non bis in ídem, pues al examinar los art.78 y 79 del Reglamento, se evidencia que muchas de las faltas disciplinarias graves y menos graves son ya constitutivas de un delito, y, en relación con el art.91 del mismo cuerpo, si se comete alguna de esas faltas, puede ser sancionado tanto por el jefe del establecimiento penitenciario como por el juez con jurisdicción penal, por los mismos hechos. Esto, puede verse agravado porque las sanciones que puede imponer el jefe del establecimiento son graves, incluso más intensas y vulneradoras de derechos, que la posible pena en juicio penal.

Indican que, lo anterior atenta contra variadas resoluciones de la CIDH, contra el PIDCP y el PSCR y evidencia la contradicción entre el establecimiento de un sistema sancionatorio estricto y el objetivo de readaptación social.

A pesar de las deficiencias mencionadas, el interno puede, formalmente contar con medios para asegurar sus derechos, en que no existe limitación normativa alguna que restrinja su derecho a defensa. De acuerdo con el art.7 del CPP, el derecho a contar con un abogado defensor se extiende hasta la completa ejecución de la sentencia. Así, todo interno tiene derecho a contradecir las decisiones tomadas por la administración penitenciaria si suponen una afectación a sus derechos, pudiendo requerir a la autoridad penitenciaria los motivos jurídicos y facticos para imponer la medida.

Respecto a la responsabilidad de Gendarmería de Chile por las medidas que adopten, señalan que estas deben valorarse conforme al art.4 del reglamento que establece el respeto a las garantías constitucionales, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Siendo por tanto el servicio público

que debe atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad conforme al art. 1 del DL N°2.859, los eventuales incumplimientos de gendarmería pueden dar lugar a responsabilidades penales, específicamente al delito de prevaricación administrativa (art.228 CP) y denegación de auxilio (art.256 CP).

En cuanto a la Defensoría Penal Pública (DPP), señalan que el defensor puede impetrar todos los recursos jurisdiccionales y administrativos para velar por los intereses del condenado, detenido o sujeto a medida cautelar y que sus derechos y garantías no sean conculcados. En caso de incumplimiento, podría determinar responsabilidad del estado chileno por infringir su deber de garante de los derechos de los detenidos.

Posteriormente y en último lugar, en coautoría con el profesor Osvaldo Artaza a través de la obra “¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad” (Carnevali, 2018) analizan la discusión en torno al supuesto en que el acusado padece un trastorno psíquico que le impide conocer la naturaleza de su comportamiento, preguntándose si acaso tal condición se debe considerar en sede de culpabilidad o antes, sin considerar doloso su comportamiento y, por tanto, en sede de imputación objetiva y las consecuencias que aquella distinción trae en la aplicación de medidas de seguridad.

Indican que generalmente es a propósito de la culpabilidad que se examinan las circunstancias personales del sujeto y por ende la imputabilidad, entendida como la capacidad de culpabilidad, sin embargo, cuestionan tal tratamiento y analizan si acaso debiera considerarse tal aspecto en la tipicidad subjetiva. Para el objeto de su estudio, explican que los casos más complejos son aquellos en que el sujeto tiene un problema de salud que le priva de comprender y actuar conforme a sus condiciones físicas y mentales, pues si no sabía que con su comportamiento realizaba un tipo penal, puede que no se satisfagan los requisitos subjetivos del tipo, a saber, el dolo, entendiéndose por tal el conocer y querer la realización de los elementos de un tipo penal, de modo que el agente haya actuado en un “error de tipo psíquicamente condicionado”, por lo que como nuestro sistema del delito se compone de tres

elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, la ausencia de uno de ellos impide que la conducta sea calificada como delito, careciendo de sentido el análisis de culpabilidad.

Bajo esa lógica, explican que cierta doctrina ha planteado que cuando el sujeto padece determinados trastornos mentales, que usualmente se analizan en sede de culpabilidad, debiera asumirse que el sujeto no estaba en condiciones, producto de su trastorno, de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo penal, y ello trae como consecuencia práctica, incluso considerar que se está frente a un comportamiento que no contraviene el orden jurídico, lo que tendría efectos en las posibilidades de defensa de la víctima de tal sujeto y en la posibilidad de dictar medidas de seguridad.

Indican que lo problemático es que, si un sujeto que padece un trastorno desconoce las consecuencias de su actuar ignorando el contenido de lo que hace, frente a un mismo caso, un sujeto que no padezca tal alteración psíquica quedaría impune (si se equivoca en la circunstancia sobre la que actúa), mientras que el inimputable, bajo el mismo error, se le aplica una medida de seguridad, lo que transgrediría el principio de legalidad. Aclaran que distinto sería cuando la inimputabilidad del autor es la que genera y condiciona el desconocimiento de la situación. Así, explican que Silva Sánchez distingue entre errores condicionados por la anomalía frente a errores que no lo están. En ese sentido, dan cuenta que Joshi considera que tal fenómeno está dado porque los sujetos que padecen trastornos psíquicos y que incurren en actos delictuales son considerados peligrosos y, por tanto, desde la perspectiva de política criminal se aplican medidas de seguridad para que no incurran sistemática y repetidamente en un error de tipo.

Luego dicen los autores que aun comprendiendo que la ausencia de dolo impide satisfacer los requisitos de tipicidad, esto no supone que se deba negar necesariamente la procedencia de medidas de seguridad, ya que aquello depende de la respuesta al problema de las condiciones que permiten dictarla, es decir, del significado que se le debe otorgar a la exigencia previa de un comportamiento típico y antijurídico. Así, se ha señalado que aun asumiendo que el individuo actúa sin dolo, ello no implica la improcedencia de medidas de

seguridad, poniendo en duda los presupuestos de la imposición de este tipo de medidas. Por tanto, indican que sólo existe acuerdo en que pueden imponerse medidas de seguridad con posterioridad a la comisión de un hecho antijurídico que verifique la peligrosidad del sujeto, por lo que para Silva la exigencia de antijuricidad tiene un significado distinto para la aplicación de la pena que, para la imposición de la medida de seguridad, es decir, que si se considera que la antijuricidad para estos efectos presenta un carácter puramente objetivo que se determina por la lesión típica, sin considerar elementos objetivos, podrían aplicarse medidas de seguridad. Por tanto, para Silva para aplicar medidas de seguridad debiera bastar el juicio de pasado que conecta causalmente la enfermedad y la producción típica y no justificada del bien jurídico penal y el juicio de futuro del cual se prevé que puede repetirse. Los autores están de acuerdo con este planteamiento, pues sólo puede ser considerado como un hecho injusto aquello que podría ser evitado a través del seguimiento de normas, de modo que hay que remitirse a la capacidad del agente, siempre y cuando se entienda que tal exigencia tiene sentido para la imposición de una pena la que no necesariamente conlleva la imposición de una medida de seguridad. Esta solución evitaría al parecer de los autores la imposición de medidas pre delictuales y la aplicación de medidas de seguridad cuando el inimputable lleve a cabo una lesión típica pero justificada del bien jurídico penal.

Por lo anterior, creen que existe suficiente respaldo argumentativo para afirmar que en el caso analizado el sujeto actuaría en error de tipo invencible, debido a su condición psíquica y por ello se debe excluir el dolo impidiendo la configuración del tipo penal. Este problema, se soluciona entonces, dependiendo de los criterios normativos utilizados para el juicio de adscripción del conocimiento, generando distintas consecuencias si se abogan por criterios individualizadores del autor o criterios que no tomen en cuenta su individualidad, pues en ese último caso, pasaría a ser un problema de culpabilidad. Debido a ello, esta discusión se genera sólo cuando se adhiere a un concepto personal del injusto, como lo entiende mayoritariamente nuestra doctrina, y no cuando se entiende como una forma de culpabilidad.

Por otra parte, indican que nuestra jurisprudencia tiende a asumir que el problema planteado se debe analizar como parte de la culpabilidad sin explicar los motivos para prescindir de su análisis en la conformación del injusto personal. Así, frente a la acreditación de enajenación mental y la verificación de peligrosidad de un acusado, los tribunales tienden a dictar medidas de seguridad, sin cuestionarse previamente si se configuran los requisitos del art. 455 del CPP respecto a la tipicidad de la conducta, repitiendo formulas mecánicas de reconocimiento de que se está frente a un hecho típico y antijurídico. Sin embargo, destacan un fallo de la CA de Valparaíso²⁸ que rechaza la imposición de una medida de seguridad pues el error con el que actúa el acusado estaba condicionado por su trastorno mental, excluyendo el dolo y, por tanto, el injusto.

Por último, ponen de manifiesto las dos posibles soluciones frente a la imposibilidad de atribuir conocimiento al autor cuando padece de un trastorno mental. Por una parte, asumir que la exigencia del art. 455 del CPP debe ser interpretada en términos equivalentes para el de la imposición de una pena, es decir, como injusto personal, impidiendo aplicar una medida de seguridad, o, por otra parte, sostener que se trata de un concepto de injusto diverso meramente objetivo. El fundamento de esta distinción estaría dado porque la finalidad de la pena es distinta a la finalidad de la medida de seguridad, para la cual no tendría sentido la exigencia de constatar en forma previa el acaecimiento de un hecho (injusto personal), sino que bastaría un hecho lesivo de bienes jurídico penalmente relevantes, a fin de evitar la imposición de medidas de seguridad pre delictuales.

²⁸ SCA Rol. 2223-2016 de 6 de enero de 2017.

CÁPITULO III: POLÍTICA CRIMINAL EN LA OBRA DE RAÚL CARNEVALI

A continuación, se analizarán los aportes del profesor Carnevali en materia de Política Criminal. En primer lugar, se analizará el del concepto desde su contenido y función, explicando a la vez, las distintas orientaciones con las que se ha tratado desde las principales escuelas de derecho penal. En ese contexto, por las razones que se describirán se encasillará la obra de Carnevali dentro de la Escuela de Jesús María Silva Sánchez y se compararán sus ideas con otros autores de la dogmática nacional.

Posteriormente se estudiará la obra de Raúl Carnevali, desde tres aspectos del derecho penal correspondiente a la parte especial, a saber, delitos contra la propiedad, delitos terroristas y delitos sexuales y aborto, en específico, lo dicho por el autor en torno a sus planteamientos de orden político criminal.

Finalmente, analizaré la consistencia de sus ideas en estos tres campos, con su propia visión de la política criminal, comprendiendo esta última dentro de las ideas de Silva Sánchez, y con ello los principios que según él le son aplicables y las limitaciones que considera indispensables para su óptima eficacia.

Cabe destacar, que se entiende incorporado a lo analizado en este capítulo, todo lo explicado respecto a las ideas de Carnevali sobre Política Criminal en el Capítulo II de este trabajo.

1. Concepto, funciones y orientaciones de la Política Criminal

El concepto de política criminal ha sido utilizado por muchos penalistas en distintos períodos históricos sin definir precisamente su contenido. Es posible apreciar que tal contenido y orientaciones que la dirigen han variado dependiendo las necesidades socioculturales y el contexto histórico de un determinado lugar, pero también desde el punto

de vista de su relación con la dogmática y el derecho penal, alterando la utilidad en que esta les sirve.

En términos simples, la política criminal puede definirse como la disciplina que se dedica a proponer la implementación de políticas públicas destinadas a la prevención y el tratamiento de la criminalidad, basado en conocimientos de criminológicos. A su vez la criminología, corresponde a la ciencia empírica que a partir de los métodos de ciencias naturales y sociales busca alcanzar un grado razonable de control de criminalidad a través del estudio de sus manifestaciones y factores que la determinan. (Matus & Ramírez, 2020, pág. 199)

Inicialmente fue desarrollada por Beccaria a través de sus propuestas de mecanismos de control de la actividad criminal basada en la intervención del Estado a través de la iluminación de calles, reducción de la pobreza y el incentivo a la educación y no solo la aplicación de la ley penal (Matus & Ramírez, 2020, pág. 199)

Como explica el Profesor Emiliano Borja, las relaciones entre derecho penal y política criminal fueron entendidas a partir de los tiempos de Franz Von Liszt como ramas separadas, en que el derecho penal se estructuraba como una ciencia que imponía principios de garantía de las libertades del ciudadano, basada en una situación lógica inquebrantable que buscaba limitar el poder punitivo, mientras que la política criminal, se entendía como un conjunto de estrategias utilizadas por el poder público para frenar las tasas de criminalidad y, por tanto, mientras el poder público buscaba propiciar de la mayor forma posible la seguridad ciudadana, el derecho penal, buscaba limitar tal actividad estatal para respetar los derechos de los acusados y condenados por un delito. En ese sentido, la política criminal se definía como “la correcta determinación de las penas y medidas de seguridad aplicables a los condenados para evitar o reducir la comisión de delitos en el futuro, según sus condiciones personales” (Matus & Ramírez, 2020, pág. 201). Así hasta antes de la conferencia en Berlín de Claus Roxin, la dogmática penal y la política criminal, “eran considerados dos sectores

del conocimiento humano en relación con el delito y sus consecuencias, con ámbitos de actuación y fines autónomos, separados y limitados entre sí” (Borja Jiménez, 2003, pág. 114).

La obra de Roxin viene entonces a cambiar la forma de concebir la relación entre ambas disciplinas, pues entiende que el derecho penal no puede separarse de consideraciones prácticas. Así en la medida que la dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser correctas desde su lógica interna pero incoherentes con la política criminal, y viceversa, soluciones eficaces desde la política criminal, pueden ser incomprensibles para la dogmática penal. Postula, por tanto, un sistema de derecho penal abierto, susceptible de acoger valoraciones de orden político criminal en la elaboración de instituciones relevantes de la ciencia penal, lo que ha contribuido a contribuir bases desde los fundamentos materiales y valorativos de la realidad social. Entiende entonces, que la vinculación al derecho y la utilidad político criminal, no pueden contradecirse, sino que deben trabajar juntas hacia un mismo fin. En esa línea, Roxin admite que existen fuera del derecho penal instrumentos que pueden ser tan o incluso más eficaces para reducir los índices de criminalidad a niveles tolerables para la convivencia humano, pero se ha enfocado en explicar la función del poder público de alcanzar la paz social frente al fenómeno delictivo desde la mirada de las instituciones penales, atribuyéndole así a la pena la función social de prevención del delito. (Borja Jiménez, 2003, pág. 117 y 146)

Emiliano Borja da cuenta que el objeto o función de la política criminal, actualmente es discutido en la doctrina, pues un sector entiende que se ocupa del conjunto de mecanismos y estrategias, tanto penales como fuera del ámbito penal, que proceden del poder público y buscan prevenir el fenómeno delictual. Para otros, en cambio, estaría integrada exclusivamente por medidas jurídico-penales, de naturaleza sustantiva o procesal. Indica que la mayoría, desecha el concepto amplio pues contempla consideraciones que escapan del control dogmático penal, pero explica, la concepción estricta conduce a una absoluta dependencia en las bases metodológicas de la política criminal al derecho penal, mientras una más amplia le otorga un mayor grado de autonomía frente a la ciencia jurídico penal en la medida que sus postulados se derivan de la política general. En consecuencia, para el

profesor Borja, la política criminal goza de autonomía a pesar de su estrecha vinculación con el derecho penal, pues, para cumplir con su objetivo, este es, ser una herramienta eficaz contra el delito, debe contemplar todos los mecanismos y estrategias penales y extrapenales. Y en ese sentido, define la política criminal como:

“Aquel conjunto de medidas, criterios y estrategias, de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad” (Borja Jiménez, 2003, pág. 148)

Como explican los profesores Matus y Ramírez, la política criminal puede concebirse desde distintos puntos de vista. Como política legislativa en primer lugar, se ha constituido como un campo extenso de debate sobre la legitimidad y eficacia del derecho penal, que van desde perspectivas liberales hasta marxistas. Luego desde un punto de vista sociológico, puede concebirse como el “poder de definir los procesos criminales de la sociedad y, por tanto, de dirigir, y organizar el sistema social en relación con la cuestión criminal” (Matus & Ramírez, 2020, pág. 201). Tal idea ha sido criticada desde las posturas liberales por la objetiva proliferación de normas punitivas que conlleva tal entendimiento, lo que entienden constituiría la expresión de una expansión no justificada del derecho penal, con base a una sobrevaloración de la víctima, presiones de grupos de interés moralizantes y un inadecuado empleo de vías administrativas o sanciones no privativas de libertad.

Es justamente en estas posturas, donde es posible enmarcar las ideas de Raúl Carnevali, que se sitúan innegablemente dentro de lo que podría denominarse la Escuela de Silva Sánchez, no sólo porque como ha podido apreciarse en este trabajo fue su profesor guía en el doctorado, sino también porque el mismo lo expresa en la entrevista realizada y principalmente porque el contenido de sus obras dice directa relación con las propuestas de Silva Sánchez. En ese sentido, este último, orienta la política criminal al cuestionamiento negativo del fenómeno de “huida al derecho penal” en el contexto de una sociedad de riesgos, por lo que a su vez, según Montañez Ruiz (El debate entre la expansión del derecho penal

hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo, 2010) es posible alinear la Escuela de Silva Sánchez con la Escuela de Frankfurt, en virtud de sus planteamientos que señalan que el fenómeno de recurrir desproporcionadamente al derecho penal es criticable, pues sólo los derechos fundamentales individuales deben ser objeto de protección penal, lo que constituye el ideal propuesto por la Escuela de Frankfurt.

Así, Silva (como también, siguiendo sus ideas, Carnevali) apunta a regular en un llamado “derecho de intervención” que se encontraría entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, los problemas que han llevado a que las sociedades modernas recurran al derecho penal de manera desproporcionada a sus fines. (Silva Sánchez, 2001) Ahora bien, aclara el profesor Montañez que, si bien Silva Sánchez tiene un “tinte frankfurtiano”, su obra no está realmente encasillada dentro de esta escuela por rechazar expresamente sus planteamientos.

En consecuencia, con lo anterior, y con lo que ha sido posible estudiar de la obra del profesor Carnevali, su concepción de la política criminal sigue la línea del profesor Jesús María Silva Sánchez, criticando profundamente las decisiones político legislativas que, con el fin de calmar las demandas de seguridad de la población de forma momentánea y transitoria, llevan a un aumento desproporcionado de penas y delitos, sin considerar en su implementación los fines mismos del sistema penal, ni buscar alternativas menos nocivas que el derecho penal para su solución, aparejando consecuencias negativas a largo plazo, que se traducen en la reducción de las libertades de los ciudadanos y con ello, la democracia. Así también, desde la mirada social de la política criminal y el cuestionamiento sobre la sociedad en que se quiere vivir, Carnevali abarca el problema carcelario, criticando el sistema de cárceles concesionadas a privadas.

En relación con otros autores de nuestro país, es posible diferenciar, aunque no demasiado, estas ideas de Carnevali de, por ejemplo, quienes agregan a la crítica realizada por él, la defensa de los derechos humanos como “barrera infranqueable de la política criminal”, cuestionando la evolución de los delitos de seguridad vial reflejados en la “Ley

Emilia” (Matus & Ramírez, 2020, pág. 201). A su vez, se diferencia de planteamientos como los de Cardozo, que plantea ideas provenientes de la intención de preservar los principios del liberalismo ilustrado decimonónico, calificando como “autoritarismo penal” la actual situación legislativa tendiente a aumentar la aplicación del derecho penal como respuesta a las demandas de seguridad ciudadana. (Matus & Ramírez, 2020, pág. 201)

En comparación con los socialdemócratas, que abordan la crítica desde la teoría del discurso, afirmando la existencia de una disputa en la selección de los conflictos sociales que ameritan una protección penal y la decisión de cómo protegerlos, en que los medios de comunicación juegan un papel relevante (Matus & Ramírez, 2020, pág. 202) Carnevali propone algo similar, pero se diferencia en la solución, pues se propone enfrentar con un “discurso de la resistencia” por la racionalización de la labor legislativa, mientras que Carnevali, plantea tal solución pero a través de la regulación en otro ámbito del derecho.

Independiente de lo dicho, como señala el profesor Matus, la política criminal en Chile desde 1874 ha mantenido una constante preocupación por sancionar gravemente las diferentes manifestaciones del robo violento y otros delitos contra la propiedad con medidas siempre urgentes que parecen desvinculadas de los ideales de un sistema penal “liberal”, en que se constata la pérdida de influencia del derecho penal tradicional en el diseño de la política criminal, que ha sido desplazado por “la idea de rendimiento y de gestión”, que provocado que la política criminal se centre en brindar soluciones concretas para problemas delictuales específicos. (Matus & Ramírez, 2020, pág. 202)

2. Propuestas de orden político criminal en la obra de Raúl Carnevali a la parte especial del derecho penal

En esta parte analizaré lo desarrollado por el profesor sobre política criminal en tres ámbitos que corresponden a la parte especial del derecho penal sobre los cuales ha planteado sus propuestas, a saber, delitos contra la propiedad, delitos sexuales y aborto y delitos de terrorismo y la regulación de la tortura en tal esfera. Se descartan por tanto los demás ámbitos

de la parte especial tratados por el profesor debido a fines prácticos, pues las tres áreas a estudiar son lo suficientemente ejemplificativas para extraer conclusiones.

A. Delitos contra la propiedad

En lo que concierne a la política criminal en los delitos contra la propiedad, Carnevali ha realizado aportes a la dogmática penal en relación con el delito de hurto, pues indica que un significativo porcentaje de causas que hoy conocen los tribunales de justicia tienen que ver con los delitos de hurto a grandes tiendas.

Por ello entonces, en un primer término, en su obra “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial” (Carnevali, 2006) se propone fijar ciertos criterios que permitan determinar los límites de la tentativa punible. Esto, en consideración a la particularidad de este tipo de comercio, que supone venta anónima y contacto directo sin intermediarios con el producto. Por otra parte, también aborda la llamada pequeña criminalidad patrimonial, cuya masificación a su parecer exige establecer claras orientaciones político-criminales.

A su parecer una perspectiva objetiva permite establecer los criterios adecuados para fijar el marco de la tentativa punible. En ese sentido, es esencial el establecimiento de un juicio de peligrosidad de la acción ejecutada por el agente, valorada *ex ante* y sobre la base del criterio que emitiría un observador imparcial, sumado a los conocimientos propios del autor del delito.

Empero dice, lo anterior aún no es suficiente como para estar frente a un injusto punible. Es preciso, además, determinar si tal acción conlleva un grado de peligrosidad que permita afirmar *ex post* la puesta en peligro del bien jurídico.

Explica que, mientras el juicio de peligrosidad se estructura esencialmente conforme a un peligro abstracto, el juicio de peligro supone la presencia de un peligro concreto; es

decir, se requiere que haya un peligro objetivo al bien jurídico tutelado, por cuanto los actos ejecutados, idóneos, permiten comprenderse dentro de la esfera del tipo.

Para explicar lo anterior, señala que debe distinguirse entre el juicio *ex ante* y *ex post* peligroso, el juicio *ex ante* peligroso y *ex post* no peligroso y el juicio *ex ante* no peligroso, definiendo cada uno junto a sus respectivas consecuencias:

- a) Juicio *ex ante* y *ex post* peligroso: consiste en la afirmación tanto del juicio de peligrosidad como del juicio de peligro, por un observador objetivo. Si sólo un observador omnisciente puede afirmar la falta de peligrosidad, ya sea *ex ante* o *ex post*, aun así, debiera estimarse la configuración de una tentativa punible.

Ello permite admitir que hay principio de ejecución cuando se está frente a actos que para la opinión natural pueden comprenderse dentro de la esfera de la acción típica. Es decir, el consenso se presenta entre la representación de la realidad del agente y la representación de la realidad del observador objetivo, imparcial. Por tanto, hay que considerar que se trata de una representación mayoritaria.

- b) Juicio *ex ante* peligroso y *ex post* no peligroso: se pueden dar graduaciones de consenso, es decir, una disminución del consenso en cuanto a la peligrosidad. Mientras en el primer caso se compartía el juicio de peligrosidad *ex ante*, salvo, quizás, por el sujeto muy experto, acá no hay una representación dominante. Sólo estima tal peligrosidad el observador objetivo conforme a los conocimientos del autor, mas no conforme a las circunstancias cognoscibles del observador imparcial.

Siendo así, podría estimarse que no es posible sostener el juicio de peligrosidad *ex ante* y, por tanto, fundamentar la punición de la tentativa. Es decir, observados desde una perspectiva objetivista tales actos no debieran sancionarse. No obstante, esta materia es objeto de discusión, pues se ha sostenido que tales actos no resultan totalmente irrelevantes para la comunidad en la medida que pueden generar inseguridad en la protección de los bienes jurídicos. Cuestión particularmente relevante en ciertos casos de inidoneidad. Así, disparar a un cadáver que segundos antes falleció por ataque cardíaco.

- c) Juicio *ex ante* no peligroso: explica que, en este ámbito, ni siquiera el observador objetivo en la posición del autor admite la peligrosidad de la acción. El baremo del consenso disminuye notoriamente y, por tanto, se está más próximo a una tentativa “irreal”.

En relación con anterior, examina qué acontece en los delitos de hurto, y especialmente cuando tienen lugar en establecimiento de comercio, como supermercados y grandes tiendas. Cuestión que ha sido particularmente debatida, dado algunos fallos de la Corte Suprema, en los que se ha estimado que el momento consumativo tiene lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba. Es decir, cuando pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa. De manera tal, que todo comportamiento anterior no se comprende dentro de la esfera de la consumación.

En ese sentido, explica, particulares dificultades se presentan cuando tales delitos se comenten en espacios donde la constitución de nuevas esferas de custodia se ve facilitada por presentarse, aparentemente, menores barreras de protección, como ocurre en grandes tiendas.

En relación con ello, especial relevancia tiene que son los propios establecimientos los que fijan claramente los límites de su propia esfera de custodia y el momento en que el cliente debe manifestar su propósito de adquisición. Asimismo, que es el propio consumidor quien toma directamente la cosa de donde se halla, trasladándola sin autorización; es decir, en principio no es primordial considerar cómo y dónde se transporta la cosa dentro de un determinado espacio físico.

Considerando que en los delitos de hurto o robo la configuración de la custodia se concreta de manera fáctica; es decir, tiene que presentarse, con ánimo de apropiación, la constitución de una nueva custodia, debido a que se ha quebrantado la custodia anterior, se cuestiona si esto es suficiente para el análisis de los delitos de hurto en los casos señalados.

En efecto, se pone en la circunstancia cuando de manera fáctica se ha generado tal traspaso, pero el agente desde una perspectiva espacial, aún se halla dentro del espacio del anterior custodio. Precisamente para resolver lo anterior, explica que la Corte Suprema y un sector de la doctrina se inclinan por recurrir a la teoría de la disponibilidad. A juicio de Carnevali esta es la posición que otorga la mejor explicación del problema, pues prescindir

de tales consideraciones puede suponer adelantar peligrosamente el momento consumativo. Justamente, la teoría de la disponibilidad, al requerir que exista la posibilidad de ejercitar las facultades dominicales, exige algo más que desplazar la cosa de esfera de la custodia anterior. Se requiere que haya una posibilidad de disposición sin trabas, aunque sea momentáneamente, y, subsecuentemente, que el titular anterior se vea privado de esa facultad. Sólo así se puede entender que exista una completa ruptura con la esfera anterior.

Al respecto, señala que el hurto es un delito de apropiación, en que lo esencial es el apoderamiento, acto que debe precisarse en relación con el bien jurídico protegido propiedad. En consecuencia, tomando en cuenta el contenido adscriptivo de la propiedad, que guarda relación con las facultades de disposición, el desplazamiento posesorio (apoderamiento) requiere para la consumación que se configure una situación fáctica que permita al autor aprovecharse de este contenido adscriptivo.

Señala que se ha argumentado que en los casos en los que existen esferas de custodias superpuestas, por un lado, la general o del establecimiento y por la otra, la del particular, esto es, las ropas del autor no constituyen ningún impedimento para configurar un hurto consumado. Para ello, se apoyan en que el Art. 447 del Código Penal lo admite para un supuesto similar, como es el hurto doméstico o famulato. Y es que, conforme a tal disposición, es posible afirmar que se ha consolidado una nueva esfera de custodia, quebrantando la anterior, aun cuando la cosa no haya salido, desde una perspectiva espacial, de la esfera mayor o general. Si bien es cierto en ambos casos se puede apreciar una coexistencia de esferas de custodia, no son en absoluto asimilables. Por de pronto, las actividades económicas propias de los autoservicios no existían al momento de entrar en vigor el Código Penal chileno. Asimismo, la ratio del Art. 447 se explica dado los menores resguardos de protección sobre la cosa. Precisamente, el mayor disvalor se justifica por el abuso de confianza, evento que no concurre en el hurto a establecimientos de autoservicio, en donde, además, no se pone de manifiesto el vínculo particular que puede existir entre la cosa y el autor. Ámbito en el que, además, la restitución como la compensación desempeñan un papel preponderante.

Carnevali explica que a su parecer estas consideraciones son esenciales para desarrollar las políticas criminales, estableciendo que espacios físicos como las grandes tiendas o establecimientos de autoservicio obligan a buscar en el plano dogmático otras argumentaciones, que permitan precisar cuándo respecto de esta clase de hurtos se está frente a una consumación. Puede decirse, como regla general, que el momento consumativo debe fijarse cuando el autor ha traspasado las cajas, pues es al enfrentar las cajas registradoras donde el sujeto debe exteriorizar su propósito de apropiarse del objeto. Precisamente, la caja es la barrera que el propio establecimiento dispone para que pueda tener lugar un desplazamiento en la posesión, esto es, legitimar el apoderamiento de la cosa.

Es por ello por lo que se explica que la Corte Suprema, haya señalado que todo lo que se realice al interior del establecimiento, antes de las cajas, sólo conforman una mera tenencia de la especie y no posesión con ánimo de señor y dueño. De lo anterior puede desprenderse, como primera conclusión, que lo que acontece con anterioridad a las cajas, lo que el sujeto realice al interior del supermercado o de cualquier establecimiento de comercio constituirán actos preparatorios.

Por tanto, para Carnevali, por la naturaleza misma de los actos que se efectúan al interior de un establecimiento de comercio, el que un sujeto tome un objeto no puede deducirse objetivamente que se pretende consumir un delito. Es decir, dentro del recinto donde se exponen las mercaderías no se puede entender aún un propósito de apropiación.

Explica que tal afirmación no debe concebirse en términos absolutos, por cuanto se puede estar en presencia de comportamientos que no se advierten dentro de aquellos que son propios de las actividades que se desarrollan en un establecimiento de autoservicio. Es el caso de quien esconde los objetos, poniendo de manifiesto, de manera inequívoca, su propósito de apoderarse de la cosa. Frente a ello, sólo se puede concluir que se está frente a una tentativa, pues, como se ha expuesto precedentemente, no hay aún posibilidad de disposición. Es decir, el sujeto no está en situación que haga posible aprovecharse del

contenido adscriptivo del bien jurídico “propiedad”. Ello sólo podría ocurrir al traspasar las zonas de cajas.

En ese sentido, concluye que esta interpretación es adecuada, incluso desde una perspectiva político criminal, pues brinda los espacios suficientes para permitir el desistimiento voluntario. En efecto, el sujeto que ha escondido un objeto dentro de sus ropas para apoderarse de él puede, antes de enfrentar las cajas, arrepentirse y devolverla a su estante o pagarla.

Por último, analiza qué sucede en el caso de que traspasadas las cajas el sujeto es sorprendido por los guardias. A juicio de Carnevali, no permitiría afirmar la consumación del hurto, por cuanto la intervención de aquéllos impide cualquier posibilidad de sacar la cosa de la esfera de resguardo y custodia en la que se encuentra. Por tanto, el acto aún se halla tentado y no frustrado. En efecto, si bien el sujeto se apodera materialmente de la cosa no puede disponer de ella, ya sea porque es sorprendido *in fraganti* o es seguido en persecución ininterrumpida. En consecuencia, el acto se halla en grado de tentativa. Si bien puede estimarse, en principio, que ha realizado una acción peligrosa, ésta no es suficiente para superar los umbrales de protección que impone quien tiene aún la salvaguardia de la cosa, de manera que todavía no se ha producido la completa ruptura con la custodia anterior. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el obrar de los guardias, los que al saber que ha sido tomada una especie, inician una persecución ininterrumpida, impide toda consumación. Y es que el control de la situación es asumido completamente por quienes tienen como misión custodiar, proteger, evitar la sustracción de las especies que se encuentren en el recinto. No hay aún consumación, pues en estos casos no se ha producido aún la ruptura con la custodia anterior, ya que son los propios guardias de seguridad de la empresa los que retienen al autor, es decir, sujetos facultados por el propio dueño de las especies para ejercer facultades de vigilancia y control sobre tales objetos. En consecuencia, el autor, aunque ya inició la ejecución del delito, cuando traspasa las cajas, al no estar en condiciones de poder disponer del bien, sólo permitirá afirmar la tentativa.

En un segundo término, en su obra “¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la Ley 19.950 que modifica el delito de hurto” (Carnevali, 2004), respecto a la misma clase de delitos “hurto-falta”, que sancionan el llamado “hurto hormiga” el autor critica la reforma hecha el año 2004 respecto a la rebaja del monto de lo hurtado para así estar frente a un simple delito y trajo como consecuencia el establecimiento de la pena de prisión para las faltas. Asimismo, respecto de éstas, se penalizaron las formas imperfectas de ejecución.

Lo anterior supuso enfatizar por, sobre todo, en los postulados preventivos generales de la pena, ya que se cree que responden, de mejor forma, lo que a su parecer es cuestionable, al propósito de asegurar a la sociedad.

Al respecto, señala que es preciso llamar la atención sobre que éste sea el camino que parece estar adoptando el legislador, en que el Derecho penal debe asumir un carácter puramente sancionatorio, cubriendo en espacios en los que no se aprecia dónde está el peligro a un bien jurídico-penal. Cuestión criticable desde su parecer, pues altera principios básicos que constituyen el basamento garantístico del sistema punitivo, como lo es, por ejemplo, el principio de lesividad concreta.

En ese sentido, le parece altamente preocupante el propósito de apreciar al delincuente como “enemigo”, para lo cual se optimizan las políticas de seguridad en desmedro de las esferas de libertad ciudadanas, lo que coincide con el incremento inadecuado de los instrumentos punitivos.

En consecuencia con lo anterior, señala que uno de los rasgos más evidentes de este Derecho penal dirigido a cumplir fines asegurativos de la sociedad, es el de “adelantar” la intervención punitiva del Estado, a fin de actuar en espacios en donde no se aprecia un peligro cierto respecto de algún interés jurídico. Así, como la motivación para hacer posible la aplicación del aparato represivo es la de *minimizar al máximo los riesgos* que pueden provenir de ciertos comportamientos, no es preciso esperar una concreta puesta en peligro. Basta entonces, que este peligro sea presunto, lo cual, se vincula con la tendencia de imputar

penalmente comportamientos individuales, que aun en sí mismos son inocuos, pues lo que se valora es el riesgo que se presentaría si éstos se generalizan. Es decir, se fundamenta la imputación por el peligro que representa el efecto sumativo del comportamiento.

Con ello se pone en entredicho principios como el de culpabilidad pues ya el autor no está respondiendo de su propio injusto, al considerarse contribuciones ajenas al hecho mismo. Esta consideración conlleva a su vez el peligro que supone una disminución de las reglas de imputación con el único propósito de hacer posible la condena.

En opinión de Carnevali, lo expresado anteriormente es consecuencia de que se está pasando de un Derecho penal en que lo esencial es el hecho lesivo individual a uno en el que se abordan cuestiones de orden sistémico, esto es, que lo relevante es el daño acumulativo, la trascendencia global de una determinada esfera de conductas más que el hecho concreto, fenómeno que describe como *administrativización* del Derecho penal, por cuanto se trasladan al ámbito penal cuestiones que son propias del Derecho administrativo sancionador. Y es que respecto de este último ordenamiento lo que se persigue son objetivos de organización, en que lo determinante es el peligro que para el funcionamiento de un determinado sistema puede tener el efecto sumativo. En definitiva, lo relevante no es el grado de lesividad de la conducta individual, cómo sí sucede en el Derecho penal, sino su acumulación y generalización.

Critica, por tanto, este tipo de regulaciones, pues infringen el principio de intervención mínima, que a su parecer debe ser siempre el límite para determinar cuándo han de emplearse los instrumentos punitivos. Pues no sólo se sancionan todas las fases de *iter criminis* respecto de las faltas, permitiendo así no sólo estar frente a injustos de bagatela, sino que, además, se establece como pena para esta clase de ilícitos la prisión. Con lo anterior, concluye, el legislador desconoce todos los estudios que dan cuenta acerca de los serios riesgos *criminógenos* que conllevan las penas privativas de libertad de corto tiempo, aumentando también los problemas de hacinamiento carcelario, y que precisamente tiene

lugar por el excesivo grado de represión con que nuestro sistema penal trata los delitos contra la propiedad.

B. Delitos sexuales y aborto

En lo que respecta a los delitos sexuales, Carnevali ha tratado la extensión del sujeto activo de violación a la mujer en su obra, “La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica” (Carnevali, 2001).

El profesor plantea que la interpretación hecha por la mayoría de la doctrina en considerar que el sujeto activo del delito de violación consagrado en el art. 361 del CP, es solamente el hombre, constituye una interpretación formalista, privilegiando la interpretación gramatical y limitando por tanto el criterio teleológico, que a su parecer es el de mayor relevancia. En ese sentido, el autor considera que la mujer efectivamente puede ser estimada como sujeto activo del delito de violación.

Argumenta que debe interpretarse teleológicamente la ley penal tomando en cuenta los principios político-criminales que inspiran el derecho penal, y en específico, el de protección de los bienes jurídicos. En ese sentido, el bien jurídico tutelado en el delito de violación sería la clave para individualizar los comportamientos cuya realización se prohíbe por estimarse lesivos o peligrosos.

En relación con ello, señala que existe consenso en centrar el bien jurídico protegido en el delito de violación en la esfera de la libertad personal, en lo que refiere al ejercicio de la autodeterminación de las facultades sexuales. Esto, apreciado desde dos perspectivas, en primer lugar, en cuanto a la capacidad de ejercer actualmente las facultades de autodeterminación sexual y, en segundo lugar, a la preservación de las condiciones fundamentales que permitan en el futuro ejercitar adecuadamente las facultades sexuales, es decir, impedir en el sujeto la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior. En consideración de esta última perspectiva, el objeto de tutela sería la indemnidad sexual o la libertad sexual potencial.

Respecto a la conducta típica, establece que en el tipo penal se expresan claramente las vías de acceso que permiten la penetración del miembro masculino. En cuanto a su consumación, señala que existe consenso en estimar que supone la penetración del pene algunas de las cavidades descritas, introducción que no requiere que sea completa, basta que sea mínimo.

Señala que la mayoría de la doctrina sostiene que al describir la conducta como “accede carnalmente” se estaría aludiendo a quien realiza la función penetradora, es decir, a quien accede o introduce el miembro masculino y por tanto solo el hombre podría realizar tal actividad y constituirse como sujeto activo del delito de violación.

Carnevali discrepa de tal postura pues sostiene que esta interpretación conlleva a que los bienes jurídicos tutelados por esta figura reciban una desigual desprotección. Ejemplifica señalando que, según la tesis mayoritaria, que un varón de 12 años que ha tenido relaciones sexuales de forma oral (en que el varón es más bien pasivo) con una mujer no configuraría lo dispuesto en el art. 362 del CP, sino sólo podría configurar el delito de abuso sexual, lo que constituiría a su parecer una interpretación forzada pues, la conducta típica de tal delito según el art. 366 bis es “realizarse una acción sexual distinta al acceso carnal”. Por tanto, para Carnevali, el abuso sexual de ningún modo incluye aquellos actos propios de la penetración. En consecuencia, explica que, según la tesis mayoritaria, en el evento que una mujer acceda carnalmente a un varón por medio de la fuerza, por ejemplo, estaríamos frente a una conducta atípica.

Por lo anterior señala que la voz “el que accede carnalmente”, debe interpretarse como aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades, es decir, el que se haya introducido el órgano sexual masculino ya sea en la vagina, ano o boca. Por tanto, no es relevante quien realiza activamente la penetración, sino que el pene se encuentre en aquellas cavidades.

Concluye que no existe impedimento para que a través de una interpretación teleológica y considerando el bien jurídico protegido, se comprenda a la mujer como sujeto activo del delito de violación.

Respecto al aborto, se pronuncia en coautoría con Leonardo González Wilhekm y Leonardo Moreno, el año 2016 respecto al proyecto en trámite sobre la ley de aborto²⁹ en la obra “Consideraciones medicolegales sobre causal de violación contenida en el proyecto de Ley de Aborto actualmente en trámite” (2016)

Respecto a esta obra, para los fines de este trabajo es interesante destacar las consideraciones político-criminales señaladas por los autores. En ese sentido, criticaban que el proyecto contenía una redacción que anticipaban, podría tener complejas consecuencias. Dichos problemas habrían estado relacionados con circunstancias en las cuales el espíritu de la norma podía llegar a no materializarse en la práctica o generar efectos adversos socialmente reprochables. Así indican que sería posible que se condene erradamente a un inocente por la causal de violación, o que no se le condene penalmente cuando realmente era culpable del delito de violación.

En ese sentido proponen que, en caso de que una mujer indique haber sido víctima del delito de violación solicitando la interrupción de su embarazo, el equipo que se conforme para confirmar la concurrencia de los hechos que constituyen la violación sea también integrado por abogados miembros del servicio de salud correspondiente. También, que la conclusión a la que arribe esa junta sea fundada y registrada en un formulario de formato único distribuido por el Ministerio de Salud, y que habría de ser establecido en el reglamento de la ley y producido por el trabajo conjunto del Poder Judicial, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, universidades y colegios profesionales.

²⁹ Cabe destacar que con fecha 23 de septiembre del año 2017 se promulgó la ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Además, tratándose de mayores de 14 años, la interrupción del embarazo antes de las 12 semanas de edad proponían que se restringiera a aquellas mujeres que acrediten haber recibido atención médica por Ley 19.617 en las 2 semanas siguientes a la supuesta violación. Esto permitiría a su parecer, circunscribir la prestación del aborto a aquellas mujeres que manifestaron la causal de violación sin conocer su condición de embarazada. Además, promovería una consulta precoz, lo que podría evitar un aborto mediante la indicación de la anticoncepción de emergencia, o subsidiariamente, optimizaría el rendimiento del programa de acompañamiento, la atención integral de la paciente y la recolección de evidencias para la acreditación penal del ilícito.

Sumado a lo anterior, proponían que se establezca de forma explícita que, en abortos por la causal de violación, tal delito será siempre de acción penal pública, de esta forma, en opinión de los autores se evitaría que casos queden impunes por falta de persecución penal.

Por último, proponen que se destinen recursos específicos para una educación cívica y permanente publicidad del eslogan “Si fuiste víctima de violación, consulta a tu médico antes de dos semanas”.

C. Terrorismo

Respecto al delito de terrorismo, el profesor Carnevali, desarrolla en su obra, “El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura” (Carnevali, 2010), lo que constituye su aporte a la política criminal, en lo relativo a la tortura en el ámbito de los delitos terroristas.

Respecto a esta obra, en función de los fines de este trabajo me centraré en la exposición de la propuesta de Carnevali respecto a la discusión de si cabe o no la justificación de la tortura en el ámbito del terrorismo, si entendemos que en este caso se debe flexibilizar en alguna medida el marco garantístico.

En lo que concierne al terrorismo, señala que actualmente existen desafíos complejos si consideramos que, como sociedad, no estamos dispuestos a renunciar a siglos de trabajo dirigidos a construir “nuestro patrimonio garantístico”, pero, a la vez, no podemos dejar de lado los peligros que representa el terrorismo de carácter global, el cual es capaz de alterar incluso para siempre las formas de convivencia humana. Así, debe buscarse de forma urgente e irrenunciable, lograr el equilibrio a través de la flexibilización de determinadas reglas de garantía penal, sin que ello suponga exacerbar las medidas preventivas de orden policial o en propuestas puramente asegurativas, favoreciendo las jurisdicciones militares.

En relación con ello, surge una discusión particular en el ámbito de la tortura, pues se puede presentar el caso en que, frente al aviso de un determinado acto terrorista que aun no ocurre, pero que está próximo a ocurrir, dónde los agentes policiales estatales detengan a los sospechosos y enfrenten con ello una colisión de deberes, por un lado, el deber de actuar para prevenir la muerte de un numero importante de personas, y por otro lado el deber de no torturar a aquellos sospechosos. En ese sentido, el dilema se centra en preguntarse que ocurre, si el atentado se concreta y con ello mueren muchas personas, sin haber ejercido los agentes ningún apremio ilegítimo, o, por otra parte, que ocurre si se tortura a los sospechosos, pero el atentado nunca se concreta.

En ese sentido, explica que han surgido ideas que proponen que, manteniendo como regla general la prohibición de la tortura, establecer condiciones en las que deba justificarse.

Señala que, aunque no sea compartido por la opinión pública, la gran mayoría de la doctrina esta de acuerdo en la prohibición de la tortura sin margen alguno de justificación. Pese a ello, establece que también cabe resolver el problema en sede de culpabilidad, lo que se traduce en determinar si cabe o no la configuración de la exculpación de la tortura.

En relación con lo anterior, explica que es intrínseco a la tortura que la persona deja de ser apreciada como sujeto de derecho siendo considerado un objeto a merced de la fuerza estatal, perdiendo con ello la voluntad, y, por tanto, puede ser sometido a daños físicos y

psíquicos, lo que incluye la amenaza de la tortura. Así, se suprime por completo la dignidad humana. En efecto, la legitimidad en la actuación punitiva del Estado descansa en que se considera al imputado o sospechoso como un sujeto con voluntad y, por tanto, no es un mero instrumento sino una persona.

En relación con lo anterior, Carnevali es claro en establecer que en ninguna circunstancia cabe la justificación de la tortura. Sin embargo, da cuenta que hay quienes, si plantean tal justificación sobre la base que el Estado no puede permanecer indiferente frente al acto agresivo y debe estar en favor de las víctimas, es decir, frente a la contraposición de los intereses de la dignidad de un sospechoso de creación de peligro y la dignidad de las víctimas debe optarse por la de la de las víctimas. Con ello en el caso de conductas terroristas, infligir torturas sería el mal menor. Carnevali señala que, si se ve desde un punto de vista “cuantitativo”, es decir, la lesión de la dignidad de uno o unos pocos sospechosos frente a la vida de miles de personas, podría parecer razonable la justificación, sin embargo, el enfoque correcto es poner en la balanza lo que representa la tortura como práctica estatal frente a la dignidad de la persona y en ese sentido, la tortura sería el mal mayor.

En opinión de nuestro autor, por tanto, justificar la tortura aun en casos excepcionales, llevaría a sostener que se trata de una actividad socialmente aceptada, y por tanto que bajo ciertos eventos se puede aceptar violar la dignidad de una persona. Lo que abriría una peligrosa puerta si es que se considera que este nuevo paradigma apuntaría a que se estaría frente a un Estado “bueno hacia sus ciudadanos del que nada se debe temer”.

Ahora bien, Carnevali opina que es distinto lo que ocurre con la exculpación, la que bajo circunstancias muy estrictas podría configurarse. Argumenta que estimarlo así, conlleva mirar la tortura siempre como un acto injusto, que, sin embargo, bajo ciertos supuestos, podría disculparse. Destaca que para que esto opere, debe considerarse que se está frente agentes estatales que tienen perfecto conocimiento de que se está frente a actos prohibidos y que corren el riesgo de ser sancionados, y por tanto se deberá analizar caso a caso la configuración de la exculpación.

Así, debe valorarse cuan inminente es el riesgo por enfrentar y excepcional el caso para los agentes que los determinó a torturar, pues si para ellos era el único medio para evitar las consecuencias lesivas que consideran incluso su autoconservación o la de su familia, podría exculparse, de modo que si sabía que podía disponer de otros medios no corresponde tal exculpación. En ese sentido, señala que esto debería considerarse así pues podría resultar injusto el castigo del que salva a otros infringiendo una prohibición.

Ahora, respecto a consideraciones *ex post*, tales como si el acto terrorista no se concreta o si existían otros medios para lograr el objetivo o no se trataba del sospechoso, se pregunta si es el error de apreciación relevante o no, es decir si estas situaciones de anormalidad motivacional pueden excluir siempre de la culpabilidad, o aun estando presente, permitirían el castigo, pero con una pena menor.

Para Carnevali, si el error ha determinado al sujeto y es de tal magnitud que afecta seriamente las condiciones motivacionales, se debe excluir la responsabilidad penal. Destaca que, en esta esfera, queda clara la ilicitud del hecho, quedando la exculpación dada a cuestiones meramente personales. Debe apreciarse, además, que son consideraciones de orden factico, es decir, el agente no yerra sobre el derecho pues conoce el significado jurídico de su actuar, pero existe una valoración errónea de las cuestiones fácticas. Por lo tanto, no es un caso propiamente de error de prohibición.

Señala que, en cambio que si podría discutirse aplicar estas argumentaciones a una justificación putativa (esto es, la teoría moderna de la culpabilidad), en que el agente de haber sido mas cuidadoso en su obrar habría podido interpretar de mejor forma las circunstancias concomitantes y con ello haber evitado la aplicación de la tortura, y con ello, castigar culposamente los casos de error evitable.

Finalmente, reconoce que son materias difíciles de abordar y particularmente sensibles sobre todo en nuestro país por haber sido la tortura una parte oscura de nuestro

pasado, sin embargo, señala que puede eludirse, pues hoy ha adquirido especial importancia en los delitos terroristas.

3. Conclusiones y consideraciones personales

Finalmente, en consideración a lo desarrollado en los puntos 1 y 2 de este capítulo intentaré responder la siguiente pregunta, ¿Son consistentes las propuestas hechas por nuestro autor, con lo que dice serían los principios de política criminal? En ese sentido, habiendo revisado casi la totalidad de la obra del profesor Carnevali desde el año 2000 hasta el año 2020, ahondando especialmente en lo que refiere a sus aportes en política criminal dónde el autor establece principios claros para orientar el establecimiento de normas que tipifiquen como punible un determinado comportamiento, analizaré si sus propuestas aplicadas en delitos particulares se condicen con lo planteado por el mismo de forma general. Esto es interesante, pues, desde ya adelanto que parece ser que las limitaciones que plantea sólo serían aplicables a los delitos contra la propiedad y en específico los de menor cuantía.

En efecto, como se ha indicado supra, el profesor Carnevali defiende la aplicación del principio de ultima ratio en el derecho penal, criticando el fenómeno de expansión de éste que ve como resultado de la sociedad de riesgos en la que estamos inmersos donde existe una mayor identificación con la víctima, que conlleva a decisiones político legislativas que buscan calmar transitoriamente las demandas sociales de seguridad, aumentando desproporcionadamente los delitos y las penas, con lo que se contraviene directamente los principios rectores del derecho penal, como los de ultima ratio, de lesividad concreto, de protección de un bien jurídico individual o de culpabilidad. Critica en esa línea la adopción del camino punitivo sin buscar alternativas que generen menos perjuicio a las libertades ciudadanas y trayendo con ello consecuencias negativas a largo plazo, pues se limita la democracia.

Como se ha expuesto también es indudable que el profesor aplica tales postulados a sus propuestas sobre política criminal en el delito de hurto a establecimientos comerciales,

que corresponde a un delito contra la propiedad de menor cuantía, estableciendo así una consistente crítica a la punición del mismo por no existir una lesividad concreta, sino por el contrario, indica que se busca proteger comportamientos que sumados pueden ser lesivos para la organización social, lo que a su parecer, debe regularse por el derecho administrativo sancionador y no por el derecho penal.

Sin embargo, respecto al segundo tipo de delitos analizados, no es posible aplicar sus propios postulados. En efecto, respecto del delito de aborto, las restricciones a la prueba en la causal de violación planteadas por el autor traen como consecuencia inevitable expandir el derecho penal en el sentido que el mismo critica. En otras palabras, partiendo de la base que lo que buscaba el proyecto era justamente despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales específicas, restringir la prueba en una de ellas atentaría contra el bien jurídico protegido por el mismo proyecto, la vida e integridad física de la mujer que quiere someterse a tal procedimiento, de tal modo que las exigencias impuestas podrían causar en la eventual mujer víctima de violación preferir realizarse un aborto clandestino arriesgando su vida e integridad física. Piénsese, por ejemplo, en una adolescente de 15 años que es víctima de violación desde los 10 años por su tío, hermano de su madre, con quien la familia tiene una estrecha relación. Si ella quisiera someterse al procedimiento con las restricciones que se proponen, debiera entonces haber concurrido a un centro médico luego de dos semanas del suceso delictivo, sin embargo, es empíricamente improbable que esto suceda pues no es la primera vez que el hecho ocurre, si no ha concurrido antes a un centro de salud, no hay motivo para hacerlo ahora. Luego, si a las 8 semanas de embarazo se percata del mismo, debiera entonces solicitar el procedimiento, alegando la causal de violación, donde un comité del centro de salud con la presencia de un abogado evaluaría su caso, analizando la credibilidad de su relato, lo que implica, por cierto, que cabe la posibilidad que le rechacen la solicitud lo que constituiría una revictimización de la menor. Además, si se considera el delito de violación en este caso como uno de acción penal pública, tal comité estaría obligado a poner la denuncia correspondiente para que se inicie una investigación en contra del tío de la menor, lo que probablemente por razones de índole psicológica la

adolescente quiera evitar a toda costa, prefiriendo poner en riesgo su vida, antes de ser cuestionada por la familia respecto a la denuncia. Se suma a lo anterior, que el médico para denunciar tal acto al comité debiera entonces contravenir su deber de confidencialidad médico-paciente, el cual debiera primar a toda costa, si se trata de salvar la vida de su paciente. Es importante que el caso señalado como ejemplo, no es aislado, pues diversos estudios demuestran que la mayoría de las violaciones ocurren dentro del hogar, por la pareja de la víctima, por un familiar cercano o amigo. Todo lo cual, conlleva a la mujer a no notificar sobre la violencia sexual vivida, ya sea por vergüenza, temor o riesgo de represalias o ser culpada, por vergüenza, por existir un sistema de apoyo inadecuado, o por temor o riesgo a que no le crean o ser tratada mal o socialmente marginada. (OMS, 2013)

En síntesis, las restricciones impuestas, traen como consecuencia condenar por el delito de aborto a más mujeres, expandiendo el ámbito de aplicación del derecho penal, contraviniendo con ello el principio de *ultima ratio* de este.

Ahora bien, distinta es su propuesta de la extensión del sujeto activo de violación a la mujer. A mi parecer, en este caso, si bien, se expande la aplicación del delito a un nuevo sujeto activo, ello se encuentra correctamente fundamentado en virtud del bien jurídico protegido que es la libertad o indemnidad sexual de la persona, que puede perfectamente verse afectada en los términos descritos por el autor por una mujer. Por tanto, a mi parecer, dicha interpretación parece estar en mejor armonía con los principios del derecho penal, y no considero que sea una extensión basada en una mayor identificación con la víctima, sino que, busca dejar a todas las potenciales víctimas en igualdad de condiciones.

Bien explica lo anterior, Carolina Suazo Shwencke en su tesis de magíster en Derecho Penal, en la que señala:

“Por su parte, en relación a quién puede ser sujeto activo del delito, existen dos posiciones: una, mayoritaria en la doctrina nacional, que señala que sujeto activo sólo puede ser el hombre porque la conducta consiste en acceder carnalmente y no en ser accedido carnalmente; y una segunda posición, de acuerdo a la cual, sujeto activo del delito de

violación puede serlo indistintamente el hombre o la mujer, tesis en todo caso minoritaria en la doctrina de nuestro país.

Esta discusión doctrinaria surgió a nivel nacional desde la entrada en vigencia de la Ley 19.617, ya que con anterioridad no se discutía si el sujeto activo del delito de violación podía ser una mujer puesto que se sancionaba la conducta de “yacer” con ella.

Sin embargo, luego de la citada ley el problema del sujeto activo en este ilícito adquirió relevancia principalmente por las conductas que pueden considerarse atípicas o constitutivas sólo del delito de abuso sexual, dependiendo de la posición que se adopte frente a quién puede ser agente activo del delito, en el sentido de autor material directo y que trasciende al mero hecho de si el sujeto activo es hombre o mujer, sino que se relaciona con el alcance de las situaciones en que existe acceso carnal, sea porque éste “accede carnalmente” o “se hace acceder carnalmente”.

Tales conductas corresponden a la de la mujer que exige “ser accedida” por un menor de edad o concurriendo los medios comisivos contemplados en el artículo 361 y la del hombre que en presencia de tales circunstancias o tratándose de un menor de edad dispone ser accedido por otro hombre.

A la fecha este vacío legal ha implicado que las situaciones antes descritas hayan sido sancionadas como constitutivas del delito de abuso sexual, situación que resulta francamente criticable y discriminatoria, puesto que frente a igual afectación del bien jurídico se castiga la conducta de forma distinta.

Cabe mencionar que el Anteproyecto de Código Penal chileno, respecto del delito de violación señala: “El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación...”. De esta forma la redacción del citado Anteproyecto pretendió zanjar la discusión, al indicar “acceso carnal”, sin especificar el rol del autor, en el sentido de precisar si se trata de quien “accede”, caso en el cual el sujeto activo corresponde necesariamente a un hombre o de quien “es accedido” evento en el cual el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. RODRÍGUEZ COLLAO señala que esta última situación se plantea como un problema de interpretación teleológica, concluyendo que la lesión del bien jurídico se da cuando una persona es compelida a tomar parte en la realización de una cópula, cualquiera sea el papel que a aquélla le corresponda desempeñar.

Se incluye en consecuencia a quien accede carnalmente a una persona, como a quien es accedido por otro, siempre que medie alguna de las modalidades ejecutivas que la norma contempla o la víctima sea menor de catorce años de edad.

Sin embargo, otros autores señalan que el problema persiste en el Anteproyecto por indicar la expresión “El que accede” de todas formas a un sujeto que ejecuta o realiza la acción potencial de acceso.

Los problemas planteados han tenido claras consecuencias en la práctica lo que ha motivado que actualmente se tramite en el Congreso Nacional un proyecto de ley que plantea la modificación del artículo 361 del Código Penal, en el sentido de tipificar la conducta sancionando “El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida...”. Como se puede advertir esta redacción difiere de la del Anteproyecto antes citado y se acerca más a la utilizada por el Código Penal español en su artículo 179, que sanciona como violación la agresión sexual “consiste en acceso carnal”. Estas dos últimas fórmulas estimamos que efectivamente resuelven el problema del sujeto activo del delito violación en tanto comprenden las situaciones antes expuestas de quien “se hace acceder por otro” que a la fecha no se encuentran incorporadas en el ilícito.” (Suazo Schwencke, 2010)

Finalmente, respecto al ámbito de los delitos terroristas, llama especialmente la atención la admisión de la tortura exculpada por parte del profesor Carnevali. En este sentido, vuelve a contradecirse con sus propios postulados, pues acepta que el agente policial que comete tortura sea exculpado y por tanto no condenado en el caso que describe, el cual, si bien es excepcional no tiene baja probabilidad de ocurrencia, sobre todo en países latinoamericanos donde la historia nos ha demostrado que es posible que tales agentes aprovechándose de su poder comentan delitos de tortura. Carnevali desconoce el principio penal esencial del bien jurídico protegido y todo el análisis que el mismo realiza de la importancia de la reparación de la víctima, admitiendo que el Estado pueda ser victimario en situaciones excepcionales del delito de tortura, sin proponer tampoco un ámbito de regulación distinto en este caso como lo hace en otros casos explicados *supra* de índole similar donde propone la aplicación de la llamada justicia transicional. No se entiende entonces, por qué quienes cometen delitos de tortura en contextos de regímenes antidemocráticos debieran ser juzgados por un modelo de justicia transicional, pero, quienes

cometen los mismos delitos en contextos democráticos y contra supuestos terroristas, (porque claro está que en el momento del hecho delictivo no existe certeza de la culpabilidad de los sospechosos ni incluso de la producción del tipo penal) que se transforman en víctimas de tortura del estado, deban quedar absolutamente exculpados y no responder penalmente por sus actos.

CONCLUSIONES

Una vez concluida la exposición de los tópicos de esta memoria, se debe enfrentar la pregunta inicial: ¿existe una “Escuela” de Derecho Penal en la Universidad de Talca? Se puede afirmar que sí se configura una Escuela de Derecho Penal en los términos definidos en la introducción de este trabajo³⁰. De la información recabada, se aprecia que gran parte de los académicos de este departamento trabajan y publican en conjunto, bajo el alero de la facultad a la que pertenecen, labor de investigación que ha sido impulsada por parte de la institución. Además, no solo han colaborado conjuntamente en publicaciones y proyectos de investigación, sino que también se han perfeccionado y cooperado generacionalmente incluso respecto de materias y temáticas similares.

Con todo, es imposible desconocer que la forma de abordar los contenidos y también las temáticas tratadas por cada uno de ellos difiere entre cada académico.

Asimismo, sus estudios de posgrado han sido desarrollados en varios países, por lo que sus influencias jurídicas se encuentran heterogéneamente distribuidas y no pueden redirigirse a solo un autor, universidad o país en específico.

Continuando con el análisis del primer capítulo, respecto al estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Talca y sus profesores de derecho penal y, en específico, la productividad de estos en el ámbito de la doctrina penal chilena durante las primeras dos décadas del presente siglo, los datos obtenidos con la información recabada es la siguiente:

De mayor a menor, el profesor Raúl Carnevali ocupa el primer lugar en productividad con una contabilidad de 50 obras que totalizan 15,15 puntos; en segundo lugar, se encuentra

³⁰ Concepto de “escuela de derecho” para efectos del proyecto general de “Doctrina penal chilena del siglo XXI”: Grupos de trabajo bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia.

el profesor Francisco Maldonado con 32 obras que se traducen en 11,95 puntos; en tercer lugar, el profesor Osvaldo Artaza con 15 obras y 6,85 puntos; en cuarto lugar, el docente Sebastián Galleguillos con 5 obras y 1,55 puntos; en último lugar la profesora Gloria Mancilla con 3 publicaciones y un total de 0,5 puntos. Así las cosas, el promedio de productividad para esta Escuela durante el presente siglo, en base a los criterios FONDECYT, es de 0,34 puntos y un total de 105 publicaciones.

Por otro lado, observando los resultados que estos profesores habrían obtenido en el concurso FONDECYT 2020 que considera los trabajos realizados entre 2014 y 2019, la tabla de productividad luce similar. En ese orden, Raúl Carnevali figura con 16 publicaciones y 3,8 puntos; Francisco Maldonado cuenta con 15 trabajos y 6,55 puntos; Osvaldo Artaza toma el tercer lugar con 11 obras y 3,5 puntos; en cuarto lugar, Sebastián Galleguillos con 5 obras y 1,55 puntos y por último Gloria Mancilla con 3 publicaciones y un total de 0,5 puntos. Así, el promedio de puntajes de esta Escuela, para el concurso FONDECYT 2020, es de 0,32 a partir de 50 trabajos.

Se sostiene en esta memoria que el trabajo de esta Escuela es particularmente destacable, ya que, si bien existen académicos “protagonistas”, se puede afirmar con seguridad que la gran mayoría de los docentes de esta Escuela mantienen o han mantenido, mientras han estado activos, una producción dogmática constante y de alta calidad de investigación. Al contrario, llama la atención que, en contraste a la diversidad de las materias desarrolladas por estos docentes, exista sólo una profesional de género femenino en el departamento de derecho penal.

En base al análisis de los datos ordenados, como se adelantó, es evidente el protagonismo que ha tenido los académicos Raúl Carnevali y Francisco Maldonado. Cada uno cuenta a su haber con más de 30 publicaciones. El profesor Maldonado ha tratado principalmente la responsabilidad penal adolescente desde diversas perspectivas, así como temáticas relacionadas con ello desde el derecho procesal penal. Carnevali, por su parte, ha publicado sobre una amplia gama de tópicos, principalmente, respecto al derecho penal

internacional y la política criminal. Los temas que trata este último profesor abarcan tanto a la parte general como parte especial del derecho penal y en menor medida, respecto al ámbito procesal penal.

Lo anterior, junto a la trascendencia y relevancia del autor, llevó a que merecidamente el capítulo segundo de esta memoria se abocara a la descripción de la obra Raúl Carnevali. Se explicaron y reseñaron los conceptos fundamentales de más de 25 trabajos. Del estudio de su obra, puede observarse que los principales temas tratados por el autor son (1) Aportes a la teoría del delito, (2) La ciencia penal italiana, (3) Derecho penal internacional y derecho penal transnacional y, (4) Política criminal.

Previo a proseguir con las conclusiones del último capítulo, resulta necesario destacar aspectos de la obra de Carnevali. Se valora positivamente la claridad del autor y la “toma de postura” en gran parte de sus trabajos, trascendiendo la mera exposición aportando sustancia al debate dogmático con argumentos correctamente estructurados, además, siendo precursor y referente en la doctrina nacional en la mayoría de las temáticas, como el derecho penal internacional y la política criminal donde resaltan las referencias a la escuela del profesor Silva Sánchez, seguida por Carnevali.

Ahora bien, en el capítulo tercero se realizó un estudio detallado de política criminal. Este tema ha sido ampliamente desarrollado por Raúl Carnevali en diversas obras, constituyéndose como un referente en la materia en el ámbito nacional, lo que le otorga un valor digno de estudio. En esta parte se analizó el tratamiento del concepto de política criminal y sus características según Carnevali, en comparación con otros autores, demostrándose su clara inclinación por la Escuela del profesor Silva Sánchez. Posteriormente, se analizó el desarrollo de sus propuestas en tres áreas de la parte especial del derecho penal, a saber, delitos contra la propiedad de menor cuantía, delitos sexuales y aborto y delitos terroristas, donde se pudo concluir que los postulados que plantea el profesor de política criminal se condicen perfectamente con sus postulados en los delitos contra la propiedad de menor cuantía, no así en los restantes analizados, donde existen matices que se

contradicen con sus propias ideas, sobre todo en lo que concierne al delito de aborto y al ámbito de los delitos terroristas.

Finalmente es fundamental destacar la trascendencia e importancia que ha tenido el aporte dogmático a la doctrina penal del siglo XX la Escuela de Derecho Penal de la Universidad de Talca, sobre todo el realizado a través de proyectos FONDECYT y por los profesores de planta, donde destaca especialmente el trabajo del profesor Carnevali, que como ha quedado de manifiesto en esta memoria, con sus estudios y trabajos ha generado grandes aportes al desarrollo de la dogmática penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Borja Jiménez, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 56, 113-150.
- Carnevali, R. (2000). ¿Es adecuada la política criminal estatal? *Gaceta Jurídica*(242), 7-12.
- Carnevali, R. (2000). Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. *Revista Chilena de Derecho*, 27(1).
- Carnevali, R. (2001). Cárceles privadas. ¿Es sólo un negocio? (37).
- Carnevali, R. (2001). *Derecho penal y Derecho Sancionador de la Unión Europea*. España: Editorial Comares.
- Carnevali, R. (2001). La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. *Gaceta Jurídica*(250).
- Carnevali, R. (2002). El delito de omisión. En particular la comisión por omisión. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*(9).
- Carnevali, R. (2003). Hacia la conformación del Tribunal Penal Internacional. Evolución histórica y desafíos futuros. *Revista de Derecho*(10), 27-49.
- Carnevali, R. (2004). ¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la Ley 19.950 que modifica el delito de hurto. *La semana Jurídica*(192).
- Carnevali, R. (2005). Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal. *Revista de Derecho*(26), 27-39.

- Carnevali, R. (2006). Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial. *Politica Criminal*, 1(1), 1-17.
- Carnevali, R. (2007). El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. *Politica Criminal*, 2(3).
- Carnevali, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48.
- Carnevali, R. (2008). La ciencia penal italiana y su influencia en Chile. *Politica Criminal*(6).
- Carnevali, R. (2008). Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena. En T. Vargas, *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*. Santiago.: Cuadernos de extensión. Universidad de los Andes.
- Carnevali, R. (2010). Algunas cuestiones sobre el derecho penal de la globalización en el planteamiento del profesor Jesus María Silva Sanchez. En R. Planas, *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Ad Hoc.
- Carnevali, R. (2010). El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho*, XXXV.
- Carnevali, R. (2010). La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. . *Revista Ius et Praxis*, 16(2), 273-330.
- Carnevali, R. (2013). El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. *Ius Et Praxis*, 19(2), 385-418.

- Carnevali, R. (2014). La víctima en el derecho penal internacional. *Política Criminal*, 9(18), 38-42.
- Carnevali, R. (2015). Caso Amnistía a los agentes de la DINA. En T. V. Pinto (Ed.), *Casos destacados de derecho penal. Parte General*. Thomson Reuters.
- Carnevali, R. (2016). Consideraciones médico-legales sobre causal de violación contenida en el proyecto de Ley de Aborto actualmente en trámite. *Revista médica de Chile*(144), 772-780.
- Carnevali, R. (2017). La fórmula de Radbruch y su expresión en sentencias de la Corte interamericana de los Derechos Humanos. En R. Carnevali (Ed.), *Derecho, sanción y justicia penal*. Montevideo: BdeF.
- Carnevali, R. (2018). ¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad. *Opinión Jurídica*, 17(34).
- Carnevali, R. (2018). Un examen a la justicia penal transicional. Especial atención a la amnistía. En R. R. González (Ed.), *Reformas necesarias a la justicia chilena*. Santiago: Librotecnia.
- Centro de Estudios de Derecho Penal*. (5 de 08 de 2020). Obtenido de <http://dpenal.cl/>
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. (2 de 08 de 2020). Obtenido de Universidad de Talca.: <http://derecho.otalca.cl/>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derech y razón. Teoría del garantismo penal*. (A. I. Perfecto, Trad.) Madrid: Trotta.
- Matus & Ramírez, J. &. (2020). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Montañéz Ruiz, J. C. (2010). El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1), 285-304.
- OMS, O. M. (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud.
- Politoff, S. (1965). *Los elementos subjetivos del tipo penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Río, R. D. (1935). *Derecho Penal*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. 2º Edición*. España: Ed. Civitas.
- Suazo Schwencke, C. I. (2010). *Iter criminis en los delitos sexuales: análisis dogmático y jurisprudencial*. Obtenido de Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106736>