



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**DOCTRINA PENAL CHILENA DEL SIGLO XXI: ESTUDIO DE LAS  
ESCUELAS DE DERECHO PENAL DE LAS UNIVERSIDADES DEL NORTE DE  
CHILE (ARTURO PRAT, ANTOFAGASTA, CATÓLICA DEL NORTE Y  
ATACAMA). ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA DEL PROFESOR MARIO  
DURÁN MIGLIARDI**

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

SOFÍA PINO DUVAUCHELLE

Profesor guía Jean Pierre Matus

SANTIAGO – CHILE

2020

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a mi familia y amigos, por siempre comprenderme y apoyarme, en particular en el período de redacción de esta memoria. También a mis compañeros del proyecto de investigación, por hacer de este camino mucho más ameno con su compañía, apoyo y esfuerzo conjunto y, especialmente, al profesor guía Jean Pierre Matus, por la paciencia, la entrega en torno a este trabajo y todas las herramientas que nos ha entregado para poder llevar a cabo una investigación rigurosa.

## ABREVIATURAS

Art. /arts. Artículo/artículos. Si no tienen otra indicación, corresponden al Código Penal, 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.<sup>a</sup>

REJ      Revista de Estudios de la Justicia

RLJ      Matus, J.P. (Dir.), Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias, Santiago, 3.<sup>a</sup> Ed., 2016

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

ZStW      Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## INDICE

RESUMEN .....	8
CAPÍTULO I: LAS ESCUELAS DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT, UNIVERSIDAD DE ATACAMA, UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE .....	
1 Escuela de Derecho penal de la Universidad Arturo Prat .....	11
1.1 Roberto Dufraix Tapia .....	12
2 Escuela de Derecho penal de la Universidad de Atacama .....	19
2.1 Miembros .....	19
2.1.1 Ramón Beltrán Calfurrapa .....	20
2.1.2 Rodrigo Cardozo Pozo .....	24
2.1.3 Mario Durán Migliardi .....	29
3 Escuela de Derecho penal de la Universidad de Antofagasta .....	42
3.1 Miembros .....	42
3.1.1 Carlos Cabezas Cabezas .....	43
3.1.2 Luis Rene Varela Ventura .....	49
4 Escuela de Derecho penal de la Universidad Católica del Norte .....	54
4.1 Miembros .....	54
4.1.1 Agustina Alvarado Urizar .....	55
4.1.2 Juan Pablo Castillo Morales .....	59

4.1.3	Christian Scheechler Corona.....	64
-------	----------------------------------	----

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DÓGMATICO DEL DR. MARIO DURÁN MIGLIARDI, DE LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA.....		72
--	--	----

1	Escuela de Derecho Penal de la Universidad de Atacama.....	72
2	Desarrollo Dogmático del Dr. Mario Dúran Migliardi .....	73
3	Desarrollo dogmático en la parte general del estudio del Derecho penal .....	74
3.1	Escuelas de pensamiento.....	74
3.1.1	Escuela de Bolonia .....	74
3.1.2	Escuela de Frankfurt .....	78
3.2	Fundamentación del Derecho penal .....	81
3.2.1	Constitución penal.....	81
3.2.2	Teoría de la pena .....	83
3.3	Política Criminal .....	98
3.3.1	Expansión del Derecho penal moderno.....	98
3.3.2	Responsabilidad penal adolescente .....	112
3.4	Derecho penitenciario .....	120
4	Desarrollo dogmático en la parte especial del estudio del derecho penal .....	122
4.1	Delitos de tortura y de apremios ilegítimos .....	122

CAPÍTULO III: ANALÍISIS CRÍTICO DE LOS POSTULADOS DEL DR. MARIO DURÁN MIGLIARDI SOBRE LA CONSTITUCIÓN PENAL.....		125
---	--	-----

1	Propuestas sobre el contenido de una Constitución penal.....	125
1.1	La Constitución como fundamento del sistema penal.....	125
1.2	La Constitución como marco axiológico y valorativo del sistema penal....	127
1.3	La Constitución como delimitación del <i>ius puniendi</i> .....	131
1.4	La Constitución como delimitación de las finalidades del sistema penal ...	132
1.4.1	Prevención especial como fin de la pena .....	134
1.4.2	Prevención general positiva como fin de la pena.....	136
2	Análisis Personal.....	138
	CONCLUSIONES.....	142
	BIBLIOGRAFÍA.....	146

## 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 los académicos de las facultades de derecho de las universidades de las regiones del norte de Chile durante el siglo XXI. De este modo, se intenta identificar cuáles son los principales centros de producción doctrinal que conformarían una posible “Escuela Penal del norte de Chile”.

Para lograr los objetivos buscados por esta investigación se hará una recopilación, primero, cuantitativa de las publicaciones realizadas por los profesores que componen las entidades educacionales 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 Atacama a la doctrina penal chilena, específicamente a través de la obra del profesor Dr. Mario Durán.



## INTRODUCCIÓN

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 norte 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.<sup>1</sup>

Para tal efecto, se considerarán como “norte de Chile” a las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo.

Dentro de la zona de estudio, las instituciones de educación superior que imparten la carrera de derecho, sin incluir a las entidades privadas que funcionan como sedes de universidades cuya casa central se encuentra en Santiago, son la Universidad Arturo Prat (UNAP), Universidad de Atacama (UDA), Universidad de Antofagasta (UA) y la Universidad Católica del Norte (UCN).

Para lograr el objetivo propuesto se realizará una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que logre reunir y sistematizar las publicaciones e investigaciones con que, durante el presente siglo, los académicos de dichos establecimientos han contribuido al desarrollo de la doctrina penal chilena.

En cuanto a la parte cuantitativa, se presentará a las escuelas que colaboren de manera activa con la dogmática penal, individualizando a sus respectivos miembros y detallando los

---

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

antecedentes académicos de cada uno, con 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, qué facultades de derecho de las que forman parte del espectro de estudio, conforman una “escuela de derecho penal”. En este sentido, cabrá destacar la importancia académica de la escuela de derecho penal de la Universidad de Atacama, especialmente en cuanto a la obra de uno de sus emblemáticos investigadores, el profesor Mario Durán Migliardi. 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 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 zona norte del país, y que han constituido – y constituirán– un aporte en la dogmática y jurisprudencia penal a nivel nacional durante el siglo XXI.

# **CAPÍTULO I: LAS ESCUELAS DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT, UNIVERSIDAD DE ATACAMA, UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE**

Este capítulo pretende dar a conocer los académicos que forman parte de cada una de las escuelas de derecho penal que se nombran en esta investigación, sus antecedentes académicos y las obras que han publicado, desde el año 2000 en adelante.

La metodología ocupada en este capítulo consistió en la realización de un formulario de preguntas, que los distintos profesores completaron escribiendo directamente o a través de entrevistas por plataformas online. Además, como fuentes de información, se utilizaron las páginas oficiales de cada universidad y de los estudios jurídicos que integran, cuando se dedican también a la práctica de la profesión. Asimismo, se utilizaron los perfiles personales de LinkedIn y Academia.edu.

## **1 ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT**

El origen de la Universidad Arturo Prat se remonta a la década de los años '60. En esos años, la Universidad de Chile se instala en Iquique con una pequeña sede, lugar en donde se impartían carreras técnicas. Posteriormente, con el paso del tiempo y con la implementación de la reforma a la educación superior, exactamente en 1981, esta sede se transforma en el Instituto Profesional de Iquique.

Luego, en el año 1984, debido a la Ley 18.368, el Instituto Profesional de Iquique se transforma en la actual Universidad Arturo Prat, siendo desde ese momento una universidad pública de carácter regional.

Esta institución fue la primera universidad de la zona norte en impartir la carrera de Derecho, desde el año 1992, teniendo 27 años de trayectoria. La carrera se imparte en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, junto a las carreras de Trabajo Social, Políticas Públicas, entre otras (Universidad Arturo Prat, s.f).

Actualmente, el Acuerdo de Acreditación N.º 101, del 21 de diciembre de 2016, le otorgó 4 años de acreditación en la carrera de Derecho, en las sedes de Iquique y Victoria. Este trabajo se concentra en la sede de Iquique, ya que es a su vez la Casa Central de la Universidad.

A continuación, se expondrá sobre Dr. Roberto Dufraix Tapia, docente a cargo de las cátedras de derecho penal y criminología de la Universidad.

## **1.1 Roberto Dufraix Tapia**

### **a. Bibliografía Académica**

El Dr. Roberto Dufraix Tapia estudió la carrera de Derecho en la Universidad Arturo Prat, egresando de la carrera el año 2004.

Al igual que muchos profesores descritos en este trabajo, el Dr. Roberto Dufraix no obtuvo un título de magíster propiamente tal, sino que obtuvo un “DEA”, Diploma de Estudios Avanzados, que acredita la “suficiencia investigadora”. Este título lo obtuvo en la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. El DEA acredita que quien lo obtiene es apto para realizar un estudio de doctorado.

De esta forma, después de obtener el DEA, el Prof. Roberto Dufraix comenzó a realizar sus estudios de doctorado en la Universidad del País Vasco. Así, en el año 2013, obtuvo el título de doctor en Derecho, de dicha Universidad, aprobando su tesis doctoral con calificación sobresaliente, la cual se llamó: “Las medidas de seguridad aplicables al inimputable por condición mental en el Derecho Penal Chileno”, siendo el director de esta tesis, el Dr. Ignacio Muñagorri Laguía (Dufraix Tapia, 2019).

Actualmente es profesor de las cátedras de derecho penal e investigador de la Universidad Arturo Prat.

### **b. Escuela de Pensamiento**

En base a sus publicaciones, podría afirmarse que el Dr. Roberto Dufraix sigue los postulados de profesores como Juan Bustos, José Luis Guzmán Dálbora y Manuel Cancio Meliá.

En cuanto a las diversas teorías sobre el rol del bien jurídico en las sociedades modernas, hay una clara influencia del profesor José Luis Diez Ripollés.

Además, en sus estudios se menciona aspectos criminológicos del delito, siendo en esos casos nombrado Alessandro Baratta. De lo anterior se infiere que, para el Dr. Roberto Dufraix, es importante que el estudio del derecho penal integre otras disciplinas como la criminología.

**c. Líneas de investigación**

Dadas sus publicaciones, se puede entender que sus principales líneas de investigación son acerca los delitos relativos al tráfico de drogas y estupefacientes y la pena de expulsión en el sistema penal chileno.

**d. Publicaciones**

A continuación, se expondrán los proyectos de investigación y las publicaciones, que ha realizado el Dr. Roberto Dufraix Tapia, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

<b>Tabla N.º1: Proyectos de investigación de Dr. Roberto Dufraix</b>				
<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Proyecto</b>	<b>Institución</b>	<b>Cargo</b>
<b>80160013</b>	2016	Política criminal y migración en el norte de Chile"	Programa Atracción e Inserción de Capital Humano Avanzado, CONICYT, modalidad estancias cortas	Investigador responsable

**Tabla 2: Publicaciones<sup>2</sup> del Dr. Roberto Dufraix Tapia**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/ Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>3</sup></b>
<b>2007</b>	Algunas Reflexiones sobre el Moderno Derecho Penal y sus Consecuencias.	Revista Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina.	Nº 7, 89-96.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2008</b>	Algunas Reflexiones sobre la Petición de Perdón a las Víctimas de	Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de	Nº 22, 117-133.	Artículo de revista	-	0,1

<sup>2</sup> No se tomaron en cuenta las recensiones bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>3</sup> Nota: Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

	Delitos Terroristas en España	Criminología, San Sebastián, España.				
<b>2009</b>	Necesidad del establecimiento de juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en Chile	Revista Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina	Año 9, Nº 9, 71-79.	Artículo de revista	Jaime Vivanco Sepúlveda	0,1
<b>2009</b>	El ánimo de lucro en los delitos patrimoniales	Editorial Flores Editores S.A, México.	-	Libro	-	0,1
<b>2011</b>	Una crítica sobre la reincidencia y su relación con el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005	Revista Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina	Vol. 11, Nº 11, 89-96.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2016</b>	Sobre el fundamento de las medidas de seguridad	En: Uribe Manríquez, Alfredo		Capítulo de libro	-	0,1

	aplicables al inimputable por condición mental. Un ejercicio de deconstrucción a partir de sus antecedentes histórico-ideológicos	(Coord.); <i>Derecho Penal Contemporáneo</i> , Flores Editores, México.				
<b>2018</b>	La ley 20.000. Desde la (discursiva) racionalización del castigo del tráfico de drogas hacia una (efectiva) criminalización de su consumo en Chile	En: Salomão Shecaira, Sérgio; Arana, Xabier; Silva Cardoso, Francielo; Macedo de Miranda, Bartira (Orgs); <i>Drogas, desafios contemporâneos</i> ; Editora D'Plácido, Belo Horizonte, Brasil.	235-245.	Capítulo de libro	-	0,1
<b>2018</b>	La expulsión del extranjero sin residencia legal en la ley 20.603. Prolegómenos acerca de la inclusión de la	En: Tapia Landino, Marcela; Liberona Concha, Nanette (editoras); <i>El afán de cruzar las fronteras. Enfoques</i>	159-190.	Capítulo de libro	-	0,3



	exclusión del migrante en Chile	<i>transdisciplinarios sobre migraciones y movilidad en Sudamérica y Chile</i> Ril Editores, Santiago, Chile.				
<b>2018</b>	La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?	Revista Política Criminal.	Vol. 13, N° 26, 739-770.	Artículo de revista	José Ángel Brandariz García y Daniel Quinteros Rojas.	0,75
<b>2019</b>	Human trafficking cases in Chile: challenges for reducing the ‘dark figure’	En: Winterdyk, John; Jones, Jackie (Eds), <i>The Palgrave International Handbook of Human Trafficking</i> . Palgrave Macmillan	1151-1164.	Capítulo de libro	Romina Ramos y Daniel Quinteros.	0,4

Puntuación Total Fondecyt <sup>4</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>5</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
3,1	0,62	1.6	0.5333

---

<sup>4</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>5</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

## **2 ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA**

La historia de esta Universidad se remonta a la fundación de la Escuela de Minas, en el año 1857, institución que enseñaba acerca del área de la minería. Casi 100 años después, en 1952, esta escuela paso a formar parte de la Universidad Técnica del Estado, para luego unirse a la Escuela Normal de Copiapó, exactamente en el año 1976 (Universidad de Atacama, s.f.).

Posteriormente, en 1981, se constituyó finalmente la Universidad de Atacama (UDA), como se denomina hasta el día de hoy, en conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N.º 37.

Actualmente la Universidad de Atacama, tiene sedes en las ciudades de Arica, Caldera, Vallenar y Copiapó, siendo este último lugar donde se ubica su Casa Central. Es ahí donde se encuentra la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, donde se imparte la carrera de Derecho, la cual se encuentra acreditada por 4 años, según el acuerdo de acreditación N.º 495 del año 2016.

Actualmente la Universidad de Atacama es una universidad pública, que fomenta y apoya la investigación. Este rol público se ve reflejado en la cantidad de investigaciones que se realizan y que tienen como resultado diversas publicaciones.

### **2.1 Miembros**

La Facultad de Derecho de la Universidad de Atacama, actualmente trabaja con tres profesores dedicados al área del derecho penal y procesal penal. A continuación, se señalarán los antecedentes recopilados sobre cada uno de ellos, enumerados alfabéticamente por sus apellidos. Los profesores son: Ramón Beltrán Calfurrapa, Rodrigo Cardozo Pozo y Mario Durán Migliardi.

## **2.1.1 Ramón Beltrán Calfurrapa**

### **a) Bibliografía Académica**

El profesor Ramón Beltrán Calfurrapa obtuvo su título profesional en la universidad de Atacama y realizó su tesis de licenciatura a cargo del profesor Mario Durán Migliardi. El nombre de su trabajo es: “Perspectiva del denominado Derecho penal simbólico a la luz de la expansión del Derecho penal moderno”, y se publicó el año 2008. Esta tesis estuvo apoyada por el programa FONDECYT iniciación.

En el año 2011 comenzó a realizar su doctorado en Derecho en la Universidad Católica de Valparaíso, donde logró aprobar su tesis doctoral el año 2017, con nota sobresaliente. Gran parte de la investigación se realizó en su estadía en la Università Degli Studi di Milano, en Italia.

El trabajo doctoral se tituló “Pena, motivación y control: Análisis del Proceso de Individualización Judicial de la pena privativa de libertad en el enjuiciamiento criminal de adultos y su justificación argumentativa en sede jurisdiccional” y estuvo a cargo del profesor Raúl Núñez Ojeda, quien fue su profesor guía durante los 6 años del doctorado (Universidad de Atacama, s.f.).

### **b) Escuela de Pensamiento**

En base a sus publicaciones es posible afirmar, respecto a la pena, que cree en una necesaria retribución del mal causado, que demuestre “un genuino dolor penal” del infractor, de forma que lo comprenda como parte de la sanción, junto con una posible reparación, solo subsidiaria a la pena, ya que no puede sustituir “el alto déficit fáctico y comunicativo” de la pena en delitos criminales violentos, siguiendo los postulados de Duff, en la forma que los recoge en Chile Mañalich (teoría comunicativa de la pena) (Beltrán Calfurrapa, 2019, pág. 182).

### **c) Líneas de investigación**

Es claro que el área de investigación que sigue el Dr. Ramón Beltrán Calfurrapa es el derecho procesal penal, sobre todo temas relacionados con la prueba.

#### d) Publicaciones

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el Dr. Ramón Beltrán Calfurrapa, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

<b>Tabla 3: Publicaciones<sup>6</sup> del Dr. Ramón Beltrán Calfurrapa</b>						
<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/ Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>7</sup></b>
2011	Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa.	Revista Ius et Praxis	Vol. 17, N.º 2, 571 - 574	Artículo de revista		0,75

<sup>6</sup> No se tomaron en cuenta las reseñas bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>7</sup> Nota: Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

<b>2012</b>	La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia	Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)	N.º 39, 587-606	Artículo de revista		0,3
<b>2012</b>	Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile	Política Criminal	Vol. 7, N.º 14, 54 - 479.	Artículo de revista		0,75
<b>2019</b>	Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena	Revista Bras. de Direito Processual Penal	Vol. 5, N.º 1, 145 - 190.	Artículo de revista		0,75
<b>2019</b>	Motivación e individualización judicial de la pena en Chile: prolegómenos a partir del	Machado Martins, Priscila; Larroucau Torres, Jorge (Coord.). <i>Estudios de Derecho</i>	397-431.	Capítulo de Libro		0,1

	artículo 69 del código penal	<i>Procesal.</i> Der Ediciones, Chile.				
<b>2019</b>	Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas.	Política Criminal.	Vol. 14, N.º 28. 152-185	Artículo de revista		0,75

Puntuación Total Fondecyt <sup>8</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>9</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
3,4	0,56666	1.6	0.5333

<sup>8</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>9</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

## **2.1.2 Rodrigo Cardozo Pozo**

### **a) Bibliografía Académica**

El Dr. Rodrigo Cardozo Pozo realizó sus estudios de pregrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama. Durante esta etapa académica, sus profesores de Derecho penal fueron Jaime Campos Quiroga, en la cátedra de penal I y el profesor Dr. Mario Durán, en penal II.

Durante esta etapa, trabajó procurando en causas penales, momento en que aún se utilizaba el sistema inquisitivo, lo que provocó en él una profunda decepción con relación a la práctica y la teoría del Derecho. De esta decepción surgió su interés por la investigación, ya que el desarrollo dogmático es una forma de influir positivamente en el desarrollo del Derecho. A raíz de esto, su tesis de pregrado fue sobre el principio de inocencia desde una perspectiva de Derechos Humanos, a cargo de la Dra. Miriam Henríquez Viñas (Cardozo Pozo, 2020).

Al igual que otros profesores nombrados en este trabajo, el Dr. Rodrigo Cardozo Pozo no realizó un magister propiamente tal. Esto porque, antes de la reforma de Bolonia, en las Universidades de España no se exigía un título de magíster para realizar un doctorado. Se podía obtener un DEA, que es un Diploma de Estudios Avanzados, acreditando así, la “suficiencia investigadora” de quien lo obtiene.

De esta forma, el Dr. Rodrigo Cardozo obtuvo este diploma y comenzó su estudio de doctorado en la Universidad de Salamanca, en España, obteniendo el grado de Doctor el año 2009.

Su tesis doctoral fue dirigida por la Dra. Cristina Méndez Rodríguez y se llamó: “Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial: Art. 379 CP”.

Actualmente es decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama.



### **b) Escuela de Pensamiento**

Para el Dr. Rodrigo Cardozo Pozo es fundamental la teoría del bien jurídico, sobre todo en su potencial crítico dentro de un Estado democrático de Derecho. Por esto, para él, podría encasillársele dentro de la Escuela de Pensamiento del funcionalismo moderado de Roxin (Cardozo Pozo, 2020).

### **c) Líneas de investigación**

El Dr. Rodrigo Cardozo Pozo ha tratado en varias de sus publicaciones la relación que tiene la política criminal con el derecho penal, específicamente con el rol de los bienes jurídicos. En ese ámbito, al profesor le gustaría ser un aporte a la dogmática nacional.

#### d) Publicaciones

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el profesor Dr. Rodrigo Cardozo Pozo, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

<b>Tabla 4: Publicaciones<sup>10</sup> del Dr. Rodrigo Cardozo Pozo</b>						
<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/ Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>11</sup></b>
2007	De lo “Moderno”, la “Expansión” y la falsa encrucijada del derecho penal actual.	Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas	Vol. 9, 33-48.	Artículo de revista	-	0,1

---

<sup>10</sup> No se tomaron en cuenta las reseñas bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>11</sup> Nota: Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

<b>2007</b>	La “seguridad ciudadana” como tendencia político criminal y contexto del nuevo proceso penal, algunas consideraciones sobre sus posibles repercusiones en el procedimiento abreviado.	En: Balmaceda Hoyos, Gustavo (Coord.) <i>Problemas actuales de derecho penal: Seminario de Derecho Penal Universidad de Salamanca</i> , Ediciones Jurídicas de Santiago	289-345.	Capítulo de Libro	-	0,1
<b>2009</b>	Mas allá del puente: algunas consideraciones sobre el rol de la política criminal.	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Vol. 16, N.º 1, 59-90	Artículo de revista	-	0,1
<b>2016</b>	La seguridad vial desde la teoría del bien jurídico: análisis crítico	En: Pérez Álvarez, Fernando (Dir.); Díaz Cortés, Lina; Heredero Campos, María Teresa; Villasante Arroyo, Nathali Janeth (Coord.). <i>La</i>	567-585.	Capítulo de libro	-	0,3

		<i>seguridad vial desde la teoría del bien jurídico: análisis crítico.</i> Editorial Universidad de Salamanca, España.				
--	--	--	--	--	--	--

Puntuación Total Fondecyt <sup>12</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>13</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
0,8	0,2	0,3	0,3

---

<sup>12</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>13</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

### **2.1.3 Mario Durán Migliardi**

#### **a) Bibliografía Académica**

Mario Osvaldo Enrique Durán Migliardi egresó de la carrera de Derecho en el año 1994 en la Universidad la República y un año después, obtuvo su título de abogado. Durante su carrera universitaria tuvo como profesor de derecho penal a Miguel Soto.

Su tesis de pregrado fue realizada en el ámbito del derecho tributario, bajo la tutoría de los profesores de la Universidad de Valparaíso, como antiguamente funcionaba la educación superior respecto a las universidades privadas. Específicamente trató sobre el procedimiento general de reclamación.

De hecho, los primeros años académicos del profesor Mario Durán fueron dedicados al ámbito del derecho económico y no al derecho penal. Su cercanía a esta área del Derecho comenzó lentamente, sobre todo al investigar la relación que tiene el Decreto de Ley N.º 211 con las leyes penales en blanco.

Esta cercanía al área del derecho penal se oficializo cuando comenzó a trabajar en la Universidad de Atacama, llegando a ocupar el puesto vacante en esta área, dedicándose así plenamente a la docencia e investigación.

Parte importante de su historial académico, fue su paso por la Universidad de Buenos Aires, lugar en el cual realizó estudios de derecho penal y criminología. Esta institución fue importante dado que es ahí donde profundizó sus conocimientos y conoció a las principales corrientes dogmáticas modernas.

Respecto al estudio del magister, al igual que otros profesores descritos en este trabajo, el profesor Mario Durán no obtuvo un título propiamente tal, sino que obtuvo un DEA, Diploma de Estudios Avanzados, en la Universidad de Salamanca, en España, acreditando así la “suficiencia investigadora”, para poder realizar posteriormente el doctorado.

Es así, como después de obtener el DEA en Derecho penal en la Universidad de Salamanca, realizó sus estudios de doctorado en la misma universidad, obteniendo el título de

doctor el año 2005. Su tesis doctoral estuvo a cargo de la profesora Laura Zúñiga Rodríguez, especialista en Derecho penal económico. En detalle, se llamó: “Principios limitadores del ius puniendi, en un Estado social y democrático de Derecho, a propósito de la expansión del Derecho penal.”

Actualmente es profesor titular de la Universidad de Atacama, institución donde imparte las cátedras de derecho penal.

### **b) Escuela de pensamiento**

En sus estudios en el extranjero, Mario Durán comenzó a compartir los ideales de la Escuela de Bolonia, sobre todo en lo relativo a la importancia de la Constitución en el derecho penal, siendo ésta esencial para sentar las bases y principios de esta rama del Derecho.

A su vez, Mario Durán se define a si mismo como un funcionalista moderado, por eso algunas de sus publicaciones son respecto a la Escuela de Frankfurt y Habermas, considerando así que el principio de lesividad es parte importante en la teoría del delito. (Durán Migliardi, Entrevista por Google Meet, 2020)

Respecto a la teoría de la pena, el autor señala que, sobre todo, es defensor del ideal resocializador. Distinguiendo entre el ideal resocializador tradicional y la resocialización para aplicar en América Latina. Lo anterior se debe a que, la exclusión de determinados grupos de la sociedad, como ocurre en Latinoamérica, provoca que los excluidos tengan mayores tasas de criminalidad, por lo que este ideal, mas que resocializar, debería estar destinado en principio a socializar.

### **c) Línea de investigación**

Gran parte de la línea de investigación del Dr. Mario Durán es sobre la fundamentación del derecho penal, siendo necesaria la construcción de una Constitución que incluya, entre otras cosas, una teoría de la pena relacionada con el ideal resocializador y la prevención general positiva.

#### d) Publicaciones y proyectos de investigación

A continuación, se expondrán los proyectos de investigación y las publicaciones que ha realizado el Dr. Mario Durán Migliardi, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

<b>Tabla N.º5: Proyectos de investigación de Dr. Mario Durán</b>				
<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Proyecto</b>	<b>Institución</b>	<b>Cargo</b>
	2008	Implementación y aplicación de las sanciones o medidas cautelares de la nueva justicia penal de menores en la Región de Atacama	Proyectos DIUDA. Universidad de Atacama	
<b>11075088</b>	2008-2010	Justificación y legitimación de la pena en el Derecho penal chileno. Análisis desde el modelo integral de ciencia jurídico-penal	Fondecyt iniciación	Investigador responsable
<b>1120150</b>	2012-2015	El Derecho Penal Constitucional como fundamento de los principios, instrumentos y fines del sistema penal. Contenido, alcance y limitaciones en Chile	Fondecyt regular	Investigador responsable

	2015-2016	Derecho penitenciario. Concepto y contenido a la luz del Derecho penal moderno. (Realizado junto a Gabriela Prado Prado.)	Proyectos DIUDA. Universidad de Atacama	
	2018-2020	Diseño orgánico-funcional de un Derecho penitenciario orientado a fines preventivos y resocializadores. Análisis y sistematización de sus principales elementos. (Realizado junto a Gabriela Prado Prado)	Proyectos DIUDA. Universidad de Atacama	



**Tabla 6: Publicaciones<sup>14</sup> del Dr. Mario Durán Migliardi**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/ Revista / Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>15</sup></b>
<b>2005</b>	Introducción al análisis del moderno Derecho Penal. Bases teóricas y principales aportes de la denominada Escuela de Frankfurt	Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama	N.º 2	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2006</b>	Introducción a la moderna metodología del Derecho penal	Editorial Jurídica de Santiago	-	Libro	-	0,1

<sup>14</sup> No se tomaron en cuenta las recensiones bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>15</sup> Nota: Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

<b>2006</b>	El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal	En: Cancio Meliá, Manuel; <i>Derecho penal del enemigo</i> , Editorial B de F-Edisofer, Buenos Aires / Montevideo	725-756.	Capítulo de Libro	-	0,3
<b>2007</b>	Prevención General Positiva o de la Integración. Concepto y función	En: Balmaceda Hoyos, Gustavo (Coord.); Problemas Actuales del Derecho Penal. Seminario de Derecho Penal Universidad de Salamanca, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile.	269-287	Capítulo de libro	-	0,1
<b>2008</b>	Análisis político-criminal de la ley de responsabilidad penal	En: González, José Ángel, <i>Estudios de Ciencias Penales: Hacia una</i>	275 y ss.	Capítulo de Libro	-	0,3

	adolescente y sus modificaciones	<i>racionalización del Derecho Penal. IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valdivia, 2007, Legal Publishing, Santiago.</i>				
<b>2008</b>	La prevención general positiva y el derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso de expansión de la legislación penal.	Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina.	N.º 8, 57-72	Artículo de revista	-	0,1
<b>2008</b>	Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco la	Revista de estudios criminológicos y penitenciarios.	Vol. 8, N.º 13, 57-80.	Artículo de revista	-	0,1

	legislación y justificación de la pena.					
<b>2009</b>	Justificación y Legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional.	Política Criminal	Vol. 4, N.º 8, pp. 266-291	Artículo de revista	-	0,75
<b>2010</b>	Expansión y delimitación del Derecho penal actual.	Editorial Universidad de Atacama, Copiapó.	-	Libro	-	0,1
<b>2011</b>	Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual	Revista de Filosofía	Vol. 67, 123-144	Artículo de revista	-	0,75

<b>2011</b>	Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal	Política criminal	Vol. 6, N.º 11, 142-162.	Artículo de revista	-	0,75
<b>2013</b>	El planteamiento Teleológico Constitucional de la Escuela de Boloña y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho Penal Constitucional	Revista de Derecho. (Universidad Católica del Norte)	Vol. 20 – N.º 2, 305-326.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2015</b>	Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible	Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion. U de la Sabana	Vol. 24, N.º 2, 282-306	Artículo de revista	-	0,1

	contenido desde la prevención especial					
<b>2015</b>	Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido	En: Carrasco Jiménez, Edison (Coord.); <i>Homenaje al Prof. Dr. Hernán Hormazábal Malaree</i> , Librotecnia, Santiago.	663-678 y ss.	Capítulo de Libro	-	0,1
<b>2015</b>	Propuesta de contenidos para una nueva constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria	Revista de Ciencias Penales, Sexta Época	Vol. 42, N.º 3, 241-263.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2016</b>	Los nuevos estatutos democráticos de las universidades regionales del Estado: la necesidad de superar el cambio formal y propuesta de	Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. (Facultad de Derecho U. de Chile).	Vol. 3, N.º 1, 73-86.	Artículo de revista	Gabriela Prado Prado	0,1

	bases para desarrollar una transformación sustancial					
<b>2016</b>	La prevención general positiva o prevención por integración como fundamento y límite Constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre sus posibles funciones	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 29, N.º 1, 275-295	Artículo de revista	-	0,75
<b>2016</b>	Definiciones previas para la construcción de un moderno Derecho Penitenciario en Chile	Revista de Ciencias Penales, Sexta Época	Vol. 43 N.º 3, 77-93.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2017</b>	Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Vol. 24, N.º 1, 263-297	Artículo de revista	Gabriela Prado Prado	0,3

	penal del orden público económico en Chile					
<b>2018</b>	Sociedad y Derecho: la influencia de la Escuela de Frankfurt y su Teoría Crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas	Universum, Revista de Humanidades y Ciencias Sociales. (Universidad de Talca)	Vol. 33, N.º 1, 84-116.	Artículo de revista	-	0,75
<b>2019</b>	Medio Ambiente, Desarrollo Económico y Estado de Derecho. Fundamentos, relaciones y críticas para la protección penal del Medio Ambiente como un Bien Jurídico Colectivo o Supraindividual	Revista de Derecho Penal Económico	Vol. 2018, N.º 2, 31-67.	Artículo de revista	-	0,1
<b>2019</b>	Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura	Revista Política Criminal	Vol. 14 N.º 27, 202-241.	Artículo de revista	-	0,75



	y su bien jurídico protegido					
--	------------------------------	--	--	--	--	--

Puntuación Total Fondecyt <sup>16</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>17</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
<b>6,65</b>	0,28913043	3,15	0,315

---

<sup>16</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>17</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

### **3 ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA**

La Universidad de Antofagasta (UA) se remonta en sus orígenes a la tradición minera del Norte Grande de Chile.

Más en detalle, en el año 1918 se creó la Escuela Industrial del Salitre, en la ciudad de Antofagasta, que con el paso del tiempo paso a denominarse Escuela de Minas. Esta institución comenzó a formar a los primeros técnicos profesionales de la Región de Antofagasta, en áreas relacionadas al sector minero.

Posteriormente, en la década de los '50, la Escuela de Minas comenzó a ser parte de la Escuela Técnica del Estado, década en la que paralelamente, la Universidad de Chile estableció su sede regional en la ciudad de Antofagasta.

Luego, en el año 1981, ambas instituciones se fusionan, a través del DFL 148, que originó a la actual Universidad de Antofagasta, concibiéndose como una universidad laica, estatal y pluralista.

Actualmente esta universidad se encuentra acreditada 5 años, por la Comisión Nacional de Acreditación, específicamente hasta agosto del 2022.

Respecto a la carrera de Derecho, esta se imparte en la Facultad de Ciencias Jurídicas, ubicada en el Campus Coloso de esta Universidad, en la ciudad de Antofagasta. Actualmente la carrera tiene ramos semestrales y por lo menos cinco ramos pertenecen al área del derecho penal y procesal penal. Estos ramos son introducción al derecho penal, teoría del delito y de las penas, derecho penal parte especial, procesos penales y litigación oral

#### **3.1 Miembros**

La Facultad de Derecho de la Universidad de Antofagasta, actualmente trabaja con dos profesores dedicados al área del derecho penal, Carlos Cabezas Cabezas y Luis Varela Ventura.

A continuación, se señalarán los antecedentes recopilados sobre los profesores anteriores, individualizando las publicaciones que han hecho durante el siglo XXI.<sup>18</sup>

### **3.1.1 Carlos Cabezas Cabezas**

#### **a) Bibliografía académica**

El Dr. Carlos Cabezas Cabezas estudió derecho en la Universidad de Antofagasta, donde cursó las cátedras de derecho penal del Prof. Luis Guzmán Dálbora, quien posteriormente guio su tesis de pregrado y lo influenció para dedicarse a la docencia e investigación del derecho penal.

Realizó su magister en la Universidad de Antofagasta, específicamente en: Delitos de conducción en estado de ebriedad como delitos de peligro y posteriormente, obtuvo su doctorado en la Universidad de Trento, en Italia. Ahí realizó su tesis doctoral con la dirección de Gabriele Fornasari, que trató sobre la prescripción de la acción penal (Cabezas Cabezas, Formulario de preguntas, 2020).

Actualmente es profesor asistente, jornada completa, de las cátedras de derecho penal en la Universidad de Antofagasta.

#### **b) Escuela de pensamiento**

En cuanto a la teoría del delito, el Dr. Carlos Cabezas es más cercano al neokantismo, aceptando algunas ideas del finalismo.

Además, por su formación doctoral, también tiene influencia del funcionalismo moderno y la Escuela técnico- jurídica.

---

<sup>18</sup> No se incluyó al profesor Jorge Cortés-Monroy de la Fuente dado que cuenta con escasas publicaciones durante este siglo y parte del objeto de esta investigación, es realizar un análisis cuantitativo sobre ellas.

Sumado a lo anterior, Gustav Radbruch y Max Ernesto Mayer son figuras intelectuales que han influenciado notablemente sus investigaciones (Cabezas Cabezas, 2020).

**c) Línea de investigación:**

El Dr. Carlos Cabezas espera aportar en temas relacionados a la extinción de la responsabilidad penal. De esta forma, sus principales investigaciones han sido relativas a la prescripción de la acción penal.

**d) Publicaciones**

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el Dr. Carlos Cabezas Cabezas, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

**Tabla 7: Publicaciones<sup>19</sup> del Dr. Carlos Cabezas Cabezas**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>20</sup></b>
<b>2010</b>	El bien jurídico en la reciente reforma penal chilena	Revista Brasileira de Ciências Criminais	N.º 85, 77-118	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2010</b>	Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro	Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)	N.º 34, 227-280	Artículo de Revista	-	0,3
<b>2012</b>	Sobre la sentencia del Tribunal Supremo	Diritto penale contemporáneo		Artículo de Revista	Castillo, Ignacio	0,1

<sup>19</sup> No se tomaron en cuenta las recensiones bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>20</sup> CONICYT. (2020). Criterios de evaluación curricular. Concurso regular 2020 Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 10 de junio de 2020 del sitio web de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

	español en contra del Juez Baltasar Garzón					
<b>2013</b>	El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena: un breve estudio comparado	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Vol. 20, N.º 2, 85-120	Artículo de Revista	-	0,3
<b>2013</b>	Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quáter del Código penal	Política Criminal	Vol. 8, N.º16, 386-407	Artículo de Revista	-	0,75
<b>2014</b>	La facultatividad u obligatoriedad de la aplicación de la prescripción gradual de la pena	Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales de Chile	Vol. 41, N.º 4, 143-146	Artículo de Revista	-	0,1

<b>2015</b>	Una gravísima decisión: la querrela suspende la prescripción o cómo hacer al artículo 233 del código procesal penal una disposición inútil	Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales de Chile	Vol. 42, N.º 2	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2016</b>	La prescripción de los delitos contra la humanidad: algunas reflexiones acerca de su fundamento	Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales de Chile	Vol. 43, N.º 4, 29-38	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2018</b>	Eduardo Novoa Monreal, el Derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre	En: Guzmán Dálbora, José Luis; Ambos, Kai (Coord.): <i>Derecho y cambio social: Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal</i> , DER Ediciones y	305-324	Capítulo de Libro	-	0,3

		Editorial EDEVAL, Santiago.				
<b>2019</b>	Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 32, N.º1, 275-294	Artículo de Revista	-	0,75

Puntuación Total Fondecyt <sup>21</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>22</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
2,9	0,29	1,35	0,27

---

<sup>21</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>22</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.



### **3.1.2 Luis Rene Varela Ventura**

#### **a) Bibliografía académica**

El Dr. Luis Varela Ventura realizó su doctorado en la Universidad de Heidelberg, en Alemania. En esa estancia académica investigó sobre la legislación, que tienen los países OCDE, sobre el derecho penal tributario. Su trabajo doctoral se llama: “*Systematisierung und Harmonisierung des Bilanzstrafrechts im iberoamerikanischen OECD-Rahmen*” y fue guiado por el Prof. Dr. Gerhard Dannecker.

Actualmente es director del Departamento de Derecho de la Universidad de Antofagasta y profesor de derecho penal y derecho económico.

#### **b) Escuela de pensamiento**

El Dr. Luis Varela Ventura no constestó la encuesta, pero en base a sus publicaciones se podría afirmar que sigue la corriente de su profesor de doctorado, Gerhard Dannecker y del profesor Klaus Tiedemann, especialista en derecho penal económico, quien en sus postulados recalca la importancia de los valores constitucionales y de los derechos humanos.

#### **c) Línea de investigación**

Su principal área de investigación es el derecho penal económico, tema en el que se centran la mayoría de sus obras.

#### **d) Publicaciones**

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el Dr. Luis Varela Ventura, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

**Tabla 8: Publicaciones<sup>23</sup> del Dr. Luis Varela Ventura**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>24</sup></b>
<b>2016</b>	Delitos contables mercantiles en el Derecho penal económico chileno: Sistematización de su marco regulatorio, elementos comunes de sus tipos penales y desafíos pendientes	Política Criminal	Vol. 11, N.º 21, 264-306	Artículo de revista	-	0,75
<b>2017</b>	Derecho de los estados financieros y delitos contables en Chile:	En: Ambos, Kai; Matus Acuña, Jean Pierre; Urquizo, Gustavo; Winter	-	Capítulo de libro	-	0,1

<sup>23</sup> No se tomaron en cuenta las recensiones bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>24</sup> CONICYT. (2020). Criterios de evaluación curricular. Concurso regular 2020 Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 10 de junio de 2020 del sitio web de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

	Desafíos legislativos y científicos	Etcheberry, Jaime (Coord.) <i>Reformas Penales.</i> Der Ediciones. Santiago.				
<b>2018</b>	Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018, en específico al: Libro II, Título VIII Delitos contra el orden socioeconómico, §3 Delitos contra el orden de los mercados regulados, art. 384 y ss. AP-CP 201: Sobre la necesidad de introducir en el Derecho penal chileno un tipo penal de delito contable mercantil de aplicación genera	Anteproyecto Código Penal 2018.  Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.			-	0,1

2018	Eduardo Novoa Monreal y la tutela penal en el orden público económico	En: Guzmán Dálbora, José Luis; Ambos, Kai (Coord.) Derecho y cambio social: <i>Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal</i> , DER Ediciones y Editorial EDEVAL, Santiago.	247-266	Capítulo de libro	Jaime Winter Etcheberry	0,3
------	---	--	---------	-------------------	-------------------------	-----

Puntuación Total Fondecyt <sup>25</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>26</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
1,25	0,3125	1,25	0,3125

---

<sup>25</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>26</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

## **4 ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE**

La Universidad Católica del Norte es una institución de educación superior, de carácter privada y sin fines de lucro, perteneciente a la Iglesia Católica. La Casa Central de dicha institución se ubica en la ciudad de Antofagasta, contando también con sedes en Coquimbo, San Pedro de Atacama y Santiago.

Esta institución surge con el nombre de Universidad del Norte, en la ciudad costera de Antofagasta, durante el año 1956, cuando un grupo de sacerdotes de la Compañía de Jesús, auxiliados por los bienes otorgados testamentariamente por Berta González de Astorga, decidió crear una Escuela de Pedagogía e Ingeniería, apoyados y bajo el alero de la Universidad Católica de Valparaíso (Universidad Católica del Norte, s.f.).

El plantel educacional fue reconocido por el Estado de Chile y alcanzó la autonomía de la Universidad Católica de Valparaíso en 1962, bajo la Ley N°15.561.

Desde el año 1990, la Universidad del Norte pasó a llamarse Universidad Católica del Norte, nombre que conserva hasta hoy en día.

Dicha institución decide, en el año 1993, crear la Facultad de Derecho, la cual tendría dos escuelas, una en Antofagasta y otra en Coquimbo. Esta tarea se llevó a cabo con la colaboración académica y asesora de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Actualmente, esta carrera imparta ramos de forma semestral, entre los cuales se encuentran las cátedras de Derecho Penal parte general I y II y Derecho penal parte especial. Además, cuenta con las cátedras de Derecho Procesal Penal y la de Recursos Procesales Civiles y Penales.

### **4.1 Miembros**

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte, actualmente trabaja con 3 profesores dedicados al área del derecho penal y procesal penal. Los profesores Juan Pablo

Castillo Morales y Christian Scheechler Corona, son quienes están a cargo de las cátedras de derecho penal. El primero en la sede de la ciudad de Antofagasta y el segundo en la sede de la ciudad de Coquimbo. Por otro lado, la profesora Agustina Alvarado Urizar es quien esta a cargo de la catedra de derecho procesal penal.

A continuación, se señalarán los antecedentes recopilados sobre estos profesores, en orden alfabético, individualizando las publicaciones que han hecho durante el siglo XXI.

#### **4.1.1 Agustina Alvarado Urizar**

##### **a) Bibliografía académica**

Agustina Patricia Alvarado Urizar estudió la carrera de derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Su tesis de pregrado fue guiada por la profesora María Magdalena Ossandón Widow y se llamó: “Delitos de emprendimiento en el Código Tributario”, la cual aprobó con nota 7 y fue publicada, posteriormente, en formato de libro (Linkedin, s.f.).

El 2017 obtuvo su título de doctorado, de la Universidad de Girona y la Universidad Degli Studi Di Milano, al publicar su tesis llamada: “Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita. Inutilizabilidad e ineficacia de la prueba: diálogo ítalo-español”, cuyos directores fueron los profesores Luca Lupària Donati y Teresa Armenta Deu.

Actualmente es profesora de la cátedra de derecho procesal penal en la Universidad Católica del Norte, en la sede de la ciudad de Coquimbo, y anteriormente, fue profesora de las cátedras de derecho penal y procesal penal en la Universidad Católica de Valparaíso.

##### **b) Escuela de pensamiento**

La Dra. Agustina Alvarado no contestó la encuesta, pero por sus estudios universitarios en la Universidad Católica de Valparaíso, podría ser posible adscribirla al grupo formado por el profesor Luis Rodríguez Collao.

**c) Línea de investigación**

Su principal área de investigación se relaciona con el derecho procesal penal, en particular sobre las reglas de exclusión de pruebas.

**d) Publicaciones**

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado la Dra. Agustina Alvarado Urizar, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:



**Tabla 9: Publicaciones<sup>27</sup> de la Dra. Agustina Alvarado Urizar**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>28</sup></b>
<b>2011</b>	Delitos de emprendimiento en el Código Tributario	Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.	-	Libro	-	0,1
<b>2014</b>	El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida	Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)	N.º 43, 421-464	Artículo de revista	-	0,3
<b>2016</b>	Perspectiva de abolición internacional de la pena de muerte.	En: Arroyo Zapatero, Luis; Estrada Michell, Rafael;	351-359	Capítulo de libro	-	0,1

<sup>27</sup> No se tomaron en cuenta las reseñas bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>28</sup> CONICYT. (2020). Criterios de evaluación curricular. Concurso regular 2020 Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 10 de junio de 2020 del sitio web de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

		Nieto Martín, Adán; Alvarado, Agustina; (Coord.) <i>Metáfora de la crueldad: La pena capital de Casare Beccaria al tiempo presente</i> . Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha				
--	--	--	--	--	--	--

Puntación Total Fondecyt <sup>29</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>30</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
0,5	0,1667	0,4	0,2

---

<sup>29</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>30</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

#### **4.1.2 Juan Pablo Castillo Morales**

##### **a) Bibliografía académica**

El profesor Juan Pablo Castillo Morales estudió la carrera de derecho en la Universidad de Valparaíso. Durante esta etapa académica tuvo clases de derecho penal con el Prof. José Luis Guzmán, con quién, más tarde, realizó su tesis de pregrado sobre el estado de necesidad exculpante en el Código Penal.

Además, durante esta época, fue ayudante del departamento de derecho penal, colaborando con los profesores Andrés Benavides y José Luis Guzmán.

Después de su egreso, durante el 2014, comenzó a realizar su doctorado en la *Università di Trento*, en Italia. Ahí profundizó mucho más el tema de su tesis de pregrado, respecto al estado de necesidad, abarcando aspectos filosóficos y de derecho comparado. En detalle, su tesis doctoral se llamó: “*Lo stato di necessità. Uno studio comparato*” y fue guiada por el profesor Gabriele Fornasari. (Castillo Morales, Formulario de preguntas, 2020)

Después de su doctorado, fue profesor de la Universidad Andrés Bello y desde marzo del 2019, es profesor derecho penal en la Universidad Católica del Norte, en la sede de Antofagasta (Linkedin, s.f.).

##### **b) Escuela de pensamiento:**

El Dr. Juan Pablo Castillo se considera más cercano a la teoría neoclásica, sin desconocer sus puntos más débiles, criticados por el funcionalismo. Entre estos, su lectura intransigentemente objetivista.

Por otro lado, él considera esencial en un estudio serio del derecho penal, los aportes que realizan la Política Criminal y la Criminológica. (Castillo Morales, 2020)

**c) Línea de investigación**

Las investigaciones que ha realizado el Dr. Juan Pablo Castillo están dirigidas, en su mayoría, al estudio de la parte general del derecho penal, destacándose su estudio sobre el estado de necesidad en la legislación nacional.

**d) Publicaciones**

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el Dr. Juan Pablo Castillo Morales, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

**Tabla 10: Publicaciones<sup>31</sup> del Dr. Juan Pablo Castillo Morales**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>32</sup></b>
<b>2016</b>	El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa.	Política Criminal	Vol. 11, N.º 22, 340-367.	Artículo de revista	-	0,75
<b>2018</b>	El carácter de las circunstancias del asesinato, la naturaleza del artículo 103 del Código penal	Revista de Ciencias penales, Sexta Época.	Vol. 14, 698-703.	Artículo de revista	-	0,1

<sup>31</sup> No se tomaron en cuenta las recensiones bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>32</sup> CONICYT. (2020). Criterios de evaluación curricular. Concurso regular 2020 Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 10 de junio de 2020 del sitio web de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

	chileno, y un problema civil.					
2019	Metodología y comparación jurídica en el Derecho penal. La incidencia del Derecho comparado en la estructura de la Dogmática jurídico-penal	Revista de Derecho (Universidad de Concepción)	Vol. 87, N.º 246, 13-47.	Artículo de revista	-	0,1

Puntuación Total Fondecyt <sup>33</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>34</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
---	------------------------------	---	--------------------------------------

<sup>33</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>34</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

0,95	0,316667	0,95	0,316667
------	----------	------	----------

### **4.1.3 Christian Scheechler Corona**

#### **a) Bibliografía académica**

El profesor Christian Scheechler estudió derecho en la Universidad Católica de Temuco, licenciándose el año 2003. Durante esta etapa académica, tuvo las cátedras de derecho penal con los profesores Dr. Rodrigo Coloma Correa, Cristián Alfaro, Renato Maturana y Miguel Soto Piñeiro. Su tesis de pregrado la realizó en el ámbito del derecho económico y fue guiada por el profesor Juan Eduardo Fernández.

Posteriormente, decidió ampliar su conocimiento y profesionalización en el área del derecho penal, por lo que cursó un Diploma de Estudios Avanzados (DEA), en la Universidad de Deusto, en España. En ese momento realizó un trabajo llamado: “La regulación jurídica (no penal) y técnica de Internet: fundamentos para una intervención mínima del Derecho penal en la Red”.

Este tema lo profundizaría, luego, durante su doctorado en la misma institución en que obtuvo el DEA. Ahí defendió su tesis titulada “Los delitos relativos a la pornografía infantil y juvenil cometidos a través de internet”, dirigida por el profesor Carlos María Romeo Casabona, quien dirigió también su tesis para obtener el DEA. (Scheechler Corona, Formulario de preguntas , 2020).

Respecto a su labor como docente, desde el año 2003 al 2008, fue profesor de los cursos de Teoría General del Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Y actualmente, desde el 2009 a la fecha, es profesor de derecho penal en la Universidad Católica del Norte, en la sede de la ciudad de Coquimbo, cátedra que también impartió en la Universidad Santo Tomás, hasta el 2015 (Linkedin).

#### **b) Escuela de pensamiento**

El Dr. Christian Scheechler Corona no adscribe a ninguna escuela en particular, pero comparte ideas afines con el post-finalismo moderado de Roxin, sobre todo por la visión integradora del Derecho Penal y Política Criminal. (Scheechler Corona , 2020)



**c) Línea de investigación**

Su principal área de investigación es la parte especial del derecho penal, sobre todo respecto a los delitos sexuales, la trata de personas y la trata de migrantes. Y es en esta misma área en la cual él pretende aportar a la dogmática nacional.

**d) Publicaciones:**

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado el Dr. Christian Scheechler, relativas al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación:

**Tabla N.º 11: Publicaciones<sup>35</sup> del Dr. Christian Scheechler Corona**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Editorial/Revista/ Libro</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Tipo de publicación</b>	<b>Coautoría</b>	<b>Puntaje Fondecyt<sup>36</sup></b>
<b>2010</b>	Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental	Revista Debates Jurídicos y Sociales, (Universidad de Concepción)	N.º 3	Artículo de Revista	Cortés Cabrera, Bárbara	0,1
<b>2010</b>	Responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos ambientales en Brasil: Un ejemplo para la política criminal chilena	Revista Debates Jurídicos y Sociales, (Universidad de Concepción)	N.º 3	Artículo de Revista	Osses Ardiles, Mauro	0,1

<sup>35</sup> No se tomaron en cuenta las reseñas bibliográficas, los comentarios a jurisprudencia, publicaciones con contenido repetido, libros de mera recopilación y artículos en los cuales el autor era editor de la revista.

<sup>36</sup> CONICYT. (2020). Criterios de evaluación curricular. Concurso regular 2020 Ciencias Jurídicas y Políticas. Recuperado el 10 de junio de 2020 del sitio web de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

<b>2011</b>	Autores y participes en el tráfico de sustancias ilícitas: ¿delincuentes o enemigos?	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Católica de Temuco)	Vol. 3, N.º1, 63-81	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2012</b>	El childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del código penal introducidos por la Ley N°20.526	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Políticas, (Universidad Católica de Temuco)	Vol. 3, N.º1, 55-78	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2012</b>	Cónyuges y convivientes en el Código Penal chileno: perspectivas de un tratamiento (dispar) desde la ley de violencia intrafamiliar	Doctrina y Jurisprudencia Penal (Universidad de Los Andes)	N.º11, 25-46	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2011-2012</b>	Delitos sexuales y redes sociales en tiempos del Derecho penal del riesgo	Revista Debates Jurídicos y Sociales,	N.º4	Artículo de Revista	Saavedra Yáñez, Tania	0,1

		(Universidad de Concepción)				
<b>2013</b>	Constitucionalidad del art. 450 inc. 1° e intimidación en el robo	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales	Vol. 2, N.º1,155-166	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2013</b>	Elementos típicos del delito contenido en el artículo 160 de la Ley General de Bancos	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales	Vol. 2, N.º2,159-168	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2013</b>	El dolo en el delito del art. 97 N°4 del Código Tributario	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales	Vol. 2, N.º3, 291-294	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2014</b>	Sobre los elementos típicos en el delito de estafa y la estafa imperfecta	Revista de Ciencias Penales	Vol. 41, N.º1, 161-164	Artículo de Revista	-	0,1
<b>2014</b>	El delito del art. 26 bis de la antigua Ley General de Bancos, hoy art. 158	Revista de Ciencias Penales	Vol. 41, N.º2, 153-156	Artículo de Revista	-	0,1

2014	La imparcialidad del tribunal, el debido proceso y las facultades de los art. 282, 283 y 329 del CPP	Revista de Ciencias Penales	Vol. 41, N.º3, 211-216	Artículo de Revista	-	0,1
2015	Artículo 3 de la Ley N° 20.667 que modifica el artículo 470 del código penal	En: Ríos Ossa, Roberto (Dir.); Schiele Manzor, Carolina (Eds.), <i>El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del código de comercio.</i> Legal Publishing, Santiago.		Capítulo de Libro	-	0,3
2016	<i>Caso Naufragio, SCS 16/10/1954</i>	En Vargas Pinto, Tatiana (Dir.): <i>Casos destacados. Derecho penal. Parte general.</i> Legal Publishing, Santiago de Chile.	Capítulo III, obra 4°	Capítulo de Libro	-	0,3

2017	Responsabilidad penal de las personas jurídicas y negocios ilícitos en la red (Particularmente el de la pornografía infanto-juvenil): perspectivas de reforma. A propósito del Convenio de Ciberdelincuencia	Doctrina y Jurisprudencia Penal (Universidad de Los Andes)	N.º 31	Artículo de Revista	-	0,1
2018	<i>Trata de inmigrantes, STOP de Santiago (4º), 17/09/2012, Rol N°199-2012</i>	En Vargas Pinto, Tatiana (Dir.). <i>Casos destacados. Derecho penal. Parte especial.</i> DER Ediciones, Santiago.	Capítulo VI, acápite 4, obra 2º	Capítulo de Libro	-	0,1
2019	Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno	Política criminal	Vol. 14, N.º 27, 376-418.	Artículo de Revista	-	0,75

<b>2019</b>	¿Es la dignidad humana el bien jurídico en el delito de tráfico de migrantes? Aproximaciones desde la legislación chilena	En: Koessl, Manfredo; Zuluaga, John (Eds.). <i>La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica.</i> Editorial Eckhaus & Verlag.	25-46	Capítulo de Libro	-	0,1
-------------	---	---	-------	-------------------	---	-----

Puntuación Total Fondecyt <sup>37</sup>	Puntuación promedio Fondecyt	Puntuación concurso Fondecyt regular 2019 <sup>38</sup>	Puntuación promedio Fondecyt regular
2,85	0,158333	1,95	0,21666

<sup>37</sup> Nota: Considera el puntaje Fondecyt de todas las publicaciones desde el año 2000

<sup>38</sup> Nota: Considera el puntaje de todas las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable.

## **CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DÓGMATICO DEL DR. MARIO DURÁN MIGLIARDI, DE LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA**

En el primer capítulo de este trabajo se realizó un análisis cuantitativo sobre las “escuelas de Derecho Penal” del norte de Chile. Entendiendo éstas como:

“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.”<sup>39</sup>

De esta forma, se describió al grupo de docentes que se dedican a la investigación del Derecho Penal, de las Universidades Arturo Pratt, de Atacama, Antofagasta y Católica del Norte, indicando los puntajes fondecyt de sus respectivas publicaciones en el área. Así, la suma de los puntajes totales Fondecyt, entre los mismos miembros de las anteriores instituciones, otorga la cifra de 3,1 en la Universidad Arturo Prat, 10,85 en la Universidad de Atacama, 4,15 en la Universidad de Antofagasta y 3 en la Universidad Católica del Norte.

Entonces, resulta claro que la Universidad de Atacama destaca entre sus pares del norte por su productividad científica.

### **1 ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA**

Como se expuso anteriormente, la Escuela de Derecho penal de la Universidad de Atacama se compone actualmente de 3 profesores. Ellos son el Dr. Rodrigo Cardozo Pozo, Dr. Ramón Beltrán Calfurrapa y el Dr. Mario Durán Migliardi.

---

<sup>39</sup> Definición de “Escuela de Derecho” formulada exclusivamente para efectos del proyecto general de investigación “Doctrina penal chilena del siglo XXI”.



El Dr. Rodrigo Cardozo Pozo es el actual decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama y realiza las cátedras de derecho penal. Su puntaje Fondecyt de los últimos 5 años es de 0,3 y el total es 0.8.

El Dr. Ramón Beltrán Calfurrapa es quien realiza la cátedra de derecho procesal penal, área en la cual concentra sus investigaciones. Su puntaje Fondecyt de los últimos 5 años es de 1,6 y el total es 3,4.

Por último, el Dr. Mario Durán Migliardi, quien como ya se señaló, también realiza las cátedras de derecho penal, cuenta con un puntaje total Fondecyt de 6,65 y 3,15 en los últimos 5 años. De esta forma, es el investigador que tiene mayor puntuación en el presente trabajo y también, quien ha realizado mayor cantidad de proyectos de investigación. Por todo esto, en este capítulo y el siguiente se profundizará en sus postulados.

## **2 DESARROLLO DOGMÁTICO DEL DR. MARIO DÚRAN MIGLIARDI**

Las publicaciones del Dr. Mario Durán que se han podido recopilar para este trabajo, se pueden dividir entre aquellas cuyo tema pertenece al ámbito de estudio del Derecho penal parte general y en otra, a las que pertenecen al Derecho penal parte especial. Así, primero se desarrollarán los postulados del autor en la parte general y después los de la parte especial.

Cabe señalar que bajo esta primera clasificación se puede observar que la mayor parte de las publicaciones de Mario Durán están dedicadas al desarrollo doctrinal del derecho penal parte general. De esta forma, no cabe duda al afirmar que la mayoría de sus aportes dogmáticos son en esta área de estudio.

Por otro lado, por temas metodológicos, en este trabajo se analizarán las publicaciones que se han podido recopilar del autor, agrupando las que pertenecen al área de la parte general del Derecho penal, en cuatro categorías según su contenido.

La primera categoría hace referencia a las escuelas de pensamiento que influyen las obras del Dr. Mario Durán, específicamente la Escuela de Bolonia y la Escuela de Frankfurt. En la segunda categoría, nombrada fundamentación del Derecho penal, se mencionan las investigaciones que ha realizado el autor respecto a la Constitución penal, que se profundizará

detalladamente en el capítulo tres y, además, se detallaran las investigaciones cuyo objeto es la teoría de la pena, desde una perspectiva ajena a los postulados de la Constitución penal. La tercera categoría incluye a las publicaciones cuyo objeto es la política criminal y, por último, la cuarta categoría se refiere al Derecho Penitenciario.

### **3 DESARROLLO DOGMÁTICO EN LA PARTE GENERAL DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL**

#### **3.1 Escuelas de pensamiento**

Mario Durán ha escrito sobre dos escuelas de pensamiento que han influido notablemente en sus propios postulados. Por una parte, la Escuela de pensamiento de la Universidad de Bolonia, en Italia, y por otra la Escuela de pensamiento de Frankfurt, en Alemania.

Al respecto, el autor ha escrito sobre ambas en el último capítulo de su libro “Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea”, en el cual repasa los aportes metodológicos que han realizado ambas Escuelas en el Derecho Penal Contemporáneo.

Posteriormente, Mario Durán profundizó aún más en sus análisis respecto a estas Escuelas, en dos publicaciones, una destinada a la Escuela de Bolonia, especialmente a la obra de Franco Bricola y otra destinada a la Escuela de Frankfurt, con su respectiva vinculación al autor Jürgen Habermas.

##### **3.1.1 Escuela de Bolonia<sup>40</sup>**

A esta escuela pertenecerían los autores que, desde la década de los '70, desarrollaron investigaciones relativas a las ciencias penales, principalmente bajo el alero de la Universidad de Bolonia en Italia, utilizando como principal órgano difusor la revista “*La Questione*

---

<sup>40</sup> En esta categoría se desarrollan descriptivamente las siguientes publicaciones: (Durán Migliardi, Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea, 2006) (Durán Migliardi, El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho penal constitucional, 2013)

*Criminale*". Su principal referente es Franco Bricola, pero incluye también a los autores Filippo Sgubbi, Dario Melossi, Massimo Donini y Alessandro Baratta, entre otros.

Ahora bien, respecto a los principales postulados de esta escuela, Mario Durán destaca tres de ellos, haciendo referencia a la base metodológica utilizada por esta escuela. Así, destaca la utilización de una criminología crítica, la propuesta teleológica de un derecho penal y la relación entre el Derecho penal, la criminología y la realidad.

De esta forma, respecto a la base metodológica de esta Escuela, Durán señala que, a grandes rasgos, no se aleja de la dirección técnico-jurídica italiana, pero tampoco se adhiere completamente, ya que Franco Bricola le realiza tres críticas a esta última corriente. La primera apunta a una falsa apariencia de neutralidad valórica, que utiliza para justificar distanciarse de la realidad social, acercándose al formalismo jurídico, lo que reproduce el *status quo* en la sociedad. La segunda crítica, también se relaciona con el formalismo, ya que se excluye de análisis cualquier elemento sustantivo del delito, los criterios y límites necesarios para su configuración normativa, lo que excluye la manifestación ciudadana sobre las elecciones legislativas. Y, por último, la dirección técnico-jurídica identifica el objeto de estudio exclusivamente en el Derecho positivo, alejándose aún más de la realidad social. Esto último, para Bricola según el Prof. Durán, era solo el punto de partida, ya que después de estudiar el derecho positivo, la labor de un penalista era estudiar la norma futura, impulsándola políticamente, sin restringirse al derecho positivo.

Así, después de desarrollar la base metodológica de esta escuela de pensamiento, Durán desarrolla sus principales aportes. El primero al que hace referencia en su libro es la concepción de una política criminal alternativa, que se construye tanto por las críticas y proposiciones de Bricola, como con las de Baratta. A grandes rasgos, ésta apuntaría tanto a una reducción del Derecho penal como a su superación, primero teniendo presente que la superación del Derecho penal es, antes que todo, en relación con la pena, y después al derecho que la regula, y segundo, que la superación del Derecho penal no implicaría la eliminación de cualquier forma de control social de la desviación.

Más en detalle, Durán desarrolla las indicaciones estratégicas de esta política criminal alternativa, en conformidad a los postulados de Baratta. La primera indicación hace referencia

a la diferenciación entre la política criminal y la política penal, ya que Baratta -concuera con Bricola-, al identificar a la política penal como aquella que se centra en el Derecho penal y en sus instituciones, focalizada en la intervención estatal, y a la política criminal como aquella que contempla la realidad social, buscando cambios tanto sociales como institucionales. La segunda indicación apunta a la ampliación y reforzamiento de la tutela penal en ámbitos socialmente relevantes como la salud, integridad ecológica, criminalidad económica, entre otros. La tercera indicación consiste en que se aumenten las penas alternativas y se creen nuevas formas de ejecución en un régimen de semi-libertad, para que, finalmente, la abolición de la cárcel sea posible. El cuarto y último punto estratégico de la política criminal alternativa, hace referencia a que exista efectivamente una opinión pública -que incluya a la clase obrera-, sobre las cuestiones criminales (Durán Migliardi, Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea, 2006, págs. 267-276).

Sobre el segundo postulado principal de esta escuela de pensamiento, el planteamiento teleológico constitucional del Derecho penal, Durán expone las ideas de Bricola, sobre la fundamentación, tanto sustancial como pre-normativa del delito y de la pena, postulando que debe realizarse una individualización de los rasgos sustanciales del ilícito penal a la luz de la respectiva norma constitucional, para el establecimiento de conductas a sancionar y las penas, limitando al legislador al hacer las normas, y para entender el aumento del número de ilícitos, incluyendo la transformación de conductas sancionadas administrativamente a conductas ilícitas en materia penal.

El Prof. Durán señala que Bricola postula lo anterior en base al análisis de tres asuntos. El primero es el carácter rígido de la Constitución italiana, que, al consagrar las finalidades de la política criminal, el legislador solo puede atender a éstas para crear las normas penales, principalmente respecto a la protección de bienes jurídicos establecidos en ella. El segundo asunto hace referencia a la relevancia de la norma constitucional respecto al ámbito penal. Así, en Italia, los principios penales que se encuentran en la Constitución, como el principio de legalidad, la pena con su función reeducativa, entre otros, constituyen una delimitación del ilícito penal respecto de una esfera seleccionada de valores. Por último, el tercer análisis es la preminencia de la libertad personal en el ámbito de los valores constitucionales, llegando a

concluir que la sanción penal debe adoptarse solo si el bien jurídico lesionado tiene un valor semejante a la pérdida de la libertad personal (Durán Migliardi, 2013, págs. 314-317).

Posteriormente, Mario Durán expone las tres posibles consecuencias que conlleva para el legislador esta teoría. Por una parte, el legislador debe asumir la tutela de bienes jurídicos constitucionales como fundamento al crear las normas penales. Por otra, las normas penales deben coincidir en su valor constitucional con las normas penales que configuran ilícitos. Por último, el legislador no puede incriminar intereses que se protegen a nivel constitucional, salvo para proteger un bien constitucional de mayor rango o para proteger otro bien que ejerce de límite para el ejercicio de ese derecho. Además de que no se podría sancionar penalmente aquellas conductas que no infrinjan bienes establecidos en la Constitución, tanto de forma explícita como implícita (Durán Migliardi, 2013, pág. 318).

De esta forma, el planteamiento teleológico constitucional del Derecho penal, que plantea esta escuela de pensamiento, supone para el Prof. Durán, cuatro efectos. El primero es el efecto metodológico, el cual implica que “a través de una teoría general del delito, se deben reconstruir constitucionalmente los conceptos esenciales del ilícito penal a partir de una Constitución que diseñe el nuevo rostro del delito”. El segundo, conlleva que el bien jurídico de relevancia penal deba ser extraído de la Constitución, y que éste sea una pauta que seguir para la interpretación dogmática y judicial de lo relativo a la teoría del delito. El tercer efecto es que establece límites claros para el legislador y para el operador jurídico-penal, permitiendo concebir un Derecho penal a la libertad, que se caracteriza “por el ideal de resocialización y de adecuación del Derecho penal a los fines de la Constitución de un Estado democrático y social, de carácter liberador, desideologizado, desmoralizado y mas cercano a la despenalización.” Por último, este planteamiento teleológico es la base fundamental tanto, desde una perspectiva metodológica como histórica, del Derecho Penal Constitucional, siendo antecedente directo de la orientación sustancial o teleológica de la Constitución respecto al Derecho penal (Durán Migliardi, 2013, pág. 322).

El último de los postulados que desarrolla el Prof. Durán sobre esta escuela de pensamiento es el análisis que hace respecto a la relación que tiene el Derecho penal con la criminología y la realidad social, proponiendo una nueva relación que las integre. Así, se

realizan críticas desde una perspectiva externa al Derecho penal, sobre principios como el de legitimidad, el principio del bien y el mal, el de culpabilidad, el principio del fin o de la prevención, el de igualdad, el de interés social y por último el delito natural, siguiendo el modelo del etiquetamiento o de la reacción social.

Para concluir, Mario Durán señala que las proposiciones principales de la Escuela de Bolonia se pueden sintetizar en que ésta “propone un análisis sustancial o esencial del Derecho penal, separado del Derecho natural, por el cual define el delito en clave constitucional con el objetivo de revisar la Dogmática tradicional a favor de un mayor acercamiento a la realidad” (Durán Migliardi, 2013, pág. 312).

### **3.1.2 Escuela de Frankfurt<sup>41</sup>**

Otra escuela de pensamiento que para el Prof. Durán ha significado un aporte en la construcción de una teoría de Derecho penal democrático es la escuela de Frankfurt, la cual contribuye a la dogmática a través del neoclasicismo crítico. A esta escuela pertenecerían autores como Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Félix Herzog y Wilfried Hassemer, quien es su máximo representante.

Mario Durán señala que los principales aportes de esta escuela han sido la revalorización del conocimiento empírico, la crítica a la orientación de las consecuencias, la tesis sobre una renovada necesidad de legitimación del Derecho Penal y, por último, el derecho de la intervención.

Sobre la revalorización del conocimiento empírico, Durán señala que Hassemer distingue entre el saber empírico y el saber normativo. Así, postula que el Derecho penal debe construir una nueva relación de equilibrio, entre ambos saberes, revalorizando la criminología como ciencia que estudia, desde una perspectiva empírica, la desviación delictiva.

---

<sup>41</sup> En esta categoría se desarrollan descriptivamente las siguientes publicaciones, en orden: (Durán Migliardi, Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea, 2006) y (Durán Migliardi, Sociedad y Derecho: La influencia de la escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas, 2018)

A su vez, Hassemer señala que en determinados sistemas penales existe un claro desequilibrio entre ambos saberes, que no se distingue claramente, ya que solo se centran en la retribución del mal causado y la expiación de la culpabilidad. De ahí que, para Hassemer, tanto el juez como el legislador, en un moderno sistema de derecho penal, debiesen orientar sus actuaciones a las consecuencias fácticas de ellas, teniendo presente como limitación los principios normativos. Teniendo presente que no se debe caer en la funcionalización del Derecho penal, consistente con la eliminación o reducción de las barreras propias del derecho penal garantista. Así, para él, la orientación a las consecuencias, en palabras de Durán: “representa, respecto de la praxis de la legislación y de la jurisprudencia penal, así como para la ejecución de la pena, un cambio hacia un futuro incierto” (Durán Migliardi, Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea, 2006, pág. 305).

Respecto a la tesis sobre una renovada y fortalecida necesidad de legitimación del derecho penal, Durán señala que Hassemer expone que, el derecho penal moderno ha dejado la formalización y la orientación valorativa de lado, convirtiéndose en un instrumento político, protegiendo intereses universales en vez de individuales y concibiendo cada vez más delitos de peligro abstracto y aumentando las penas con fines preventivos. La razón de esta conversión sería la dialéctica de lo moderno, que se produce por seguir enfrentando el derecho moralizador, a través de instrumentos dados por la filosofía ilustrada, en un contexto como el del Estado social y democrático de Derecho. Así, por ejemplo, la teoría de los bienes jurídicos, que antes se identificaba con fines descriminalizadores, ahora se utilizaría con fines criminalizadores, al proteger intereses colectivos.

El último aporte que hace Hassemer a la concepción de un derecho penal moderno, es la propuesta de un derecho de la intervención, que se encontraría entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, entre el Derecho público y el Derecho privado, cuya materia serían todos aquellos retos propios de la modernización, incluyendo un estándar de garantías, formalidades y sanciones inferiores a las del derecho penal.

Los primeros tres aportes son para el Prof. Durán lo más destacable de la tesis de esta escuela, sobre todo el análisis de la dialéctica de lo moderno y su concepción respecto al fenómeno de expansión del derecho penal. No obstante, para Durán es claro que el derecho de

la intervención mas que ayudar al problema de legitimación del derecho penal moderno, tiende a deslegitimarlo globalmente, ya que incluye aspectos que a su juicio “necesariamente deben ser materias jurídico-penales, [...] como son los delitos económicos y los bienes jurídicos colectivos” (Durán Migliardi, 2006, pág. 318).

A juicio del Prof. Durán, los planteamientos de esta escuela tienen un gran efecto metodológico, sobre todo al concebir la ciencia penal como un equilibrio entre el saber normativo y el saber empírico, revalorizando los conocimientos entregados por la criminología.

Otro autor de esta escuela, que contribuye a sustentar una fundamentación democrática del derecho penal es Jürgen Habermas, quien, para Durán, es un representante de la segunda generación de autores de esta escuela. Esto, ya que comparte las principales características de los miembros de esta escuela, que son “su permanente y contundente defensa de lo que denominaron Teoría Crítica [...], su fuerte oposición a la especulación filosófico-sociológica, no vinculada a problemas reales y concretos, al empirismo positivista y a la creencia en la importancia fundamental de los métodos cuantitativos” (Durán Migliardi, *Sociedad y Derecho: La influencia de la escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas*, 2018, pág. 89).

De hecho, la teoría crítica fue la metodología que utilizó Habermas para repensar la relación entre el hombre y la sociedad, en la cual el hombre, a pesar de ser un ser alienado, se le exige integrarse, transformar la sociedad y emanciparse. Dando paso a una nueva concepción del Derecho:

Como un instrumento positivo y legitimador que se abre hacia una racionalidad abierta y sustantiva que, unida a su teoría de la comunicación humana, sirve para alejarlo del formalismo positivista y mostrarlo en su función de mediador de los distintos conflictos sociales, propios de la sociedad posmoderna (Durán Migliardi, 2018, pág. 112) .

Por todos los argumentos antes expresados, se puede llegar a concluir, que para el Prof. Durán, la escuela de Frankfurt, principalmente de la mano de Haseimer y Habermas, y la Escuela de Bolonia, con Franco Bricola, constituyen bases fundamentales para la concepción



de una teoría constitucionalista del Derecho penal, esencialmente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

### **3.2 Fundamentación del Derecho penal**

En esta categoría se incluyen todas las publicaciones que ha realizado Mario Durán respecto a la Constitución penal, que es a mi parecer, su mayor aporte a la dogmática penal nacional, incluyéndose también sus publicaciones respecto a la teoría de la pena.

Cabe precisar que, para el autor, ambos temas están estrechamente relacionados, pero aún así, dentro de sus publicaciones se encuentran varias cuyo tema principal es la teoría de la pena, desde una perspectiva tradicional, la cual no hace referencia a la relación entre ésta y la Constitución penal. Además, respecto a los postulados sobre la Constitución penal, solo se pretende desarrollar la orientación material, sustancial o teleológica, a grandes rasgos. Debido a que las propuestas del autor al respecto serán desarrolladas con mayor detalle en el capítulo siguiente de este trabajo.

#### **3.2.1 Constitución penal**

Para introducir este tema, es necesario señalar que Mario Durán en sus publicaciones sigue a varios autores, sobre todo a Franco Bricola y Massimo Donini, al señalar que existen dos grandes enfoques entre el Derecho penal y la Constitución Política<sup>42</sup>.

El primer enfoque es la llamada orientación sistemática o dogmática penal, que se refiere a la existencia de una relación formal-negativa entre la Constitución Política y el Derecho penal,

---

<sup>42</sup> En esta categoría se abarca lo desarrollado por el Prof. Durán en el punto 1 y 2 de (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015); la introducción de (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015); la introducción y delimitación de (Durán Migliardi, La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, 2016); el punto 1 y 2 de (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011); y el punto 1 de (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015)

porque la primera está destinada a limitar al Derecho penal en su campo de acción, definiendo los bienes jurídicos que se protegen, las técnicas de tutela y las sanciones que se establecen. Así, en la Constitución se establecen principios, como el de legalidad, culpabilidad, responsabilidad personal, entre otros, que se utilizan para limitar el *ius puniendi* y proteger los derechos de las personas. Además, respecto a estos principios, se señala que son extraídos del Derecho natural o de programas políticos, por lo que la reforma al Derecho penal es una tarea casi exclusiva de la dogmática jurídico-penal.

El segundo enfoque, y al que pertenece la propuesta del autor, es la orientación material, sustancial o teleológica, que se refiere a la concepción de un Derecho penal constitucional, en el cual los principios que se encuentran en la Constitución Política son verdaderos fundamentos o principios constituyentes del sistema penal y cuya función es garantizar los valores, bienes y derechos que se consagran en la Constitución Política. Así, la Constitución es el fundamento de la pena y del sistema penal.

De esta forma, “la elección de la conducta a sancionar, las técnicas a emplear, los bienes jurídicos a proteger o las sanciones penales a aplicar, entre otras cuestiones, no pueden ser decisiones entregadas al capricho del legislador de turno”, sino que deben fundamentarse en lo que establece el mandato constitucional. Por lo anterior, en esta perspectiva, la reforma al sistema penal tiene una metodología pluridimensional, en la cual no solo interviene la dogmática jurídico penal, sino también la Política criminal (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, págs. 147-148)<sup>43</sup>.

Así, dentro de la orientación material, sustancial o teleológica constitucional, el Prof. Durán propone la noción de Constitución penal, en la cual la Constitución Política cumple las

---

<sup>43</sup> También en: (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015, págs. 665-667), (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, págs. 241-242), y en: (Durán Migliardi, La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, 2016, págs. 276-277) y (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015, págs. 286-289)

funciones, a nivel del sistema penal, de influir directamente en la práctica jurídica, de orientar concretamente la política criminal y de elaborar teorías a nivel doctrinal que se relacionen con la interpretación de la norma legal.

Ahora bien, además de la orientación sustancial o teleológica, las propuestas de contenidos que entrega Mario Durán a la Constitución penal se enmarcan en el contexto de una Constitución propia de un Estado social y democrático de Derecho, ya que la necesidad de adecuación que plantea la orientación sustancial solo sería posible “en un contexto político y social que solo otorgue legitimidad democrática a la política-criminal desarrollada por el Estado” (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 149).

Es en ese contexto, en el que el autor propone una serie de contenidos para la Constitución penal, estructurados en tres roles o aspectos, que para el Prof. Durán son fundamentales. Primero su rol como marco axiológico y valorativo, después, el rol como limitador al *ius puniendi* estatal y, por último, el rol como definidor de las funciones o fines del sistema penal, vinculado directamente con la teoría de la pena.

Todo lo anterior, sirve para contextualizar el tercer capítulo del presente trabajo, en el cual se desarrollará de manera más extensa la Constitución penal y los contenidos que propone incluir Mario Durán.

### **3.2.2 Teoría de la pena**

Ahora bien, tal como se señaló con anterioridad, es innegable que Mario Durán contempla a la teoría de la pena como parte esencial de sus postulados. De hecho, como se explicó en la categoría anterior, la teoría de la pena sería una de las tres funciones o fines del sistema penal que se consagrarían en la Constitución penal que propone el profesor.

Por lo anterior, la presente categoría abarca las investigaciones que ha realizado Mario Durán, en las cuales no se trata a la teoría de la pena en cuanto a su relación con la Constitución penal, sino como una categoría aparte, como tradicionalmente se le ha concebido.

Para comenzar, hay que tener claro que Mario Durán señala que la pena actualmente es aceptada como un mal impuesto por el Estado, a raíz de la comisión de un hecho ilícito, cuyo objetivo es hacer efectiva diversas funciones. Entre las que está, por un lado, la de control social formal y por el otro, como medio o mecanismo de reparación del mal causado. Esto provoca un vacío problemático en las discusiones acerca de la pena, porque sigue sin existir una finalidad clara, en razón a que su sentido es distinto a su justificación. Además, ese vacío sería aun más profundo en sistemas penales formalistas, en los cuales la retribución ocupa un papel central como fundamento del sistema (Durán Migliardi, *Prevención general positiva o de la integración. Concepto y función*, 2007, págs. 271-274).

Ahondando más en el concepto de la pena, para el Prof. Durán, ésta debe ser entendida como:

a la vez que un mal, debe ser un instrumento que, utilizado de forma justa y necesaria, proteja los bienes jurídicos más preciados por la sociedad. Instrumento que sólo se legitima en la medida en que, orientado hacia la consecución de los fines y objetivos aceptados por la comunidad, se fundamenta en una Constitución y un Derecho Penal democrático, respetuoso de los Derechos Humanos y de los principios materiales, generado a través de una representación efectiva y veraz de los ciudadanos (Durán Migliardi, *Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*, 2009, págs. 269-270).

Así, teniendo claro el concepto de pena por el cual el autor parte, es posible entrar a profundizar en sus postulados respecto a los criterios jurisprudenciales actuales sobre la pena, sobre la teoría de la prevención general positiva, la prevención especial y, por último, en las teorías absolutas de la pena.

#### **a) Actuales criterios de la jurisprudencia nacional**

Mario Durán escribió sobre este tema en su artículo “Justificación y legitimación político criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional.”, cuyo propósito fue la búsqueda de un criterio dominante en la jurisprudencia reciente, hasta el año 2009, sobre los fines de la pena en Chile. Para lo anterior primero establece la necesidad de vincular la justificación de la pena con su determinación empírica, luego, los criterios que la

dogmática tradicional ha creado para determinar judicialmente la pena y, por último, la justificación y legitimación de la pena en la jurisprudencia chilena.

Así, respecto a la necesidad de vinculación entre la determinación y justificación de la pena, Mario Durán comienza señalando que la perspectiva empírico-valorativa que presenta la pena en nuestro Derecho es preocupantemente poco profunda. De hecho, para él, es sumamente necesario que al momento de analizar la aplicabilidad práctica de la pena se tomen en cuenta, tanto los elementos de la imputación objetiva de los delitos, como los principios político-criminales que guardan relación con los fines de la pena, ya que solo así el sistema tendrá un realce garantista. Esto significa que al momento de la determinación judicial de la pena se analicen todos los “principios -formales y materiales- que inspiran el Porqué y Para qué de la reacción punitiva” (Durán Migliardi, 2009, pág. 273).

Luego, Mario Durán indica los tres criterios que la dogmática tradicional ha creado para la aplicación de la pena a los casos concretos. El primer criterio es la teoría exacta o puntual, que postula que el juez solo debe regirse estrictamente por la culpabilidad y por los fines exclusivamente retributivos. El segundo criterio es la teoría de juego o margen de la libertad, la cual postula que el juez puede determinar la pena entre un marco, que contemple un mínimo y un máximo. Así primero, el juez evaluará la culpabilidad del infractor y luego, con criterios de prevención especial o general, determinará la pena entre el marco establecido. El tercer criterio, también llamado teoría del valor posicional o del valor de empleo, postula que solo la culpabilidad debe tomarse en cuenta para fijar la magnitud de la pena, y que los fines de prevención son atingentes al resto de decisiones en el marco de la individualización de la pena.

Por último, Mario Durán analiza las diversas perspectivas en la jurisprudencia contemporánea, hasta el año 2009, sobre la legitimación y la justificación de la pena en Chile. En detalle, el autor, comienza señalando que la jurisprudencia apoya mayoritariamente una idea retributiva de la pena, no obstante, existen recientes manifestaciones eclécticas.

Para comenzar a profundizar en lo anterior, el Prof. Durán señala que, en un principio, por razones culturales e históricas, la pena en Chile tiene una clara orientación a teorías absolutas, y que, por el corte liberal del Código penal, la determinación de la pena se establece en un marco rígido, disminuyendo lo más posible la arbitrariedad del juez.

Después, el autor indica que la retribución es la manifestación predominante en la jurisprudencia, presentándose bajo conceptos como “castigo proporcional, razones de justicia, pena proporcionalmente retributiva al ilícito cometido y/o sanción condigna al hecho reprobado” (Durán Migliardi, 2009, pág. 276), los cuales, en consonancia con la proporcionalidad al hecho delictivo cometido, resaltarían el principio de igualdad, convirtiéndose así en una verdadera garantía. De hecho, tal es la importancia de la igualdad legal, que los principios de mínima intervención y lesividad, como indica Mario Durán, siguiendo a la Corte Suprema, no serían mas que consecuencias de este principio.

No obstante, para el autor, la importancia de la retribución en la jurisprudencia nacional no está exclusivamente ligada al principio de legalidad, sino también al de culpabilidad, plasmado en el artículo 19 N.º 3 inciso 6 de la Constitución, debido a que la retribución “como un elemento fundamentador y legitimador [...] mediaría entre la aplicación de una pena proporcional a la culpabilidad como reprochabilidad de la voluntad”. Además, la retribución y la culpabilidad se apoyarían en la idea del libre albedrío o capacidad de autodeterminación, por lo que se permitiría configurar “la existencia de un verdadero Derecho Penal de Retribución de la Culpabilidad” (Durán Migliardi, 2009, págs. 279-282 ).

Sumado a lo anterior, la reincidencia en nuestro sistema penal sería otra de las manifestaciones de la retribución de la pena en la jurisprudencia. Esto, ya que se entendería detrás de esta figura agravante que el primer reproche al infractor penal “no fue suficientemente proporcional y retributivo a su culpabilidad”, por lo que el autor del delito se aprovecharía de esto para volver a cometer el ilícito (Durán Migliardi, 2009, pág. 283).

Por otro lado, Mario Durán señala que recientemente -al año 2009- la Corte Suprema, habría concebido una tendencia ecléctica a la idea predominantemente retributiva de la pena, que no abandona totalmente esta última noción, pero que incluye tendencias preventivas. Así, además de la función retributiva de la pena, se recogerían la función de comunicación de la realización de conductas ilícitas y la función de transmitir confianza y fidelidad hacia el ordenamiento, reforzando el respeto a los valores elementales.

Por último, respecto al ideal resocializador en nuestra jurisprudencia, Mario Durán explica que no ha existido mayor apoyo a su consolidación, ya que se desprende la existencia

de una clara separación de etapas, en las cuales solo en la fase de ejecución de la pena pueden primar los intereses de la prevención especial. Y a su vez, el autor apunta que “pasa desapercibido el hecho que nuestro sistema carcelario, en lo fáctico, se vincula más a un sistema desocializador que a uno integrador” (Durán Migliardi, 2009, pág. 287).

De esta forma, concluyendo el tema, Mario Durán apunta a que no existe una respuesta única al criterio que tienen nuestros tribunales para justificar el fin de la pena, y que uno de los principales dilemas en la discusión es la falta de decisión legislativa en el tema, por lo que la única opción que queda es la de recurrir a la noción que entrega el Código Penal.

### **b) Teoría de la prevención general positiva**

Mario Durán profundizó en el desarrollo dogmático de esta teoría de la pena desde tres aristas. La primera consistió en su concepción de forma individual, la segunda arista fue su análisis en forma conjunta con el fenómeno de expansión del Derecho penal y la tercera, fue como parte principal y central del rol delimitador de fines o funciones del Derecho penal en su propuesta de contenidos para una Constitución penal.

En este apartado se expondrá sobre el desarrollo de esta teoría de forma individual, siguiendo el artículo titulado “Prevención general positiva o de la integración. Concepto y función”, mientras que la exposición de la relación de esta teoría con el fenómeno de expansión del derecho penal se abarcará en la sección de política criminal de este mismo capítulo. Sobre la relación que propone el autor de esta teoría con la Constitución penal se escribirá en el tercer capítulo de este trabajo.

Ahora, en cuanto a su desarrollo individual, el Prof. Durán desarrolla el concepto tradicional, de la mano de la teoría postulada por Hans Welzel, para luego explicar el concepto posterior que formuló Jakobs y las principales críticas que recibe esta teoría en la dogmática penal.

De esta forma, para comenzar, Mario Durán señala que Hans Welzel, como autor de esta teoría, postula que:

“a través de la conminación penal establecida en la norma de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad” (Durán Migliardi, *Prevención general positiva o de la integración. Concepto y función*, 2007, pág. 275).

Por consiguiente, la pena afirmaríala vigencia del Derecho en su función como regulador de conductas, actuando como instrumento de conformación de una conciencia jurídica colectiva y restableciendo la confianza y fidelidad del ciudadano en la norma jurídica (Durán Migliardi, 2007, pág. 275)<sup>44</sup>.

Luego, el Prof. Durán siguiendo a Eduardo Demetrio, indica los tres ámbitos de actuación de esta teoría de la pena. El primer ámbito es el del ciudadano, en cuanto a que éste es destinatario de la ley penal y que esta teoría, al actuar en su conciencia individual, contribuye, junto a las otras formas de control social, a su socialización. El segundo ámbito es el de la norma, porque supone la conservación del Derecho. Y el tercer ámbito es el de la sociedad porque pacificaría la conciencia social.

Ahora, la pena en esta teoría cumple varias funciones, las cuales son: informar lo que esta prohibido, reforzar y mantener la confianza en el ordenamiento jurídico y, crear y fortalecer una actitud de respeto al Derecho.

Posterior a la individualización del concepto de la prevención general positiva, Mario Durán indica algunas de sus clasificaciones, concentrando sus planteamientos en la teoría que sostuvo Jakobs. La cual, en resumen, señala que la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma, en la fidelidad al Derecho y en la aceptación de las consecuencias. Siendo, por tanto, fundamental el reconocimiento de la norma. Además, respecto a la culpabilidad, Durán señala que Jakobs lo relaciona con el fin de la pena, en cuanto a que su contenido sería el reconocimiento de la norma, siendo así un concepto construido funcionalmente.

---

<sup>44</sup> También en: (Durán Migliardi, *La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal*, 2008, pág. 57)



Así, después de desarrollar los postulados de Welzel y Jakobs respecto a la teoría de la prevención general positiva, Mario Durán expone las principales críticas que le son atingentes. La primera de estas hace referencia a lo cuestionable que es la injerencia del Derecho penal en la esfera o actitud interna del ciudadano. La segunda señala que las recientes teorías de la prevención general positiva confunden los conceptos de Derecho y Moral, cayendo en el legalismo y estatismo ético. La tercera crítica consiste en que estrictamente no constituirían teorías instrumentales de la pena, ya que presentan un evidente paralelismo con la teoría de la retribución de Hegel, porque “lo que antes era una exigencia del Derecho, ahora es una exigencia social para el buen funcionamiento del sistema” y, además, porque no legitima la pena en su fin de prevención del delito (Durán Migliardi, 2007, pág. 284)<sup>45</sup>. La cuarta crítica se refiere a su naturaleza tecnocrática y acrítica, junto a su renuncia por proteger bienes jurídicos, para favorecer la protección de la vigencia o reconocimiento de la norma. El quinto cuestionamiento es acerca del carácter retribucionista, negando el ideal resocializador, sin aportar instrumentos alternativos a los conflictos propios de la desviación delictiva. La sexta crítica hace referencia a que esta teoría, permitiría favorecer un uso desmedido del sistema penal, más que la teoría de la prevención general negativa. Por último, la séptima crítica apunta a que se cae en la presunción de que las personas tienen igual capacidad de motivación hacia la norma, lo que parte de una base que no es empíricamente demostrable.

De esta forma, para concluir, Durán cree que la teoría de la prevención general integradora o prevención general positiva, “solo resulta adecuada si se le entiende en un sentido restrictivo, esto es, no como fundamentación sino solo como efecto del ‘ser’ de la pena”. En este mismo sentido, en un Estado que respete el principio de dignidad humana no es aceptable buscar incidir en la conciencia ético-social de sus miembros. Además de que es cuestionable sostener que la pena es un factor de cohesión del sistema político-social, por su capacidad de restaurar la conciencia colectiva en la estabilidad del ordenamiento, “y por consiguiente, en su capacidad

---

<sup>45</sup> También en: (Durán Migliardi, La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal, 2008, pág. 63).

para renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones” (Durán Migliardi, 2007, pág. 286)<sup>46</sup>.

### **c) Teoría de la prevención especial e ideal resocializador**

Mario Durán desarrolla esta teoría de la pena, desde una perspectiva tradicional, ajena a la Constitución penal, en su artículo: “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”, publicado el año 2008, en la Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. En éste explica, en primer lugar, las teorías de la pena como prevención especial individual, en cuanto a su concepto, origen y modalidad, en segundo lugar, la concepción mas moderna de la prevención especial y, por último, las críticas que le son atingentes.

Así, en un principio, Mario Durán profundiza en las teorías de la pena de la prevención especial o individual. En cuanto a su concepto, señala que se asemejan a la teoría de la prevención general en cuanto a que ambas conciben a la pena como un medio o instrumento, y que se diferencian, en el sujeto al que se dirigen. Así, mientras la teoría de la prevención general se dirige a la generalidad o conjunto de ciudadanos, la teoría de la prevención especial se dirige al autor del delito. En consecuencia, ésta última no puede operar al momento de la conminación penal, sino que opera en la imposición y ejecución de la pena.

En cuanto a su origen histórico, Durán señala que Franz Von Liszt fue quien inicialmente postuló esta teoría. Él indicó que la pena más que una sanción, era un tratamiento o terapia, ya que su fin es la educación, protección y corrección del delincuente, para que éste no volviera a delinquir, resocializándolo o reeducándolo. Por eso, Durán señala que Von Liszt distingue una doble naturaleza en la pena, una como motivación o coacción indirecta, mediata o psicológica y otra como coacción directa, inmediata y mecánica. De esta forma, Von Liszt creó un nuevo sistema de penas, en el cual distinguió entre tres tipos de delincuentes y sus penas. El primero sería “la corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección”, el segundo

---

<sup>46</sup> También en: (Durán Migliardi, La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal, 2008, pág. 68)

es “la intimidación del delincuente que no requiere corrección”, y el tercero es la “inocuidación del delincuente incapaz de corrección” (Durán Migliardi, 2008, pág. 65).

En cuanto a sus modalidades, el Prof. Durán señala a varios autores que distinguen a lo menos dos categorías en esta teoría de la pena, pero profundiza especialmente las ideas de José Miguel Zugaldía Espinar, quien divide esta teoría en cuanto a la función o fin de la pena que se pretende cumplir. Así, estaría la prevención especial positiva y la prevención especial negativa. La primera, consiste en que la pena tenga una función amonestante, en la cual la pena es una especie de aviso para evitar la reincidencia del sujeto, o una función resocializadora, que consiste en entregar tratamiento individualizado científicamente. La segunda, concibe a la pena como de eliminación, dirigida a aquellos delincuentes accidentales que no necesitan resocialización, o como una pena inocuidadora, dirigida a los que serían habituales o por convicción, clasificándose, además, en temporales o definitivas.

De esta forma, después de desarrollar el concepto de la prevención especial, Mario Durán explica que la concepción más actual de esta teoría es el principio o ideal resocializador, el cual se concibe como un límite material al *ius puniendi* estatal. Así, en cuanto a su evolución, el Prof. Durán señala que la construcción de este concepto en un Estado social y democrático de Derecho significa un diálogo permanente entre el Estado y el condenado, que deje de lado la concepción de este principio como uno propio de un Estado social, que no involucraba la participación del delincuente en su propia resocialización. El deber del Derecho penal, en un Estado social y democrático de Derecho sería evitar la marginación indebida del sujeto, disminuyendo las penas que signifiquen una separación entre los infractores de la ley y la sociedad, para evitar los efectos desocializadores de la pena.

Respecto a los presupuestos del principio de resocialización, el Prof. Durán señala que se concibe, primero, como el fin preferente de la pena, pero no el único, segundo, como un principio programático de la política penal y penitenciaria, no como un derecho subjetivo, y tercero, respecto a su alcance, éste no se limitaría exclusivamente a las penas privativas de libertad, sino que abarcaría a todos los tipos de pena, incluyendo su ejecución y determinación judicial.

Asimismo, el autor señala que el principio de resocialización habría cambiado desde su concepción original, pasando de la imposición de un esquema de valores a la creación de bases para la autorrealización o autodesarrollo libre del individuo.

Lo anterior es consecuente con los Derechos Humanos del recluso, siendo coherente enlazar el principio de resocialización con el principio de humanidad, ya que significaría un “apoyo indirecto al propio mantenimiento del orden social [...], ya que lo que realmente atenta contra la seguridad estatal y el orden social es, precisamente la deshumanización e indignidad” de las condiciones en las cárceles (Durán Migliardi, 2008, pág. 71).

Por todos estos presupuestos el principio de resocialización requiere que se implementen medidas no concebidas exclusivamente en el ámbito de la ejecución de la pena. En ese sentido, el autor señala:

Muchos de los problemas de prevención de la criminalidad -en general- y de la imposibilidad práctica de efectuar una real resocialización de los delincuentes en los países en vías de desarrollo, tenderían a solucionarse si existiese en ellos un acceso más democrático a los servicios sociales básicos -salud, educación y vivienda- así como una real justicia social -redistribución de los ingresos, por ejemplo -que posibiliten el acceso a los bienes y servicios de consumo, como demuestra la situación, en estos aspectos, de los países que gozan de un Estado social y democrático de Derecho efectivo (Durán Migliardi, 2008, pág. 271).

Teniendo todo lo anterior presente, tanto la teoría de la prevención especial individual como su concepción más moderna, el ideal resocializador, Mario Durán indica las principales críticas que le son atinentes.

La primera crítica señala que esta teoría cosifica al delincuente y lo instrumentaliza, atentando contra su dignidad, ya que, primero, involucra la idea de terapia social, que trata al delincuente como un enfermo que necesita reeducación, y segundo, por el tratamiento penal histórico que han dado los gobiernos totalitarios, en donde la persona contraria al régimen gubernamental es derechamente enemiga o no persona, y las penas, entendidas como terapia, las cuales podrían llegar a ser usadas indiscriminadamente.

La segunda crítica para esta teoría de la pena, desde una perspectiva político criminal, es que no sería adecuada para justificar el Derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, ya que no delimita el contenido del *ius puniendi*. Esto, a juicio Durán sucede “porque depende de la definición de adaptación social que acepte la autoridad y sancione como obligatorio en la respectiva sociedad”. Incluso, si existiese un consenso social y científico de la definición de adaptación social, se caería en “la aplicación de medidas o tratamientos temporales ilimitados, donde la intervención penal encubierta se efectuará a través de dichos tratamientos indefinidos” hasta la corrección de los infractores penales (Durán Migliardi, 2008, pág. 73).

La tercera crítica hace mención tanto a posturas conservadoras-retribucionistas como mas progresistas, que no comparten la fundamentación general de esta teoría. Ya que, por un lado, están aquellos que creen que hay una corresponsabilidad social en la delincuencia y que debiese, por tanto, existir una resocialización social, y por el otro, aquellos que creen que fracasó la idea de tratamiento, por lo que defienden la idea del retorno a las teorías absolutas de la pena.

La cuarta crítica apunta a que es discutible que la meta de esta teoría sea la resocialización total del delincuente, ya que no sería consecuente con el principio de responsabilidad penal proporcional a la gravedad del hecho cometido, además de que se centra excesivamente en el delincuente, olvidando los intereses de las víctimas.

La quinta crítica cuestiona que el tratamiento sea el fin de la pena, sin que éste se justifique con claridad, ya que no hay un consenso acerca de las respuestas a las preguntas ‘para qué y a qué sociedad’ se dirige esta teoría.

La sexta crítica, hace referencia a los presupuestos, porque cuestiona la dependencia a la idea de peligrosidad del delincuente, y también a los medios, ya que la pena y/o tratamiento tendrían una imposición coercitiva que es criticable, además de cuestionar que la pena no sea un instrumento adecuado para lograr el fin que se postula, ya que posee elementos estigmatizadores.

Por último, se le crítica a esta teoría sus serias dificultades prácticas y metodológicas, ya que la realidad penal y penitenciaria tendría problemas que no podrían solucionarse, sobre todo

por el tipo de penas que existe y sus formas de ejecución. Además, se le cuestiona el fin de la pena que se propone, porque no debe castigarse para resocializar, y si la pena tuviera exclusivamente ese fin, “la resocialización debería ocuparse no solo de los delincuentes necesitados de corrección, sino de los que no la requieran, los ya resocializados y de los que, en potencia, pueden llegar a serlo” (Durán Migliardi, 2008, pág. 76).

Para concluir, el autor señala que la discusión sobre esta teoría de la pena se encuentra plenamente vigente, “pero que su aplicación práctica depende absolutamente de un contexto social y jurídico de legitimación y aceptación de sus postulados” (Durán Migliardi, 2008, pág. 76). Eso, actualmente en Chile, por la presencia de la Constitución del año 1980 y las leyes actuales, claramente no ocurre, por lo que no es posible discutir seriamente sobre el tema. Además, Mario Durán señala que es del todo irresponsable señalar la muerte o mito del ideal resocializador, en un Estado Liberal de Derecho como el nuestro, ya que nunca se implementó materialmente.

#### **d) Teorías absolutas de la pena**

Mario Durán escribió un artículo sobre este tema que fue publicado tanto en la revista de Filosofía como en la Revista de Derecho y Ciencias Penales, en el año 2011. Se llamó “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Concepto, críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”. Ahí, el autor desarrolla el origen y fundamento de las teorías absolutas de la pena, además de detenerse especialmente en la teoría propuesta por Kant y en sus críticas.

Así, en un principio, el Prof. Durán señala que, producto de una reacción pendular crítica a las teorías preventivo-especiales y el aparente fracaso del ideal resocializador, varios autores, agrupados en una contracorriente neoclásica, han vuelto a postular las teorías absolutas o retributivas de la pena como opción, en busca de justicia, igualdad y transparencia. Por eso cree necesario visitar estas teorías, desde una perspectiva crítica, para atenuar estas tentaciones.

Para ello, comienza explicando el origen histórico de estas teorías, que surgieron como “una reacción ideológica centrada en la revalorización del hombre”, de la mano de Kant y Hegel,

como representantes del idealismo alemán (Durán Migliardi, Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual, 2011, pág. 125).

Más en detalle, el Prof. Durán profundiza en los principales postulados de las teorías retributivas. Por una parte, la pena tendría un carácter absoluto, cuyo fin es la exclusiva retribución del mal causado, siendo su justificación la justicia como valor ideal. En ese sentido, estas teorías se caracterizarían por implicar valores absolutos anteriores al hombre y así, el Derecho penal sería legítimo en razón a que permitiría, por ejemplo, lograr la idea de justicia. Otra idea central sería el libre albedrío o la libertad de la voluntad del ser humano, sobre todo por la relación que se le da con el principio de culpabilidad. Por otra parte, señala que la idea de retribución comprende tres presupuestos, siendo el primero, que la legitimación de la sanción penal solo es posible si se logra una superioridad moral de la comunidad frente al que delinque, segundo, que la culpabilidad puede ser medida según la gravedad de la pena y tercero, que la culpabilidad y la gravedad de la pena pueden armonizarse, para que la sentencia sea justa para la sociedad y para el autor.

Asimismo, el Prof. Durán señala que hay dos ideas comunes que caracterizan a las teorías absolutas. La primera idea es que la pena no puede perseguir fines preventivos del delito, porque eso atenta contra la dignidad del hombre. La segunda idea es que la pena que se le impone a una persona debe ejecutarse siempre y en su totalidad.

Después de individualizar los principios fundamentales que tienen estas teorías en común, Mario Durán profundiza en la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant. Así, indica que Kant entiende el Derecho penal como “el Derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito” (Durán Migliardi, 2011, págs. 127-128). Siendo el fundamento de esa pena la retribución del mal causado, cuya aplicación es necesaria a un nivel ético, por consiguiente, la ley penal es un imperativo categórico. Otra de las ideas centrales de este postulado es la idea de libre albedrío, ya que al cometer un delito las personas estarían haciendo un mal uso de su libertad, por lo que el fundamento de la pena es el

principio de la culpabilidad. Así, cuando se afecte un bien jurídico protegido penalmente, la pena debe adecuarse similarmente a un bien jurídico propio del sujeto en el cual la pena recae.

Además, Mario Durán señala que Kant reinterpreta las fórmulas de Ulpiano, que llevadas al Derecho penal sirven para establecer las bases de la diferencia entre la pena judicial y la natural y que, así, la pena solo ha de imponerse por la razón de delinquir, porque va contra la idea de la dignidad del hombre el que pueda ser usado como medio para otros fines.

Por otro lado, sobre el sistema para apreciar las penas de la teoría propuesta por Kant, el Prof. Durán señala que se adopta el sistema talional, llegando a ser aceptada la pena de muerte, en casos en los que se cometa el delito de homicidio.

Posteriormente, Mario Durán indica los principales aportes que conlleva la teoría absoluta de Kant a las discusiones en la dogmática penal. Entre ellos se destacan la preocupación por la justicia, vista también como pena justa, también la importancia que se le otorga al principio de culpabilidad, lo que sirvió para fundamentarlo como principio limitador al *ius puniendi* estatal, y el impedir la intervención abusiva del Estado, en razón a que es una teoría esencialmente garantista. Por último, se destaca como una teoría que se centra no utilizar al hombre como un instrumento.

Luego de presentar los aportes que ha significado la teoría de Kant al desarrollo del Derecho penal, el Prof. Durán señala las críticas que le son atingentes, tanto a esta teoría como a su versión más moderna, el neo-proporcionalismo.

Así, entre las críticas que se le hacen a la teoría de Kant se encuentran su propio punto de partida, al buscar la justicia como valor absoluto, como si existiera un orden de valores inmovibles, olvidando que debe enmarcarse en una sociedad compleja. Además, el libre albedrío, concepto fundamental para la teoría, es empíricamente indemostrable.

Sobre la pena, se le critica que aparezca como un fin en sí mismo, porque no resulta adecuado para la dignidad humana que solo sea un mal para retribuir un mal causado. En ese sentido, se cuestiona que se renuncie a la utilización de la pena como un instrumento de política criminal, con finalidades de utilidad social. Además, se critica la idea de supresión del mal,



porque en realidad, el mal que se realizó al delinquir se termina sumando al mal que representa la pena misma.

Más en detalle, Durán resalta las críticas que le realizan a esta teoría autores como Roxin, Santiago Mir y Ulrich Klug. Entre los cuestionamientos que realiza Roxin, por ejemplo, están el presupuesto de la necesidad de una pena, en la cual esta teoría no limita su propio contenido. Además, incluye la crítica a la indemostrabilidad fáctica del libre albedrío y que no tiene utilidad cambiar el concepto de retribución por el de expiación, ya que no es lógico señalar que el mal que se produjo con el delito se borra al sufrir otro mal, que sería la pena.

Ahora bien, el concepto de expiación no es criticable exclusivamente desde ese punto de vista, sino también por la cercana tendencia moralizante que le es atingente, en cuanto se asocia con el concepto de expiación del pecado. De hecho, la realización de la justicia, en cuanto valor absoluto en la tierra, no es una obligación de los Estados modernos, sino mas bien un cometido moral o religioso. Además, el Prof. Durán señala que la crítica mas destacable, al respecto, es la que realiza Stratenwerth, al separar la culpabilidad moral, que se podría asociar con la idea de retribución, también entendida como expiación, y la culpabilidad jurídica, siendo inconcebible “hablar de la pena como una sanción jurídica que procura la perfección moral del delincuente” (Durán Migliardi, 2011, pág. 138).

Por otra parte, Santiago Mir, según el Prof. Durán, critica que la culpabilidad sea el fundamento de la pena y también la medida de ésta, ya que nuevamente parte del supuesto del libre albedrío. Además, este autor también critica que la magnitud de la culpabilidad sea la base en la que se calcule la pena, porque tanto esta última como el libre albedrío serían indemostrables e incuantificables. Por eso, el Prof. Durán indica que Mir señala, que la proporcionalidad puede concebirse como un límite, pero que este no justifica la pena, sino que justamente la restringe (Durán Migliardi, 2011, pág. 139).

Sobre Ulrich Klug, Mario Durán expone que el autor critica que el sentido de la pena, entendida como retribución, no es algo probado sino más bien una creencia la cual puede aceptarse y también rechazarse. Agrega, además, que el mal que se cometió al realizar el hecho ilícito no es, en magnitud, equiparable al mal que significa la pena, y junto con atacar el imperativo categórico que presenta Kant, señala que, desde un punto de vista moral y

constitucional, la retribución no presenta una finalidad que pueda aspirar a un bien, ya que lesiona la dignidad humana del infractor de la ley. (Durán Migliardi, 2011, pág. 140)

Por otro lado, entre las críticas que se le hacen a la teoría neo-proporcionalista que postula Jakobs, están además de las anteriores, las que plantea Bernd Schünemann. Así, primero se crítica que esta teoría aparece mas como “justificadora del castigo y no como limitadora del *ius puniendi*” y segundo, la aporía de la libertad en la que se construye, que tampoco soluciona la moderna fundamentación de la pena de la ‘filosofía de la libertad’, deja tres posibles caminos a seguir. El primero es atenerse al concepto social de culpabilidad, que requiere exclusivamente promediabilidad de la libertad del autor; el segundo es renunciar al concepto de culpabilidad relacionado a la libertad, y disminuir el concepto a la idea de prevención general, resignándonos a legitimar el Derecho penal en la utilidad, o, el tercer camino, que es buscar un nuevo concepto de “libertad para la fundamentación de la culpabilidad penal” (Durán Migliardi, 2011, pág. 142).

Así, para concluir el tema, Mario Durán señala que las teorías absolutas de la pena deben rechazarse, si se vuelven a plantear en su forma tradicional, orientadas a la realización de justicia, el restablecimiento del orden jurídico, desde un punto de vista absoluto y represivo. Ya que no van de la mano con los ideales de un Estado social y democrático de Derecho. Además, respecto al neo-retribucionismo, que vuelve a imponer la pena como un mal sin justificar su utilidad, negando el “interés social del hombre, es una teoría arrogante y puramente de papel” (Durán Migliardi, 2011, pág. 143).

### **3.3 Política Criminal**

En esta tercera categoría de la parte general del Derecho penal se incluyen todos los textos que ha publicado el Prof. Mario Durán, primero, sobre el fenómeno de expansión del Derecho penal contemporáneo y después sobre la ley de responsabilidad penal adolescente.

#### **3.3.1 Expansión del Derecho penal moderno**

Como punto de partida para este tema, hay que señalar que para el Prof. Durán es innegable que existe un proceso de expansión del Derecho penal contemporáneo, en el cual se pueden distinguir dos perspectivas. Por un lado, una perspectiva cuantitativa, relacionada con

el mero aumento progresivo de las áreas punibles, desarrollando nuevos tipos penales y nuevos bienes jurídicos y, por otro lado, una perspectiva cualitativa, que concibe esta modernización o expansión, como un proceso tanto de reducción como de flexibilización de las garantías que posee el sistema. Ésta última perspectiva tendría entre sus particularidades, además, el nacimiento de nuevos tipos penales, la protección de bienes jurídicos colectivos y el cambio en la aplicación del Derecho penal.

No obstante, para Mario Durán, lo que realmente caracterizaría a la perspectiva cualitativa de la expansión del Derecho penal es, por un lado, la aplicación de modernas técnicas de punibilidad, que flexibilizan y disminuyen las garantías, conceptualizándose como la notoria intención del legislador de ampliar la intervención punitiva, y por el otro lado, “la existencia de modelos político-criminales generales contruidos o dirigidos hacia la limitación y vulneración de garantías y de los derechos de los ciudadanos” (Durán Migliardi, *El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal*, 2006, pág. 726).

Más en detalle, Mario Durán destaca dentro de las modernas técnicas de punibilidad, las amplias técnicas que emplea el legislador para anticipar la tutela penal, entre las que se encuentra la creación de delitos de peligro abstracto, directamente relacionados con la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, respecto a los modelos político-criminales, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico.

A continuación, se desarrollará lo que expone el Prof. Durán sobre los modelos político-criminales, como el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal simbólico y, después, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

#### **a) Derecho penal de enemigo y Derecho penal simbólico:**

Tal como se observa en la tabla de publicaciones del primer capítulo de este trabajo, Mario Durán profundiza en el llamado “derecho penal del enemigo” en el capítulo “El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, del libro especialmente dedicado al tema, publicado el año 2006, a cargo de los coordinadores Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-

Jara. Sobre el Derecho penal simbólico, Durán desarrolla sus ideas al respecto en el artículo “La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal” publicado en la Revista *Corpus Iuris Regionis*, el año 2008.

Ahora bien, respecto al Derecho penal del enemigo, Durán distingue dos etapas en su formulación. La primera etapa corresponde a la anticipación de la punibilidad y la segunda, sería la de un derecho penal y procesal del enemigo, como una reacción al sistema penal.

La primera etapa de formulación, Mario Durán la asoció a la exposición de Jakobs en un congreso de penalistas en Frankfurt, en el año 1985. En este congreso Jakobs habría postulado la creación de un sistema penal que distinguiera estrictamente entre ciudadanos y enemigos, permitiendo considerar como actos preparatorios, tentativa o consumación a ciertas conductas que realizaban los denominados “enemigos” del Estado. Así, la característica principal de esta etapa, a juicio de Durán, es la distinción clara de un Derecho positivo de dos grupos. Por un lado, los ciudadanos y por el otro, los enemigos. De esta forma, quedaron sentadas las bases para que este modelo se construyera cualitativamente “como expresión de la peor modernización y expansión del Derecho penal moderno” (Durán Migliardi, *El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal*, 2006, pág. 733).

La segunda etapa de formulación del Derecho penal del enemigo se caracteriza por la profundización teórica de los postulados de Jakobs, exacerbando la relación entre los ciudadanos y enemigos, siendo éstos últimos sujetos que huyen del Derecho o no personas, lo que justifica el adelantamiento de su punibilidad, las mayores penas y menores garantías procesales que les son atingentes.

Sobre esa base ideológica se desarrolla el derecho penal del enemigo en la actualidad. Ya que para el Prof. Durán, este sistema político-criminal se constituye como “un Derecho penal de reacción general, de lucha para combatir la delincuencia, de reducción de garantías y de separación”, entre el Derecho penal atingente a los ciudadanos y a los enemigos (Durán Migliardi, 2006, pág. 739). A los enemigos o “no personas” se les identifica modernamente como terroristas o miembros de la delincuencia organizada. Además, el Derecho penal del

enemigo en su concepción contemporánea, se caracterizaría por formar una síntesis entre el Derecho penal simbólico y el adelantamiento de la punibilidad.

Teniendo lo anterior presente, Durán detalla las críticas que son atinentes al derecho penal del enemigo, primero a sus bases teóricas y metodológicas, y luego a las características, junto a su propio postulado.

Así, en el contexto de las críticas a las bases teóricas y metodológicas de este modelo político criminal, el Prof. Durán señala, siguiendo a Baratta que, el único contenido y orientación que tiene este sistema es la autoconservación de sí mismo a través del Derecho, creándose una serie de argumentos circulares donde se llenan los vacíos con meras decisiones. En ese sentido, lo más grave es que todo lo que se descubre en el Derecho, los efectos y resultados de las descripciones, se da por bueno *per se*, y, por tanto, funcional al sistema. Además, este modelo sería compatible con sistemas políticos dictatoriales, en el sentido de que se exceptúa la vigencia y aplicación de determinados derechos y garantías constitucionales, por supuestos peligros para la seguridad nacional, relativos a actos que realizan aquellos que el Estado señala como “enemigos”. Aquello sería totalmente inaceptable para Durán, en la medida que los principios limitadores del *ius puniendi* son vinculantes por imperativo constitucional y deben asumirse tanto sistemática como teóricamente por la dogmática jurídico-penal.

Sobre las críticas al postulado del Derecho penal del enemigo y a sus características, Mario Durán indica que los peligros que éste intenta evitar no son necesariamente amenazas, sino más bien construcciones sociales, entregándoles un carácter simbólico, que de no ser por eso y por el uso de la prevención general positiva de la pena, sumado al rol de la teoría funcionalista en este modelo político-criminal, debiesen incluirse dentro de la criminalidad general o de la normalidad. Además, no se debe admitir que sea el Derecho quien determine la categoría o atributos de los ciudadanos, aún cuando se pretenda afirmar, que son los mismos ‘ciudadanos’ quienes determinan si son enemigos al considerar que sus conductas no son simples delitos sino actos de guerra.

Por todo lo anterior, para concluir este modelo político-criminal, el Prof. Durán señala que lo central de las críticas al Derecho penal del enemigo son sus problemas de legitimación, sobre todo porque su concepción está unida a la guerra y a la noción de enemigo. Y que con su

aplicación el Estado puede verse tentado a dirigir el *ius puniendi* de forma más agresiva y violenta, vulnerando los derechos y garantías de las personas. Como es el caso, por ejemplo, “de la confesión bajo tortura, incomunicaciones prolongadas, detenciones sin motivos o sin control jurisdiccional, así como la realización de prácticas antes prohibidas, como las intervenciones telefónicas o de correo electrónico, que hoy aparecen legislativamente autorizadas” (Durán Migliardi, 2006, pág. 752). Así, el Derecho penal del enemigo puede presentarse como un ícono útil del Derecho penal ante los nuevos riesgos de la sociedad contemporánea, bajo conceptos como el de inseguridad ciudadana, terrorismo, entre otros.

En esa línea, el Prof. Durán indica que:

el problema de la legitimidad del Derecho penal del enemigo se debe remitir, aún dentro de un contexto de emergencia, a las consideraciones determinadas por los principios generales (tales como el de absoluta necesidad, subsidiariedad y/o eficacia), dentro del marco valorativo de un sistema social democrático, respetuoso de las garantías formales y materiales del ciudadano y de sus derechos fundamentales. Todo, obviamente, bajo el imperio de una Constitución democrática (Durán Migliardi, 2006, pág. 752).

Ahora bien, sobre el derecho penal simbólico, el Prof. Durán sigue a Hassemer, señalando que éste se caracteriza principalmente por su fin u objetivo, el cual es utilizar al derecho penal junto a la confianza que entrega éste a nivel social, de formas engañosas y falsas. Conceptualizándose así como “todo Derecho penal en el que las funciones latentes, subyacentes o simbólicas predominan sobre las funciones manifiestas, visibles o instrumentales, con el fin de que se realicen – a través [...] de la norma penal- otros objetivos que los descritos en la misma” (Durán Migliardi, La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal, 2008, pág. 65).

Este modelo político-criminal, para Mario Durán, se puede relacionar directamente con la expansión del derecho penal moderno -como se explicó anteriormente- y con la teoría de la prevención general positiva de la pena. En razón a que ésta última podría ser fuente directa del Derecho penal simbólico. Ya que esta teoría de la pena, también denominada prevención-integración “pretende configurar un adiestramiento y una modificación de comportamientos que obliga necesariamente a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios”, los cuales

podrían caracterizarse como aquellos rebelados en contra del orden constituido. Sobre todo, porque el “traslado de la pena de funciones instrumentales a funciones simbólicas, es una práctica política que necesariamente se ve dirigida, no a reprimir el delito sino a reforzar la validez de las normas y la confianza institucional [...] hacia el ordenamiento jurídico” (Durán Migliardi, 2008, pág. 68).

De esta forma, el Prof. Durán vuelve a recalcar su conclusión acerca de la teoría de la prevención general integradora, como se expuso en el desarrollo individual de esta teoría en el presente trabajo, resultando adecuada exclusivamente “si se le entiende en un sentido restrictivo, esto es, no como fundamentación sino solo como efecto del ‘ser’ de la pena”. Y que, respecto a la relación entre ésta y el fenómeno de expansión del Derecho penal contemporáneo, ésta puede aparecer como un nuevo icono útil, al igual que el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal simbólico, para el “relanzamiento y/o adaptación de las funciones del sistema penal ante las nuevas problemáticas de las sociedades del riesgo, globalizadas y superinformadas” (Durán Migliardi, 2008, pág. 69).

#### **b) Bienes jurídicos colectivos o supraindividuales**

Al igual que el tema anterior, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales para Mario Durán también se relacionan con el aspecto cualitativo de la expansión al Derecho penal contemporáneo.

Ahora bien, para comenzar con este tema, hay que tener claro que, para el Prof. Durán, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, construidos en un Estado social y democrático de derecho, no necesariamente implican una lesión de los derechos y garantías de las personas, a pesar de concebirse dentro de un proceso de expansión del derecho penal moderno (Durán Migliardi, El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal, 2006, pág. 728).

Siguiendo esta línea, el Prof. Durán ha publicado dos artículos que profundizan en los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. El primero, llamado: “Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas

para una propuesta de protección penal del Orden Público Económico.”, trata sobre la evolución de éstos y las limitaciones que deben hacerse para una adecuada protección penal del orden público económico. El segundo, llamado: “Medio ambiente, desarrollo económico y Estado de Derecho. Fundamento, relaciones y críticas para la protección penal del medio ambiente como un bien jurídico colectivo o supraindividual.”, trata sobre estos bienes jurídicos y una adecuada protección penal al medio ambiente.

De esta forma, respecto al primer artículo, Mario Durán junto a Gabriela Prado, comienzan desarrollando concretamente la evolución de los bienes jurídicos supraindividuales, partiendo por la concepción realista sustancial, que hace referencia a la protección de los intereses difusos, para luego exponer acerca de la concepción formalizadora material, centrada en la noción de bienes jurídicos colectivos. Esto, con el fin de indicar los elementos esenciales para fundamentar la protección del orden público económico como un posible bien jurídico colectivo.

A modo de introducción, los autores señalan que parte de la dificultad del tema se debe a la superabundancia de terminología usada para las diversas categorías de bienes jurídicos. Por eso, este concepto debe contextualizarse en su evolución, partiendo desde su concepción tradicional, cuya finalidad era legitimar la norma penal y a su vez, ser una garantía para las personas para luego transformarse en un concepto mas moderno, que incluye, además de las funciones anteriores, la de proteger determinadas relaciones sociales que sean democráticamente esenciales para la subsistencia del sistema escogido.

Así, Durán y Prado, siguiendo a Santiago Mir, señalan que los cambios en los modelos de Estado y en el propio capitalismo han hecho necesario modificar la tradicional concepción de bienes jurídicos, extendiendo su protección a los denominados intereses difusos.

No obstante, cabe tener presente que la creación de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, que surge como un mecanismo para enfrentar los peligros de la sociedad de riesgos e información y los avances tecnológicos, guarda relación con la expansión del derecho penal, y así mismo, “constituye una de las modernas técnicas del Derecho penal para la anticipación de la tutela penal”, de forma que son atingentes a éstos, los reparos a los delitos de peligro



abstracto, por su estrecha relación de complementariedad (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, pág. 268).

Sumado a lo anterior, el autor deja planteadas dos problemáticas que le conciernen a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, para su necesaria discusión futura. La primera hace referencia a las críticas que hacen los autores de la Escuela de Frankfurt y la segunda, atiende a la crisis que supuestamente sufren los principios limitadores al *ius puniendi* al afrontar los peligros propios de la sociedad de la información, de riesgo y las nuevas tecnologías, que se relaciona, a su vez, con la utilización del principio de lesividad.

Esta última problemática, deriva en la crítica que le hacen diversos autores a los bienes jurídicos no individuales, señalando que son meras metáforas conceptuales. Pero para Durán y Prado, que siguen a Dulce Santana en este punto, la crisis sobre la utilización del principio de lesividad debe ser resuelta por la Constitución, ya que ésta debe desarrollar primero, qué se considera un bien jurídico y segundo, dónde se originan los objetos que éstos protegen.

De esta forma, para los autores, los bienes jurídicos tendrían dos funciones, una intrasistemática y otra extrasistemática:

La primera se refiere a la interpretación teleológica de los tipos y su tratamiento jurídico-dogmático, que comprendería desde la clasificación de los tipos hasta la determinación de la pena. La segunda, se refiere a un límite y orientación externa del Derecho penal, de naturaleza político-criminal, a partir de los valores y principios constitucionales (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, págs. 269-270).

Así, teniendo todo lo anterior presente, Mario Durán comienza a desarrollar la evolución de los bienes jurídicos supraindividuales, comenzando por la concepción realista y sustancial, que hace referencia a los intereses difusos.

Al respecto, los autores siguiendo a Fermín Morales, señalan que los intereses difusos ponen de manifiesto los intereses colectivos, cuyo contenido puede ser muy diverso, pudiendo contemplar temáticas relativas al medio ambiente, información privilegiada, economía, entre otros temas. Sin embargo, su contenido, a diferencia del de los bienes jurídicos individuales, necesita de nuevas técnicas de tutela penal para ser protegido, ya que precisa de un control y de

una organización estatal mucho mas compleja. Esto, entre otras cosas, porque se reflejan en actividades socialmente necesarias en los Estados, por lo que no pueden simplemente erradicarse, presentándose así, como una disfuncionalidad del sistema.

Asimismo, siguiendo a Sgubbi, Mario Durán y Gabriela Prado indican que los intereses difusos pueden estudiarse tanto como fenómeno de hecho, como desde la óptica de ser un instituto jurídicamente reconocido, concluyendo que representan fácticamente un nuevo sistema de responsabilidad.

Esto último, principalmente porque son completamente diferentes a los intereses que se protegen en los bienes jurídicos tradicionales. Primero porque, en cuanto a su contenido, abarcarían diversos intereses sociales y no exclusivamente individuales, segundo, por su titularidad cuya naturaleza sería colectiva, y tercero, en cuanto a su modo de formación, cuya dinámica correspondería a una totalmente informal, principalmente de carácter exclusivamente sustancial, producidos por aquellos ámbitos sociales más afectados por el desarrollo del capitalismo.

Además, Mario Durán y Gabriela Prado, haciendo referencia a Lozano-Higuero, indican que el interés difuso se concibe como:

Aquel interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -extendible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que, por tanto, adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, pág. 274).

Este concepto es importante porque sienta las bases de diversos objetos susceptibles de protección penal, como los bienes jurídicos colectivos, los cuales forman parte de la concepción formalizadora material de los intereses supraindividuales.

De esta forma, los autores señalan que la consolidación del Estado social y democrático de derecho concibe al derecho penal como un instrumento que busca incidir positivamente en la realidad, por lo que no crea bienes jurídicos como tales, sino que los recoge de la sociedad. Ahí radicaría la obligación de tutelar aquellos intereses que no se encuentran protegidos en la

tradicional concepción de bienes jurídicos tradicionales. Estos intereses, que no han sido tradicionalmente protegidos, tienen un carácter masivo y universal, siendo fundamentales ya que afectan el ámbito del quehacer diario de las personas, afectando a una masa o colectivo, de ahí que su protección se recoja en los bienes jurídicos colectivos.

En detalle, respecto a la denominación de estos bienes jurídicos como colectivos, los autores señalan que la principal diferencia entre estos y los bienes jurídicos supraindividuales o individuales se debe a que los primeros protegen intereses de la masa o colectivo, no concentrándose en un individuo particular o en la suma de estos. Así, éstos pretenden no caer en la discriminación y el beneficio unilateral, sino que “atender materialmente las necesidades del individuo para que la protección de bienes individuales, como su vida, su salud o su libertad, adquieran un sentido material” (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, pág. 277).

Esto último deriva en que, desde una perspectiva material, los bienes jurídicos colectivos sean complementarios a los individuales y por eso mismo, deberían reordenarse las categorías existentes para incluir a los primeros.

Por eso, Mario Durán y Gabriela Prado apoyan la sistematización que propone Bustos, la cual consiste en reconocer dos categorías principales de bienes jurídicos, una que se refiere a aquellos bienes en los que se basa el sistema y son condiciones para su subsistencia, de carácter micro social, y la otra, de carácter macro social, que guarda relación con el funcionamiento del sistema y que integra, a su vez, tres categorías más, que son los bienes jurídicos institucionales, los de control y los colectivos. Éstos últimos serían aquellos que satisfacen las necesidades sociales y económicas.

A su vez, para Durán y Prado, Bustos también propone que los límites en la intervención penal guarden relación con la categorización anterior, existiendo menores restricciones a los bienes jurídicos propios de la categoría referente a la de bases y condiciones de subsistencia del sistema, y mayores restricciones a aquellos propios de la categoría de funcionamiento del sistema.

Lo anterior, está íntimamente relacionado con dos características principales de los bienes jurídicos colectivos, el carácter material de éstos y su complementariedad con los bienes jurídicos individuales.

Sobre el carácter material de los bienes jurídicos colectivos, Mario Durán y Gabriela Prado señalan que es en un doble sentido, en cuanto a su contenido y en cuanto a su rol delimitador del poder punitivo del Estado. Esto “se entiende si se parte de la constatación de que así como el bien jurídico fundamenta la intervención del Estado en materia penal -sobre la base del ilícito penal- al mismo tiempo cumple una función garantista, al poner límites a la misma.” (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, pág. 279).

La complementariedad, otra de las características principales de los bienes jurídicos colectivos, relacionada con la sistematización que propone Bustos, se refiere a que entre los bienes jurídicos que atienden a las bases y condiciones del sistema y los relativos al funcionamiento de éste, hay una innegable complementariedad. Esto, porque los bienes jurídicos colectivos se definen en cuanto a su relación con los bienes jurídicos individuales, ya que surgen como fórmulas de protección de éstos.

Por otra parte, otra de las características de los bienes jurídicos colectivos sería su titularidad común, que proviene directamente de su carácter masivo y universal al enmarcar intereses propios de relaciones sociales básicas para el sistema y sus miembros, ya que, como ya se dijo, afectan el quehacer cotidiano de las personas. Sin olvidar también, que esta titularidad común hace referencia a una solidaridad de intereses, que no implica intereses privados o públicos, sino exclusivamente colectivos.

De ahí deviene, para Durán y Prado, la fragmentariedad, otra característica principal de los bienes jurídicos colectivos. Esta característica se debe al carácter fungible de los individuos que éstos cohesionan.

Por último, Mario Durán y Gabriela Prado, señalan el carácter conflictivo de estos bienes, como otra de sus principales características, ya que es propio de ellos ser antagonistas respecto a las posiciones doctrinales jurídico-económico liberales, para aspirar a la igualdad.

Ahora bien, teniendo todo lo anterior presente, Mario Durán y Gabriela Prado desarrollan que, desde su origen, el concepto de orden público económico se relaciona con una necesaria organización de la economía y que dicha organización requiere contar con principios sustanciales que permitan al legislador realizar sus labores de manera armónica y coherente. Y que este concepto en Chile, tal como está señalado en la actual Constitución, no haría posible la construcción de disposiciones legales que lo tengan como objeto de protección penal.

En ese sentido, la Constitución actual, al tener un claro sello ideológico liberal e individual, propio de la economía capitalista, no concebiría la protección de bienes jurídicos colectivos. Asimismo, como señalan los autores, siguiendo a Maite Aguirrezábal, el intento que tuvo el legislador de proteger intereses colectivos en la ley 19496, no fue siquiera suficiente para sentar las bases para la concepción de uno.

En esta perspectiva, los autores concluyen sobre la protección penal del orden público en Chile, que, a pesar de existir una serie de argumentos en el Derecho comparado para concebirlo como un bien jurídico colectivo, en Chile es necesaria “una reformulación político-criminal -democrática y participativa- del mismo, si se desea brindar eficaz protección a los bienes colectivos de naturaleza económica” (Durán Migliardi & Prado Prado, 2017, pág. 289).

Por otra parte, dejando de lado el orden público económico como posible bien jurídico colectivo, Mario Durán hace referencia al medio ambiente -en otro artículo-, y su posible protección jurídica. Así, él presenta una serie de fundamentos y críticas importantes ha tener en cuenta a la hora de su conceptualización.

De esta forma, en un primer punto, el autor desarrolla la relación que tiene el medio ambiente con el desarrollo económico y el Estado de Derecho. En concreto, Durán concuerda con varios autores sobre la desacreditación empírica de la tradicional tesis que plantea la curva ambiental de Kuznets, que señala, a grandes rasgos, que la mejora al medio ambiente será una consecuencia inevitable del crecimiento económico.

Por consiguiente, para Durán, la curva de Kutznets es solo una explicación económica que da paso “a la justificación, a la resignación y, al parecer, a la aceptación de los costos

indirectos que implica la explotación del medio ambiente en pos de un supuesto crecimiento económico” (Durán Migliardi, 2018, pág. 33).

Por eso, Durán considera necesario incorporar otros factores, no exclusivamente económicos, que se relacionen con el desarrollo sustentable o sostenible, para no poner en riesgo las necesidades futuras, como socioculturales. Lo que implicaría formalmente, una mayor regulación en el área medioambiental, siendo totalmente coherente y necesario con el bien común que busca un Estado social y democrático de derecho. Y sobre esa premisa, sería coherente también, otorgarle protección bajo los denominados bienes jurídicos colectivos.

A raíz de lo anterior, Durán delimita conceptualmente el bien jurídico colectivo como una posible fuente de protección del medio ambiente, ya que claramente puede encasillarse como un interés difuso, al igual que la economía nacional, las condiciones de alimentación, entre otros.

Luego, detalla las principales críticas a los bienes jurídicos colectivos que apuntan a la supuesta lesividad que éstos tienen sobre los derechos y garantías de los ciudadanos. En concreto, Mario Durán hace referencia, primero, a las críticas que se le hacen al concepto de bien jurídico colectivo, desde una perspectiva intra-sistemática, aún dentro de un Estado social y democrático de derecho, y segundo, a la crítica que realiza la criminología crítica.

Así, desde una perspectiva meramente intra-sistemática, las críticas apuntan a objetar el alcance y la validez del bien jurídico colectivo ya que éste se aleja de su concepción tradicional. En este punto, estos bienes jurídicos no tradicionales llegan a ser considerados meras metáforas conceptuales y a su vez, artificios que buscan la intervención penal en circunstancias injustificadas.

Más en detalle, Durán señala que Hassemer plantea que el Derecho penal moderno se caracteriza no exclusivamente por aumentar las penas y tipificar nuevos delitos, sino que por introducir nuevos y difusos bienes jurídicos, que resultan sumamente vagos para poder llegar a concebirse como bienes jurídicos acertados. Así, muchos de estos nuevos delitos ven de forma inmediata a las instituciones o incluso al Estado mismo, y a las personas y sus conductas de

forma mediata. Concluyendo que el derecho penal moderno, más que proteger a las personas estaría tutelando funciones, desde una perspectiva sociológico-funcionalista.

Dado lo anterior, se reivindicaría el rol tradicional -liberal y garantista- del bien jurídico, ya que éste es el único que respondería “correctamente” al principio de última ratio y de igual forma, a una perspectiva personalista del bien jurídico. Esto último, ya que el bien jurídico colectivo solo serviría en función del desarrollo individual de la persona. Esta tesis personalista, también denominada monista, tiene como meta “funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo, por ello los intereses generales solo pueden ser reconocidos legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales o mediatamente sean intereses de la persona” (Durán Migliardi, 2018, pág. 48).

En ese sentido, las Constituciones que se caractericen por ser personalistas, que se centran en el individuo como el único destinatario, imposibilitan la construcción de bienes jurídicos que no se conciban de la manera tradicional.

Por otro lado, la segunda crítica a la que se refiere el Prof. Durán es la que realiza la criminología crítica, en cuanto a que la expansión de la tutela penal deviene en la difusión de los límites, que servirían para distinguir entre la función protectora o defensiva y el uso promocional de la pena, respecto al bien jurídico.

Lo anterior se debe a que, según lo que desarrolla el Prof. Durán sobre las ideas de Baratta, se distingue erróneamente entre las categorías intra-sistemáticas y extra-sistemáticas del bien jurídico, resultando en una circularidad que conlleva a dos inconvenientes. Por una parte, los valores extra-positivos son definidos al interior de la lógica del discurso punitivo, implicando dos características. La primera es la adopción de un concepto de sociedad como una comunidad uniforme en cuanto a sus valores e intereses y segundo, la concentración de la atención del discurso solo en los conflictos entre individuos o entre individuo y la sociedad, desechando los conflictos que se presentan entre los grupos o estructurales. Por otra parte, el contenido positivo del Derecho penal es idealizado y legitimado con principios extra-sistemáticos que también contempla las dos características anteriores. “Resultando así,

definiciones de interés y de bienes jurídicos dignos de tutela personal o demasiado genéricas o muy específicas” (Durán Migliardi, 2018, pág. 50).

Sumado a esto, la estructura de los nuevos bienes jurídicos hace difícil distinguir entre sus categorías, tanto protectora o defensiva como la promocional de la pena, derivando en una administrativización del Derecho penal, que conduce a que “las normas penales se transformaran en un instrumento de respuesta contingente y puntual a emergencias concretas” (Durán Migliardi, 2018, pág. 51).

A su vez, el aumento de la protección de intereses colectivos, relacionados con el fin promocional de la pena, podría ocasionar la instrumentalización del Derecho penal por parte del Gobierno.

De esta forma, para concluir esta categoría, se podría afirmar que, a pesar de que Mario Durán esta a favor de la protección a los bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente y el orden publico económico, para su implementación es de la idea de que se necesita, primero, una Constitución que no sea personalista, y segundo, sortear de forma correcta y transparente, cada una de las críticas que le son atingentes, para que su concreción no derive en una lesión a las garantías y derechos de los ciudadanos.

### **3.3.2 Responsabilidad penal adolescente**

Otro de los temas en los que el Prof. Durán ha profundizado, desde la política criminal, es la Ley 20.084, con su respectiva modificación a través de la Ley 20.191. El autor desarrolla este tema en el capítulo llamado: “Análisis político criminal de la Ley de responsabilidad penal adolescente y sus modificaciones”, del libro escrito por el Prof. José Ángel Fernández, individualizado en la tabla de publicaciones del Prof. Durán en el primer capítulo de este trabajo.

Respecto a este tema, Mario Durán propone, desde una perspectiva político-criminal, primero un examen que parte de la base de una sistematización de los principios que le son atingentes a estas leyes y después, un sistema de verificación basado en los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado. De ahí, plantea las contradicciones entre los principios



de la ley y los de su modificación, con su efectiva regulación normativa y los principios limitadores del *ius puniendi* Estatal.

De esta forma, respecto a la propuesta de sistematización de los principios atinentes a estas leyes, el Prof. Durán en esta instancia señala que, a lo menos, hay cuatro grandes categorías: los principios generales, los del sistema de justicia especializada, los del procedimiento penal para adolescentes y los de ejecución de sanciones.

En la primera categoría, concerniente a los Principios Generales, se encuentra el principio de instaurar un verdadero sistema de responsabilidad penal adolescente, cuyo fin de la pena es hacer efectiva la responsabilidad penal, a través de una intervención socioeducativa destinada a la integración social, siempre con miras al principio del interés superior del adolescente infractor. También se encuentra el principio que establece la obligación a reparar el daño e incluye, además, varios límites al ejercicio del contenido de la ley, en donde se encuentran el límite a la imposición de sanciones y el máximo de las penas privativas de libertad.

La segunda categoría integra a los Principios del Sistema de Justicia Especializada, que impone la obligación de capacitar a los funcionarios del sistema, especialmente a carabineros, sobre temas atinentes a la criminología, Convención de los Derechos del Niño, psicología, entre otros.

La tercera categoría agrupa a los Principios del Procedimiento Penal para Adolescentes, consagrándose así la proporcionalidad de las medidas cautelares y el principio de oportunidad y la detención en caso de flagrancia.

La última categoría esta formada por los Principios de la Ejecución de Sanciones, entre los que esta la obligación de reintegrar al adolescente al medio libre, la excepcionalidad de la aplicación de sanciones privativas de libertad, el total cumplimiento del principio de separación o también denominado principio de segregación y el principio de control de la ejecución.

Ahora bien, sobre el sistema de verificación que se propone en el texto, el Prof. Durán pretende establecer un diálogo entre los principios que actúan como límites al *ius puniendi* del Estado, a través de su sistematización. Todo, para que sea posible utilizarlo como un método

político criminal, para “constatar existencia *-ex ante* o *ex post-* de los necesarios y obligatorios elementos de legitimación democrática que exige la propia autocomprensión de la moderna ciencia jurídico penal, la racionalidad dialéctica discursiva y los Derechos fundamentales” (Durán Migliardi, Análisis político criminal de la Ley de responsabilidad penal adolescente y sus modificaciones, 2007, pág. 279).

Ello implica, a mi juicio, proponer un análisis mixto, acumulativo y no excluyente de los principios limitadores al *ius puniendi*, que acepte la evolución del Estado moderno europeo occidental como modelo, pero que no se limite a él. En esta propuesta se incluyen, por tanto, además de los límites formales y materiales al *ius puniendi*, los axiomas, sistemas y principios político-criminales generales, estructurando con ello un modelo teórico de verificación, ideal, de deber ser, aplicable al cotejo del contenido, la función y la estructura de cualquier norma jurídico penal. (Durán Migliardi, 2007, pág. 279)

Para lo anterior, por un tema pedagógico, el Prof. Durán realiza una sistematización, que en ningún caso indica preferencia o prelación, en donde agrupa los principios generales en categorías distintas según la utilidad final que tengan, formándose así tres grupos. En el primero están los principios de legalidad y *non bis in idem*, cuyos objetivos son el respeto a la formalidad jurídico-penal. En el segundo grupo está el principio de la intervención mínima, el de lesividad -o exclusiva protección a los bienes jurídicos-, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el de alternatividad, ya que sus fines u objetivos son la justificación del instrumento jurídico penal. Por último, en el tercer grupo está el principio de humanidad y el de resocialización, ya que sus fines son la protección a las garantías y derechos fundamentales. Así, sin ir mas lejos, los fines u objetivos de cada principio serán los objetos de análisis del sistema de verificación propuesto.

De esta manera, profundizando en el primer grupo, el principio de legalidad, por un lado, es el límite formal por excelencia del *ius puniendi*, al que se le reconoce dos dimensiones, una técnica relacionada con la seguridad jurídica que entrega a los ciudadanos y otra política, por su estrecha vinculación con el problema de la legitimación democrática. Además, respecto a su contenido, incluye los principios de reserva de ley, el cual permite expresar la voluntad popular, el principio de taxatividad y certeza de la ley penal, cuyo fin es excluir del sistema penal las cláusulas penales generales, los tipos abiertos y las leyes penales en blanco y, por último, el principio de irretroactividad de la ley penal. Así, en cuanto a su contenido, tiene un rol esencial para garantizar y proteger los derechos fundamentales junto a la democracia. Por otro lado, el

principio *non bis in idem*, que está estrechamente ligado al principio anterior por su contenido, cumple un rol en la problemática concursal, en la concurrencia de la pena o sanción administrativa y en las medidas de seguridad, además de la problemática de la reincidencia, temas propios de la duplicidad de sanciones.

El segundo grupo que postula Durán, cuyo fin es la justificación del instrumento jurídico penal, se compone de los principios de intervención mínima, culpabilidad, proporcionalidad, y el de alternatividad.

Respecto al principio de intervención mínima, que es un elemento estructural que conforma la esencia de los límites materiales del *ius puniendi* del Estado, Mario Durán apoya la doctrina que señala que este principio se compone, en cuanto a su contenido, del carácter fragmentario, subsidiario, de *ultima ratio* del sistema penal y del principio de lesividad -o exclusiva protección de bienes jurídicos-. Profundizando aún más en lo anterior, Durán señala respecto al principio de subsidiariedad, que su mayor aporte es “constatar que la huida al derecho penal, propia del Estado liberal clásico, debe dejar paso, en un Estado social de derecho, a las múltiples posibilidades de intervención estatal”, no exclusivamente a las sanciones penales. Por el contrario, éstas solo deben concretarse cuando “dichas posibilidades de intervención se muestren incapaces de cumplir con sus objetivos” (Durán Migliardi, 2007, pág. 286). Por otro lado, el carácter fragmentario que compone al principio de intervención mínima implica que no deben sancionarse todas las conductas que afecten bienes jurídicos, sino solo las más lesivas para ellos. Por ende, el Prof. Durán siguiendo a Francisco Muñoz Conde, señala que la fragmentariedad aparece en una triple forma, por una parte, defiende al bien jurídico de ataques más lesivos, por otra, tipifica “sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico” y por último, excluye de posibilidad de castigo las acciones exclusivamente morales (Durán Migliardi, 2007, pág. 286). Además, sobre el principio de lesividad, Durán indica que, en un Estado social, el Derecho penal solo se justifica como un sistema de protección de la sociedad, cautelando los intereses sociales más importantes, siendo la función del Derecho penal la protección de los bienes jurídicos. Éstos, el Prof. Durán los define siguiendo a Roxin, como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Durán Migliardi,

2007, pág. 288). De esta forma, el principio de intervención mínima, junto a los principios que lo componen, sobre todo el principio de lesividad tiene importancia no solo a nivel político criminal, sino también a un nivel práctico, ya que propone límites al *ius puniendi* y fundamenta y legitima el uso del Derecho penal en un Estado social.

Otro de los principios que se agrupan en la segunda categoría es el principio de culpabilidad, que para el Prof. Durán hoy en día esta en crisis, al imposibilitarse la demostración del libre albedrío. Por eso, él propone entenderlo como un conjunto de principios que entreguen criterios que “racionalicen y justifiquen que se pueda sancionar a un sujeto por un hecho” (Durán Migliardi, 2007, pág. 290). Estos serían el principio de personalidad de las penas, el de responsabilidad por el hecho -exigiendo un Derecho penal de hecho-, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal.

El principio de proporcionalidad, que también es otro de los principios que componen la segunda categoría del sistema de verificación que propone el Prof. Durán, plantea una dificultad relativa a la “concreción de la relación valorativa existente entre la conminación penal, la pena y el hecho cometido”, por lo que él propone entender este principio no solamente en un sentido estricto sino también amplio, incluyendo la relación que tiene con el principio de lesividad, de fragmentariedad y de culpabilidad (Durán Migliardi, 2007, págs. 291-292). Así, para el autor, lo importante de este principio, no es solamente que no se establezcan delitos por conductas que socialmente no son consideradas nocivas, sino también, que la escala de penas y su gravedad se ajuste al estándar de importancia que la sociedad le entrega a las conductas cometidas, sobre todo en un Estado Democrático.

El último principio que pertenece al segundo grupo es el principio de alternatividad. Este puede entenderse desde un sentido amplio, como de control social, entendiendo que el sistema penal necesita implementar medidas alternativas no penales como la reparación o mediación, y en un sentido estricto, posibilitando medidas alternativas, como sanciones a determinados hechos. Así habría un principio de necesidad de la pena que “implica que donde la pena resulte innecesaria, es injusta” (Durán Migliardi, 2007, pág. 293).

La tercera categoría del sistema de verificación propuesto, cuyo fin es la protección a las garantías y derechos fundamentales, incluye el principio de humanidad o de dignidad de la

persona y el principio de resocialización. El primero implica involucrar en el sistema penal la idea de humanitarismo con la idea de la necesidad social de castigo. Entendiendo el humanitarismo como el reconocimiento de la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal, de forma que las personas no pueden ser consideradas como medios, sino como fines, y que, por lo tanto, el Estado está al servicio de ellas. Además, el Prof. Durán indica que, desde un punto de vista político criminal, este principio se ha convertido en “un pensamiento rector de la ejecución penal” [...] que debe reflejarse también en el proceso penal, la abolición de determinados tipos de pena y en la ejecución de las penas privativas de libertad” (Durán Migliardi, 2007, pág. 297).

Por otra parte, el principio de resocialización implica, para el Prof. Durán, un diálogo permanente entre el condenado y el Estado, siendo este último el encargado de crear condiciones para que el infractor siga participando en el sistema social, creando “las bases para su autorrealización o autodesarrollo libre del individuo o al menos, como la remoción de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización” (Durán Migliardi, 2007, pág. 297). Además, debe entenderse como un principio programático cuya función es orientar la pena, y no como un derecho subjetivo.

Luego de presentar el sistema de verificación anterior, el Prof. Durán expone 6 conflictos que presenta la Ley 20.084.

El primer conflicto hace referencia a las modificaciones que introdujo la Ley 20.191 en la ley de responsabilidad adolescente, que significó la implementación de normas retributivas y simbólicas, que afectaron el principio de resocialización y el de interés superior del adolescente infractor.

La segunda contradicción que presenta Durán es el fraude de etiquetas que detecta respecto a la responsabilidad penal adolescente. Por una parte, el Código penal establece que los menores de 18 años están exentos de esta responsabilidad, pero, por otra parte, la ley contiene sanciones que pueden significar hasta 10 años de internamiento en régimen cerrado, cuando los menores tienen más de 16 años, por la comisión de hechos descritos en el Código. Para el autor, los menores de 14 a 18 años, cuya responsabilidad penal regula la ley, se ven afectados por este fraude de etiquetas, ya que se comprenden sanciones penales que se saltan cualquier otro tipo

de control informal. Así, claramente no se satisfacen los límites al *ius puniendi*, ya que el Derecho penal deja de ser subsidiario y de mínima intervención y pasa a ser de prima ratio.

La tercera gran contradicción se refiere a los criterios que contempla la Ley 20.084 y la Ley 20.191 para determinar las sanciones. En este aspecto hay varias problemáticas. La primera de estas recae sobre la determinación de la gravedad del hecho, ya que existen 6 factores a considerar, en el art. 24 de la Ley 20.084, sobre los que se pueden construir innumerables puntos de vista. La segunda problemática se refiere a la participación y grado de ejecución, ya que se establecen en conformidad a las normas del Código penal, que cuenta con un amplio significado de autoría, existiendo problemas en torno a la complicidad en materia penal adolescente. La tercera problemática atiende a las agravantes del Código penal y su posible utilización posterior para establecer la sanción particular, que claramente es contradictorio con el principio *non bis in ídem*. El cuarto dilema es sobre la utilización de la edad del adolescente como agravante especial, siendo contradictorio con el principio del interés superior del adolescente. Así, para el Prof. Durán “se cae en una contradicción al sostener que a los jóvenes de mayor edad les resulta menos perjudicial estas sanciones o se le entregan pautas erradas al juez para que sancione más severamente a los jóvenes mayores de 16 años”, sobre todo teniendo en consideración que la imposición etaria de 16 años es un estándar sin una justificación profunda (Durán Migliardi, 2007, pág. 299). Por último, sobre la extensión del mal causado, el autor apoya la noción de incluir el “lujo de males -la afectación de varios bienes jurídicos protegidos-, sea o no, tipo especial o concurso de delitos, como la entidad del daño patrimonial causado” (Durán Migliardi, 2007, pág. 300).

En este punto es donde el Prof. Durán señala los dos problemas político-criminales de la ley en comento. La primera hace referencia al principio *non bis in ídem* y la segunda a la aplicación de las normas de determinación de la pena. De esta forma, la primera problemática político-criminal se refiere a que, en la ley, se vulnerarían los principios limitadores, especialmente el principio *non bis in ídem*, ya que, a juicio del autor, hay una confusión entre la determinación de la extensión de la pena y las reglas de determinación éstas. Así, “el problema consistiría en que existen cuatro criterios de determinación de la pena del artículo 24 de la ley [...] que ya se encuentran considerados con anterioridad para efectos de fijar la extensión o

duración de la pena o sanción”. Y respecto a la segunda problemática sobre la determinación de la pena:

la duda es la siguiente: se aplicarán las normas de los artículos 444 y 450 del Código Penal en virtud del artículo 21 (modificado por la Ley 20.191) que obliga a aplicar las reglas del párrafo 4º del título III del Libro I del CP, con excepción del artículo 69. Esto es, los artículos 50 y ss. Es decir, ¿se adelantará el *iter criminis* en un robo en lugar habitado o en un robo con violencia cometido por un menor de edad? (Durán Migliardi, 2007, págs. 300-301)

La cuarta contradicción es en el sistema de sanciones de la Ley. El autor, critica la implementación del internamiento en régimen cerrado, no por su mera existencia sino porque puede influenciar a los jueces a utilizarlo de forma punitiva, en consideración a la opinión pública.

La quinta contradicción es respecto al procedimiento, ya que no es lo suficientemente flexible y puede acarrear dificultades para los Tribunales, que, al tratar también la responsabilidad adulta, pueden no lograr sustraerse de manera adecuada.

La sexta y última contradicción hace referencia al principio de culpabilidad, porque para el Prof. Durán, los criterios subjetivos de determinación de la extensión de la pena pueden convertirse en una puerta giratoria clasista.

De esta forma, el autor concluye el análisis político-criminal de la Ley de Responsabilidad Adolescente, y su ley modificatoria 20.191, indicando que existen graves contradicciones con los principios limitadores del *ius puniendi*, lo que es culpa de una legislación simbólica cercana a la óptica neo-retribucionista. Para el Prof. Durán, la protección a la infancia y adolescencia se logra con la prevención a los delitos en los que ellos participan, disminuyendo las posibilidades de explotación sexual y laboral, situaciones de abandono, entre otros. Para él es claro que “la mejor política criminal es una buena política social” (Durán Migliardi, 2007, pág. 303).

### 3.4 Derecho penitenciario

Este tema fue tratado por Mario Durán en su artículo “Definiciones previas para la construcción de un moderno derecho penitenciario en Chile”, publicado el año 2016, en la Revista Ciencias Penales, tal como se señala en la tabla de publicaciones del autor, en el primer capítulo de este trabajo.<sup>47</sup>

El propósito del artículo es esbozar una propuesta para construir un Derecho penitenciario moderno en Chile, desde una perspectiva funcional o teleológico-valorativa, característico de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, que fomente correctamente la ejecución de la pena a los fines preventivos y/o resocialización.

Para lograr lo anterior, Durán comienza criticando el actual contexto jurídico-político del sistema penal, señalando que los principios que actualmente limitan al *ius puniendi* del Estado son los mismos que utilizan los sistemas liberales. Para Durán, la inexistencia de consagración constitucional de principios como el de proporcionalidad, intervención mínima, resocialización, inocencia, non bis ídem y lesividad son un obstáculo para la construcción de cambios positivos relativos al Derecho penal. Y en esa misma línea, el Prof. Durán apunta a que la ausencia de consagración constitucional de los fines de la pena ha logrado mantener, en Chile, “un sistema de fundamentación de la pena muy cercano a la mera retribución y/o a la prevención general negativa” (Durán Migliardi, 2016, pág. 80)<sup>48</sup>.

De esta forma, el autor indica los dos presupuestos conceptuales y metodológicos en los que se enmarca su propuesta sobre un derecho penitenciario funcional. El primero se refiere a plantear la problemática del derecho penitenciario chileno, desde una perspectiva crítica, que se apropie del diagnóstico entregado tanto por la criminología crítica, como de la literatura Latinoamericana. El segundo, hace referencia a la necesidad de adoptar una postura, sobre la

---

<sup>47</sup> A su vez, en el año 2020, Mario Durán publicó el artículo: “Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena”, en la revista de Derecho de la U. De Concepción, el cual no se incluyó en el presente trabajo ya que en él se abarcan las publicaciones que realizó el autor hasta el año 2019.

<sup>48</sup> Más en detalle en: Durán Migliardi, M. (2009). Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Política criminal, 4(8), 266-291.



legitimación y justificación de la pena, avanzando hacia una “institucionalización de fines de prevención del delito y de resocialización del delincuente a través de los nuevos caminos abiertos por la doctrina y el Derecho comparado” (Durán Migliardi, 2016, pág. 83).

Por consiguiente, teniendo lo anterior presente, Mario Durán expone los principales ámbitos que deben desarrollarse para lograr el derecho penitenciario funcional. Estos serían el ámbito normativo, el político- criminal y el ámbito sobre el fin de la pena.

En el ámbito normativo, el autor señala que debe adoptarse una postura respecto a las normas del derecho internacional en el área. Lo que implica asumir, primero constitucionalmente y luego, legislativamente a través de un Código Penitenciario o de una Ley, las normas internacionales y los principios del Derecho penitenciario. Sobre estos últimos, Mario Durán señala que, a lo menos, debe incluirse el principio de legalidad, el de jurisdicción, el principio de resocialización y el respeto a la dignidad, humanidad y la protección a los Derechos Humanos.

Al igual que en el anterior, Durán expone que en el ámbito político-criminal también debe tomarse postura, pero respecto a la adopción o regulación de propuestas concretas destinadas a solucionar problemáticas sensibles y urgentes del Derecho penitenciario, como el hacinamiento, que para el autor es provocado en gran parte por la aplicación del sistema retributivo. Más en detalle, algunas propuestas concretas son, por ejemplo, mejorar el problema de inspección de las cárceles, generar programas exitosos que aseguren la rehabilitación de los internos e incorporar la figura de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien sería un miembro del Poder Judicial con facultades para hacer cumplir la pena impuesta, salvaguardar los derechos de los internos y corregir abusos.

El tercer ámbito que menciona el autor, en el que concurrirían los dos anteriores, es el fin de la pena. Ya que el derecho penitenciario funcional que propone el Prof. Durán, propio de un Estado moderno, social y democrático de derecho, se entiende que debiese estar normativamente y político-criminalmente orientado hacia el cumplimiento de la pena, que debe tener como fin la prevención general positiva y la resocialización de los infractores a la ley penal. Puesto que la pena “a la vez que un mal, debe ser un instrumento que, utilizado en forma

justa y necesaria, proteja los bienes jurídicos mas preciados por la sociedad” (Durán Migliardi, 2016, pág. 83).

Por todo lo expresado anteriormente, el Prof. Durán al concluir vuelve a señalar que, para él, es necesario cambiar el actual modelo de Derecho penitenciario en Chile, para dejar de lado los paradigmas tradicionales en los que se estableció y avanzar así en la construcción de un Derecho penitenciario propio de un Estado moderno, social y democrático de Derecho.

## **4 DESARROLLO DOGMÁTICO EN LA PARTE ESPECIAL DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL**

### **4.1 Delitos de tortura y de apremios ilegítimos**

Hasta el momento, Mario Durán ha realizado solo una publicación sobre la parte especial del Derecho penal, titulada: “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, que fue publicada el año 2019 en la Revista Política Criminal. En esta publicación defiende la inclusión del nuevo bien jurídico denominado integridad moral, además de delimitar e interpretar la figura típica del delito de torturas con la inclusión de la Ley N.º 20.968.

Así, respecto a la integridad moral como nuevo bien jurídico protegido, Durán señala que éste se incluyó a través de la reforma legal, ampliación el ámbito valorativo que se protege, incluyendo, ya no exclusivamente aspectos como la libertad y seguridad individual -protegidos antes de la reforma-, sino también la integridad física y psíquica, la indemnidad sexual y la no discriminación. Este nuevo bien jurídico protegería penalmente “el derecho a no padecer sufrimientos físicos y psíquicos que conlleven a humillación, envilecimiento, cosificación o la instrumentalización de la persona”. (Durán Migliardi, 2019, pág. 209)

A su vez, el autor rescata la doctrina que propone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual propone sistematizar, de mayor a menor gravedad, según el grado de afectación del bien jurídico protegido, los delitos ubicados en el párrafo 4º del Título III del Libro II del Código Penal. De esta forma, el delito de torturas sería la figura típica en la que se

afectaría de manera mas grave y lesiva la integridad moral, después los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y, por último, los meros ultrajes a la dignidad de la persona.

Respecto a los cambios que introdujo la reforma legal en el delito de torturas, el Prof. Durán realiza varias observaciones.

La primera de ellas es con relación al concepto de tortura que se incorporó en la legislación, siguiendo y desarrollando aún más la normativa internacional. Sobre este punto, el autor señala que la ley impone dos límites interpretativos, primero indicando los actos que la ley entiende como torturas y luego impone la exclusión de otros actos que no se deben concebir como tal. El primer límite interpretativo innova, respecto a la normativa internacional, ya que concibe como tortura no solo los actos que se infligen dolor y sufrimientos graves desde un punto de vista físico y mental, sino también desde el ámbito sexual-reproductivo e incluye “la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión” (Durán Migliardi, 2019, pág. 218). Por otro lado, la segunda regla de interpretación, que establece un límite negativo al concepto de tortura, significa un aporte para el autor desde el punto de vista de la especificación de las conductas excluidas, las cuales, para él, corresponderían a actuaciones formales, tales como la sanción y el acto legítimo de autoridad.

La segunda observación es respecto a la faz omisiva de la conducta típica, sobre la cual Durán Migliardi lamenta que, a pesar de extender su alcance respecto a la figura anterior, no significó la inclusión del rol de garante respecto al empleado público, sino que se configuró, nuevamente, como un delito de omisión propia.

La tercera observación, hace referencia a los cambios que introdujo la reforma legal respecto a los sujetos que intervienen. Por una parte, el sujeto activo se amplió, respecto a la figura anterior, ya que incorporó tanto al empleado público como al particular -en determinadas condiciones-. Eso sí, para el autor es criticable que, para el empleado público, además de exigirse que torture, esto deba ocurrir “abusando de su cargo o de sus funciones”, ya que endurece y rigidiza la aplicación del tipo, puesto que, si esto último no se acredita de manera procesal, solo queda la punibilidad a título del art. 150 A. Por otra parte, respecto al sujeto

pasivo, el autor propone una clasificación, existiendo así un sujeto pasivo indeterminado, el privado de libertad y el que está bajo el cuidado de la autoridad o del control del sujeto activo.

Otro de los aspectos a los que el Prof. Durán hace referencia es el dolo. Para él, el delito de tortura sería uno claramente doloso, en el cual, excepcionalmente se podrían concebir circunstancias de dolo eventual, tales como un excesivo en el uso de la fuerza o circunstancias que involucren malos tratos, que no puedan encajarse en meras negligencias o *mala praxis*.

Además del dolo, para el autor, se requeriría un fin subjetivo adicional, que sería específico y característico del delito de tortura, el cual puede agruparse en 4 categorías. La primera finalidad a la que hace referencia el Prof. Durán es la tradicional, que es la obtención de información, declaración o confesión, de parte de la víctima o de un tercero. La segunda categoría correspondería al fin coactivo o de sanción, sobre alguna actuación que se haya cometido o que se haya acusado de cometer. La tercera hace referencia a la intimidación o coacción del sujeto pasivo. La cuarta y última categoría se refiere al fin discriminatorio sobre las motivaciones descritas en la ley.

En cuanto a la antijuricidad, Durán señala que la Constitución y los Tratados Internacionales, “establecen un marco rígido e inexpugnable para la aplicación de alguna causal de justificación, especialmente respecto al empleado público” (Durán Migliardi, 2019, pág. 235). Sobre todo, tomando en consideración el límite deontológico -de la dignidad humana-, y el límite utilitarista, cuyo argumento principal apunta a que la aceptación de la tortura en determinados casos provocaría males más graves que los supuestamente evitables.

Por último, el autor pone en evidencia el aumento de las penas que significó la implementación de la reforma legal en cuestión y la ausencia de penas accesorias.

## **CAPÍTULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS POSTULADOS DEL DR. MARIO DURÁN MIGLIARDI SOBRE LA CONSTITUCIÓN PENAL**

### **1 PROPUESTAS SOBRE EL CONTENIDO DE UNA CONSTITUCIÓN PENAL**

En varios de sus artículos<sup>49</sup>, Mario Durán postula una serie de contenidos que deben consagrarse en una Constitución penal, entregando una propuesta de estructuración de éstos en torno a tres roles o aspectos de la Constitución penal, para él fundamentales.

Estos serían el rol de la Constitución penal como marco axiológico y valorativo del sistema penal, el rol como delimitador del *ius puniendi* y el rol como definidor de funciones o fines del sistema penal. Por esa razón, en este trabajo se utilizará esa misma estructuración para detallar las propuestas que el autor plantea.

Pero antes de comenzar, hay que dejar claro que las propuestas de Mario Durán, en cuanto al contenido de una Constitución penal se enmarcan, primero, en la orientación sustancial o teleológica del rol de la Constitución para con el sistema penal, como se detalló en el apartado específico de esta materia en el capítulo dos del presente trabajo, y segundo, en el “contexto de reforma constitucional que estamos viviendo en nuestro país” (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, pág. 244).

#### **1.1 La Constitución como fundamento del sistema penal**

Como se explicó en el párrafo anterior, las propuestas del Prof. Durán se enmarcan primero, en torno al concepto de una Constitución ideal, que no correspondería a la Constitución vigente del año 1980 y tampoco a su reforma. Esto ya que, para él, es necesario que se trate de

---

<sup>49</sup> En específico: (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011), (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015), (Durán Migliardi, La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, 2016) y propone la estructuración en torno a 3 aspectos o roles de la Constitución penal en: (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015)

una Constitución propia de un Estado social y democrático de derecho, en la cual los ciudadanos del Estado participen en su creación, en un contexto plenamente democrático (Durán Migliardi, 2015, pág. 248), que claramente no fue el contexto histórico en la que se ideó nuestra actual Constitución.

En segundo lugar, sus propuestas se enmarcan en la orientación sustancial o teleológica, propuesta por Bricola, como se señaló en el punto 3.2.1 del capítulo dos del presente trabajo.

Al respecto, Donini escribe acerca de la orientación constitucionalista, dentro de la que estaría la orientación sustancial, existiendo versiones fuertes y otras débiles. La primera, que propone Bricola y que sigue Mario Durán, se caracteriza por “entender que en el pacto constitucional está el *fundamento*, y no sólo el límite, de la intervención penal” (Donini, 2011, pág. 62). La segunda, que Donini denomina también versión tradicional, es mucho más descriptiva y abierta a la gestión política en el ámbito penal, “entiende que en los principios constitucionales sólo hay un límite a la libertad fundamental del Parlamento para la construcción de la responsabilidad penal” (Donini, 2011, pág. 63).

Ahondando más en Bricola, Donini señala que las cuestiones centrales en la propuesta del autor son:

“qué fines de la pena, qué bienes jurídicos proteger, contra qué formas de agresión y niveles de lesividad, cuáles son fuentes legítimas, con qué técnicas construir el delito y diferenciarlo del ilícito civil y del administrativo, qué espacio hay para las lógicas de autor o para los ilícitos con estructura convencional y de peligro no concreto, qué márgenes dejar a los decretos-ley, a las fuentes subordinadas a la ley” (Donini, 2011, pág. 48).

Respecto a estas propuestas, (Donini, 2011, pág. 58) profundiza señalando que la Corte Constitucional en Italia las ha recogido en sentencias históricas, afirmando la tendencia hacia una función reeducativa de la pena (en el artículo 27 inciso 3 de la Constitución italiana) con el límite de la dignidad humana en su aplicación, la personalidad de la responsabilidad penal, entre otros temas. Además de que se aseguró un anclaje constitucional de los principios de extrema ratio, legalidad, reserva de ley, taxatividad, tipicidad, prohibición de retroactividad, prohibición de analogía, responsabilidad por el hecho propio y el principio de culpabilidad, incluyendo el principio de razonabilidad e igualdad, entre otros.

De esta forma, es clara la influencia aún latente de Bricola en el sistema penal italiano y en la Constitución de dicho país, aportes que para Donini no se detienen ahí, ya que para él, Bricola tenía una “visión de conjunto del Derecho penal” que, a través de su perspectiva acerca del rostro constitucional del delito, concibió un programa penal fuertemente reductivo ya que el Derecho penal sólo podría proteger “bienes jurídicos de relevancia constitucional, al menos implícita, y sólo contra las agresiones de peligro concreto” (2011, pág. 48).

Respecto al último punto, es posible observar una de las diferencias que tiene Mario Durán respecto a la propuesta de Bricola, ya que, para el autor nacional, si es posible proteger y tutelar bienes jurídicos colectivos de peligro abstracto, como el orden público económico y la protección penal del medio ambiente, siempre que dichos bienes jurídicos se enmarquen en una Constitución social y democrática de Derecho<sup>50</sup>.

Luego de haber desarrollado el contexto en el cual se enmarcan los postulados del Prof. Durán, queda profundizar en sus propuestas acerca del contenido que una Constitución penal debiese tener. Para eso se utilizará la misma propuesta de estructuración del autor, en torno a los tres roles o aspectos que debiese tener esta Constitución, el aspecto axiológico, el delimitador del *ius puniendi* y el teleológico.

## **1.2 La Constitución como marco axiológico y valorativo del sistema penal**

Este es el primer aspecto o rol que tendría la Constitución penal para Mario Durán. En él es esencial la relación entre la orientación sustancial o teleológica respecto al sistema penal y una Constitución de un Estado social y democrático de Derecho.

Como se explicó antes, la orientación sustancial o teleológica establece una íntima relación entre la Constitución de un Estado con el sistema penal, implicando que éste último

---

<sup>50</sup> A tal conclusión llegó el autor en: (Durán Migliardi, Medio ambiente, desarrollo económico y Estado de Derecho. Fundamentos, relaciones y críticas para la protección penal del medio ambiente como un bien jurídico colectivo o supraindividual., 2018) y en: (Durán Migliardi & Prado Prado, Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del Orden Público Económico., 2017)

debe ponerse en consonancia con el modelo político del Estado. Esta adecuación solo sería posible en un verdadero contexto de legitimidad democrática, por lo que sería esencial que la Constitución proclamará un Estado social y democrático de Derecho, en la cual se fundamente correctamente el Derecho penal y “se justifique el establecimiento de un sistema de verificación del Derecho penal democrático” (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 150). Así se permitiría verificar una correcta aplicación de los principios y valores que se consagran en la Carta Magna y se podrían proponer reformas en el caso que no se verificaran.

También, en este aspecto es fundamental la noción de un Derecho penal constitucional, concepto que desarrolla el Prof. Durán en su artículo: “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, que contendría el sistema de valores fundamentales que servirían de marco para el sistema penal, ya que serían los principios rectores del mismo, entre los que estarían los derechos fundamentales y los derechos de los ciudadanos<sup>51</sup>.

Más en detalle, Mario Durán utiliza la Constitución española para señalar el contenido de ese Derecho penal constitucional, el cual estaría conformado, primero, por los valores superiores de:

“racionalidad, proporcionalidad, promoción de la libertad y de la igualdad, real y efectiva; la norma de interpretación que obliga a interpretar los Derechos Fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias” (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, pág. 248).<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Mario Durán señala que éstos últimos podrían fundamentarse en la obra de Jürgen Habermas: Teoría Discursiva de los Derechos Humanos. (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 151)

<sup>52</sup> También en: (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 151)



Además, en segundo lugar, se incluyen los mandatos, regulaciones y prohibiciones que se relacionen directamente con el Derecho penal, que estarían consagrados en los artículos 15, 17, 24 y 25 de la Constitución de España. Al respecto serían:

“la proscripción de la tortura, de las penas y tratos inhumanos y degradantes, y la abolición de la pena de muerte (art. 15); la consagración de las garantías de la libertad personal frente a la privación de la libertad, con cláusulas expresas sobre la detención preventiva y la prisión provisional (art. 17); la formulación de un catálogo de garantías que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, con expresa consagración de la presunción de inocencia (art. 24); la proclamación del principio de legalidad y de irretroactividad en materia sancionatoria, y la proscripción de la privación de libertad en el ámbito del poder sancionador de la Administración (art. 25)” (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 152).

En tercer lugar, se agregan los derechos fundamentales que delimitan el *ius puniendi* y que conforman un catálogo que constituye un núcleo específico de legitimación de los bienes jurídicos de protección penal. Entre estos valores, se encontrarían los derechos a la igualdad, a la vida e integridad física, honor e intimidad, libertad, tanto personal, ideológica, de prensa y libre expresión, de asociación y derechos de reunión, y libertad sindical y de huelga.

En cuarto lugar, estarían las disposiciones constitucionales que se refieran al derecho penal en particular, entre las que para Mario Durán están la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria, el principio de unidad jurisdiccional, publicidad del proceso penal, acción popular y policía judicial. Todos preceptos que se amparan en la Constitución española, de igual forma que los nombrados en los párrafos anteriores.

Por último, Durán, siguiendo a autores españoles, incluye dentro de los contenidos del Derecho penal constitucional una cláusula general de cierre de contenido, constituido por el principio de interpretación, establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial español, que se refiere a la obligación que tienen los jueces y Tribunales de interpretar conforme a lo que establezca el Tribunal Constitucional de dicho país, los principios y preceptos de la Constitución en todo proceso judicial (Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 153).

Respecto a esto último, en la doctrina nacional, J. A Fernández considera que la “más importante medida de racionalización fundamentada en consideraciones democráticas consiste en establecer la cláusula de cierre en el control de constitucionalidad de las leyes más allá de los propios tribunales constitucionales” (Fernández Cruz, 2010, pág. 94). Más en detalle, este autor propone que el Tribunal Constitucional utilice el principio de proporcionalidad, en un sentido amplio, como una regla de interpretación o ponderación, siempre y cuando el caso lo requiera, para superar los conflictos entre principios y derechos, y que “en casos excepcionales que el Parlamento, previo a una serie de requisitos procedimentales, se constituya en el último intérprete de la Constitución.”

De esta forma, J.A Fernández propone una cláusula de cierre no exclusivamente centrada en el Tribunal Constitucional, sino que, incluyendo al Parlamento en determinadas excepciones, lo que a mi parecer es adecuado dado que su propuesta surge tomando en cuenta la realidad nacional de este Tribunal, con sus virtudes y defectos, siempre otorgándole un rol primordial a la relación entre la democracia y el Derecho, también esencial en las propuestas de Mario Durán.

Ahora bien, para terminar el aspecto axiológico del Derecho penal constitucional que propone Mario Durán, el autor indica que, tales contenidos ya se encontrarían en los Estados sociales y democráticos de Derecho, pero en los casos de los Estados “en proceso de democratización o reforma, la opción de incorporar los principios y valores de los derechos fundamentales en la Constitución, a través -por ejemplo- de los principios limitadores del *ius puniendi*, constituye una opción sumamente válida” (Durán Migliardi, Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal, 2011, pág. 154).

De esta forma, a mi parecer, Durán da ha entender que en países que él considera en proceso de democratización, como podría ser Chile, la incorporación de los postulados anteriores como principios de limitadores del *ius puniendi*, es uno de los caminos a seguir mientras no se reforme la Constitución actual. Entregando propuestas más realizables en la práctica, sin tener que necesitar una Constitución totalmente nueva.

### 1.3 La Constitución como delimitación del *ius puniendi*

En este aspecto se encontrarían todos los preceptos constitucionales y principios que afectan y limitan al *ius puniendi*, desde el momento en que se crean las normas en el Congreso hasta su aplicación en los Tribunales.

Entre los principios y preceptos que destaca el Prof. Durán, se encuentran, por una parte, el principio de legalidad, conformado por los principios de reserva de ley, taxatividad, certeza de ley e irretroactividad de la ley penal, los cuales son relevantes para la Constitución penal ya que constituyen un “verdadero sistema de garantías tanto criminal, penal, judicial y penitenciaria” (Durán Migliardi, 2015, pág. 250). Por otra parte, también está el principio de culpabilidad ya que en su aspecto funcional estaría relacionado con los principios de necesidad, proporcionalidad de la pena y eficiencia, además de implicar la concreción de los principios de igualdad y dignidad de las personas, ya que sus principales consecuencias jurídicas serían el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho propio, el principio de dolo o imprudencia y el principio de culpabilidad *strictu sensu*.

Por último, Mario Durán destaca, en este rol de la Constitución penal, a los principios de humanidad y resocialización. Sobre el principio de humanidad señala que éste marca una paulatina reducción de la afcción de Derechos que significan las sanciones penales para los condenados, rechazando la aplicación de sanciones que afecten la dignidad humana, como las penas corporales. Además, se relaciona con el fin de la pena, el cual también forma parte de la Constitución penal al ser el tercer aspecto o rol de ésta, porque se vincula a concepciones modernas de las teorías de prevención general positivas y de prevención especial, incluyendo que, el aumento en la severidad de la pena “no se resulta imprescindible para el fin constitucional de la sanción” (Durán Migliardi, 2015, pág. 253).

Ahora bien, en la dogmática nacional la propuesta de consagración constitucional de varios principios nombrados tanto en el presente aspecto como en el anterior no es nueva. Ya en 1982, Enrique Cury (Derecho penal. Parte general. Tomo I, 1982, pág. 68) señalaba que era una cuestión importante de política criminal, la inclusión de principios como el *nulla poena sine iudicio*, el principio del debido proceso, la presunción de inocencia, igualdad de las personas

ante la ley penal, el carácter personalísimo de la ley penal, la legalidad de las medidas de seguridad y corrección y *non bis in idem*.

A su vez, Etcheberry indica que “se echa de menos en los fundamentos constitucionales el establecimiento expreso de la norma no hay pena sin culpa, [...] la proscripción de las penas corporales [y] la imposición del principio *non bis in idem*” (Derecho penal. Tomo Primero. Parte General., 1997, pág. 71).

Por otra parte, Juan Ignacio Piña, a pesar de no abogar directamente por la consagración constitucional de algún principio tratado en estos últimos dos aspectos de la Constitución penal, considera que la ausencia del principio de culpabilidad en la Carta Magna y la presencia de la prohibición de la pena de confiscación de bienes es “probablemente inexplicable” (Piña Rochefort, 2010, pág. 89).

Más allá de lo racional que sería consagrar los principios anteriormente expuestos por el Prof. Durán, Cury, Etcheberry, y a su manera Piña, en una nueva Constitución, cierto es lo que señalan M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus respecto al contenido de la actual. En el fondo, a la luz del art. 5 de la Constitución, tomando en cuenta que Chile firmó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los principios de legalidad, reserva y debido proceso se encontrarían plenamente resguardados (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, Manual de derecho penal chileno. Parte General, 2020, pág. 53).

#### **1.4 La Constitución como delimitación de las finalidades del sistema penal**

Por último, este tercer aspecto, también denominado rol axiológico o definidor de funciones o fines del sistema penal, desarrolla la necesidad de fundamentar democráticamente tanto los fines del Derecho penal, como la función de la aplicación de la pena. Esto implica que, desde que se crean las leyes penales hasta que se aplican las sanciones, deben tomarse en cuenta los principios político-criminales que limitan el *ius puniendi*. De esta forma, el aspecto delimitador del *ius puniendi*, que forma parte de la Constitución penal, está estrechamente relacionado con el aspecto teleológico (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015, pág. 674).

En este contexto, Durán propone la: “consagración expresa, a nivel constitucional, como fin de la pena, junto con la prevención del delito, el fin o ideal resocializador”<sup>53</sup> (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, pág. 255). Propuesta que el autor justifica y desarrolla en diversos artículos, tanto desde la perspectiva de la prevención general positiva o integradora, como desde la prevención especial o individual.

Siempre tomando en cuenta que, primero, la pena para Mario Durán se concibe “como un medio, como un mecanismo o instrumento, que solo se justifica en la medida que se emplee para la lucha contra el delito y su proliferación en la sociedad”, tal como se señaló en el punto 3.2.2 del capítulo dos de este trabajo (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015, pág. 294).

Segundo, que la prevención del delito es a su vez uno de los objetivos de primera magnitud en los Estados sociales y democráticos de Derecho, al igual que “resocializar al delincuente [y] reparar el daño” (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015, pág. 672). El cual implica la idea de controlar razonablemente el crimen, y no erradicarlo en su totalidad, porque el rol del Estado no se limita a obstaculizar la comisión delictual sino que “es *intervenir* en la etiología del problema criminal, neutralizando sus *causas* ya que deben atacarse éstas y no sus síntomas o manifestaciones”<sup>54</sup> (Durán Migliardi, 2015, pág. 301).

Y tercero que, el delito en un Estado social y democrático de Derecho debe verse como un

---

<sup>53</sup> A la misma conclusión llega el autor al señalar: “queda al menos someramente justificada su importancia para la justificación y función de la pena en el sistema jurídico-penal: prevenir el delito y resocializar al delincuente” en: (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015, pág. 674)

<sup>54</sup> También en: (Durán Migliardi, Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido, 2015, pág. 673) y en: (Durán Migliardi, Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena, 2008, pág. 71)

“doloroso ‘problema social’ -interpersonal y comunitario- de la comunidad, que nace en la comunidad y ha de resolverse por esta, debe entenderse distinguiendo entre la prevención primaria, la secundaria y terciaria<sup>55</sup>, en atención a la mayor o menor relevancia etiológica de los respectivos programas; a los destinatarios a los que se dirige; a los instrumentos y mecanismos que utilizan; y a los ámbitos de los mismos y fines perseguidos” (Durán Migliardi, 2015, pág. 299)

A continuación, se profundizará en la perspectiva que entrega Mario Durán, en el marco de su propuesta, sobre la relación entre el aspecto teleológico de la Constitución penal, tanto con la teoría de la prevención especial como con la prevención general positiva. Las cuales se diferencian, para Durán, en cuanto al sujeto que se dirigen y en cuanto al momento en que operan. Por una parte, la prevención general positiva está dirigida a la totalidad de los ciudadanos y opera al momento de la conminación penal, mientras que por otra parte la prevención especial esta dirigida al propio reo y opera en la imposición de la pena y en su ejecución.

En este punto es necesario mencionar que la discusión nacional acerca de las teorías de la pena, en general, no se contextualiza en la consagración constitucional de éstas. No obstante, la discusión no es inexistente, ya que M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus tienen una postura al respecto, la cual se confrontará con la del autor en los siguientes apartados, para finalmente en el punto 2 indicar una opinión al respecto.

#### **1.4.1 Prevención especial como fin de la pena**

Esta teoría de la pena, en la propuesta de Mario Durán se restringe a ciertos presupuestos, porque, “aun siendo el preferente no es el único fin de la pena” (Durán Migliardi, 2015, pág. 257)

---

<sup>55</sup> Categorización que propone el autor Antonio García Pablo en su libro Tratado sobre la Criminología, y que Mario Durán integra en sus postulados respecto al aspecto teleológico de la Constitución penal. Sobre su desarrollo en: (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015, págs. 299-300) y en: (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, págs. 258-259).

Más en detalle, esta finalidad de la pena incorpora el ideal resocializador, esencial en los Estados sociales y democráticos de derecho, ya que se relaciona estrechamente con el principio de humanidad, el cual, como se indicó, es un principio limitador del *ius puniendi* y rector del sistema penal, reflejándose en “el proceso penal, en la abolición de determinados tipos de pena, en la aplicación de salidas alternativas y en la ejecución sustitutiva de las penas privativas de libertad. (Durán Migliardi, Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial, 2015, pág. 292). Este principio limitador significa un reconocimiento de la autonomía ética de una persona junto a su indemnidad personal, que implica una verdadera obligación del Estado sobre sus ciudadanos, que debe verse reflejado en “el esfuerzo en suprimir o, cuanto menos, atenuar la nocividad de la prisión” (Durán Migliardi, 2015, pág. 298), ya que las inhumanas condiciones de las cárceles atentan contra los Derechos Humanos de las personas internas, lo que implicaría una afectación indirecta a la seguridad del Estado y su orden social, además de lo señalado en el punto 3.2.2 letra c del capítulo 2 de este trabajo.

De esta forma, el ideal resocializador sería parte esencial dentro del aspecto teleológico de la Constitución penal, como un principio programático que ha de orientar la política criminal, desde su creación, en manos del legislador, hasta la determinación judicial de las penas. Este ideal debe entenderse en términos garantísticos, permitiendo la creación de “bases para la autorrealización o autodesarrollo libre del individuo, o, al menos, como la remoción de las condiciones que impidan que el sujeto vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado de socialización”<sup>56</sup> (Durán Migliardi, 2015, pág. 257).

Ahora bien, en el ámbito nacional, mientras Mario Durán postula la consagración constitucional del principio de resocialización, M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus señalan que ya existiría en nuestro derecho una “constatación normativa de orden superior” de la prevención especial positiva como finalidad de toda pena privativa de libertad, ya que está consagrada en Tratados Internacionales, firmados y ratificados por Chile. Más en detalle,

---

<sup>56</sup> También en: (Durán Migliardi, Análisis político criminal de la Ley de responsabilidad penal adolescente y sus modificaciones, 2007, pág. 297) y en: (Durán Migliardi, Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena, 2008, pág. 70)

señalan que “no basta que las penas estén establecidas legalmente para ser constitucionalmente legítimas: los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos obligan a orientar su ejecución hacia la prevención especial positiva” (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2020, pág. 130). De esta forma, para ellos, esto implicaría la inconstitucionalidad de las penas perpetuas, que no contemplan la revisión judicial, y concuerdan con Durán, respecto a que el reconocimiento de esta finalidad de la pena exige el término del sistema de antecedentes penales.

#### **1.4.2 Prevención general positiva como fin de la pena**

Mario Durán concibe la aplicación de esta teoría exclusivamente dentro de la Constitución penal de un Estado social y democrático de Derecho, en el cual la pena sea entendida como un medio, que permita *controlar razonablemente el delito* y que se aleje de teorías absolutas y retributivas de la pena. Esta teoría “debe buscarse, desarrollarse y construirse desde la óptica de una política-criminal transparente y participativa, propendiendo a la conciliación de sus fines; la protección de bienes jurídicos y búsqueda de la integración a través de la pena” (Durán Migliardi, Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria, 2015, pág. 255).

Es más, Durán postula cómo concebir la teoría de la prevención general positiva en el marco de su consagración en la Constitución penal.

El primer punto sería concebir a esta teoría como una forma de limitar al *ius puniendi*, alejándose de teorías absolutas y de retribución, exclusivamente en el campo de aplicación de las teorías de la pena. Para lograr aquello, Durán señala que podría consagrarse expresamente en la Constitución: “que el fin de la pena es la prevención del delito y que ello se realiza mediante [...] la integración y la resocialización del delincuente” (Durán Migliardi, La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función, 2016, pág. 286).

A su vez, esta teoría de la pena debería ser entendida, al igual que la prevención especial, como una garantía, que permita orientar la política criminal a conciliar el fin de la protección de bienes jurídicos y la integración por medio de la pena.



Por otra parte, Mario Durán también desarrolla ideas sobre aquello que no debe constituir la prevención general positiva, en el marco de una Constitución penal de un Estado social y democrático de Derecho.

Al respecto, Durán señala que esta teoría debe rechazarse cuando se concibe para incidir en la esfera o actitud interna de los ciudadanos, yendo más allá del campo de aplicación propio del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Tampoco cuando se concibe exclusivamente como propuesta para fundamentar el Derecho penal, o como una herramienta para mantener la estabilidad del sistema. A su vez, no puede concebirse como un medio de “favorecimiento de un uso desmesurado del instrumento jurídico penal” y tampoco partir desde el presupuesto de la racionalidad absoluta, libre y homogénea del hombre para motivarse por la norma penal (Durán Migliardi, *La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función*, 2016, págs. 287-290).

Ahora bien, en la doctrina nacional, M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus señalan que los Tratados Internacionales al consagrar la prevención especial positiva como fin de la pena, “admiten también los eventuales efectos empíricamente contrastables de dicha privación de libertad: el aseguramiento del condenado (prevención especial negativa) y la disuasión de terceros (prevención general)” (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2020, pág. 132).

A mi parecer, la prevención general positiva, expresada en los términos y con las limitaciones que realiza el Prof. Durán, podría formar parte de aquellos efectos empíricamente contrastables de la privación de libertad, siempre que, como señala el autor, se consagre constitucionalmente con las limitaciones sobre aquello que no puede llegar a constituir, y remarcar la prioridad de la resocialización por sobre esta finalidad.

De esta forma, quedan delimitadas las propuestas de contenido que entrega Mario Durán Migliardi, en el marco de la creación de una Constitución penal, propia de un Estado social y democrático de Derecho. Las cuales, en miras al actual proceso constitucional de nuestro país, podrían perfectamente ser una de las ideas a compartir y discutir dentro de la futura asamblea constituyente chilena.

## 2 ANÁLISIS PERSONAL

Como se expuso a lo largo de este trabajo, las propuestas que presenta el Prof. Mario Durán se caracterizan por buscar que el Derecho penal sea una herramienta verdaderamente democrática, que esté en consonancia con los valores y principios que se consignan en los Estados social y democráticos de Derecho, que no se conciba como una herramienta que favorezca a los más privilegiados o que fortalezca la desigualdad de la actual sociedad chilena.

Como él mismo señala a lo largo de sus trabajos, las ideas que comparte son propias de un Estado social y democrático de Derecho, que ya es utilizado como forma de organización social en varios países a lo largo del mundo, como es el caso de España e Italia, de donde provienen varias de sus propuestas a implementar en Chile.

Dado lo anterior, es posible hacer observaciones relativas a la implementación de ideas concebidas originalmente en contextos ajenos a la realidad nacional, sobre todo con relación a la proposición del autor acerca de la consagración constitucional de la pena, desde las perspectivas de las teorías de la prevención general positiva y la prevención especial, en el marco de la orientación sustancial propuesta por Franco Bricola.

A mi juicio, la principal complicación que presentan las propuestas de Mario Durán, respecto a la Constitución penal, es responder cuáles son los problemas en la dogmática penal chilena que se pretenden solucionar. ¿Una posible falta de legitimidad del Derecho penal chileno? ¿Las problemáticas político-criminales que presenta Chile? ¿La arbitraria creación de normas penales por parte del legislador? ¿Se pretende hacer más calculable y segura la aplicación del Derecho nacional? A mi parecer, las propuestas de Durán están orientadas a intentar solucionar todo y nada a la vez.

Es cierto que la aplicación de sus propuestas significaría, en teoría, una democratización del Derecho penal, mayor transparencia y coherencia dentro de la creación de las normas y en su aplicación. También habría menos cabida a políticas criminales arbitrarias, momentáneas y de moda. Sin embargo, en la praxis no hay certeza de cómo podría resultar la implementación de tales postulados, no solamente en la dogmática nacional, sino también en el Congreso y en el Tribunal Constitucional, por ejemplo.

En este punto, es totalmente atingente las observaciones que realiza Tàlia González Collantes, de la experiencia española e italiana respecto a la consagración constitucional del principio de resocialización. En dichos países el legislador, a pesar de verse obligado a respetar el mandato Constitucional, pareciera olvidar lo consagrado en dichos ordenamientos, sin importar, por ejemplo, que el principio de humanidad éste consagrado a lo menos dos veces en la Constitución española.

“la mayoría de los autores, tanto en Italia como en España, así como últimamente los competentes máximos de interpretar las Constituciones de ambos países, apuntan que éstas contienen un mandato dirigido a todos cuantos intervienen desde el nacimiento de la pena hasta su extinción. El legislador penal, en consecuencia, también estaría obligado a respetar dicho mandato. Y resulta importante subrayarlo porque últimamente tanto el italiano como el español parecen ignorarlo o haberlo olvidado, pues en ambos países se están aprobando reformas que si no impiden al menos sí dificultan, y mucho, la consecución de la meta resocializadora” (González Collantes, 2017, pág. 30).

Es así como la autora apunta a que, a pesar de la consagración expresa de la resocialización en ambas Constituciones, tanto en el art. 25.2 de la Constitución española como en el art. 27.3 de la Constitución italiana, el legislador olvida tal mandato y crea normas penales cercanas a la retribución, con finalidades inocuidadoras. Para ella, mientras no se reforme el Código Penal, imponiendo las penas de privación de la libertad exclusivamente en los casos más graves, de poco sirve la consagración constitucional expresa de la resocialización. Solo de esta forma “se daría cumplimiento al principio de humanidad de las penas, que, como la finalidad resocializadora, también está en crisis, pese a estar recogido en el artículo 15 de la Constitución y deducirse, también, del artículo 25.2” (González Collantes, 2017, pág. 31).

A mi parecer, cabe tomar en cuenta la postura de Collantes, sobre todo al ilustrar las experiencias de España e Italia, de donde provienen la mayor parte de los autores en los que Durán fundamenta gran parte de sus postulados actuales, como en el marco axiológico y valorativo de la Constitución penal. Sobre todo por recordar que la consagración constitucional no implica *per se* la concreción fáctica de los principios consagrados.

Otro punto importante a considerar, respecto a la dificultad práctica de las propuestas presentadas por Mario Durán, se relaciona con las fuentes principales de las propuestas, que son

de origen italiano y español, construidas en torno a ideas pretendidamente universales, las cuales, como señala correctamente Jean Pierre Matus, presentan una relación inversa entre el problema y la solución, ya que: “*a mayor universalidad o abstracción de la teoría dogmática, menor predictibilidad o utilidad de la misma en sus propuestas normativas de solución de los casos concretos y viceversa.*” (Matus Acuña, Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos, 2008, pág. 14).

Asimismo, el contenido del Derecho penal constitucional, planteado por Mario Durán, se encuentra en el ámbito del iusnaturalismo, en el cual los principios de los Estados social y democráticos de Derecho serían aquellos valores universales en los que debiese fundarse el Derecho. Sus propuestas no tienen como punto de partida las actuales leyes chilenas y tampoco la actual Constitución, sino una *ideal*, producto de un proceso reforma constitucional, como en el que se encuentra Chile hace poco.

Lo anterior es problemático, ya que la aplicación práctica de la totalidad de las propuestas de Mario Durán depende del cumplimiento de varios pasos, tomando en consideración el actual proceso constituyente. El primero consiste en hacer efectivo el proceso de reforma constitucional, tal como actualmente se está presentando. El segundo paso consiste en que en la futura asamblea constitucional efectivamente se escoja el modelo de un Estado social y democrático de Derecho, que incluya los principios rectores que el autor señala. La tercera implica que los constituyentes escojan consagrar la propuesta de Mario Durán, ya que no basta la consagración exclusiva del modelo de Estado en referencia. La cuarta y última etapa es que la ciudadanía vote a favor de la Constitución que integre todo el contenido anteriormente nombrado.

De esta forma, la aplicación práctica de las propuestas del autor depende de varios factores, partiendo por un cambio constitucional y una relación de sujeción real y efectiva del legislador con la nueva carta magna, para que no ocurra lo que Tàlia Collantes indica que sucede en España e Italia.

Por todo lo anterior, a mi parecer, la postura de M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus acerca de la incorporación de la prevención especial positiva en nuestra legislación, a la luz de su consagración en el PIDCP y en el CADH, ambos Tratados Internacionales vigentes y

ratificados por Chile, es del todo apropiada, ya que hace referencia a la inclusión de esta finalidad de la pena en la normativa nacional. Así, independientemente del resultado del actual proceso constituyente, debe mantenerse y constituir una obligación del Estado.

De esta forma, aceptando que existe una “*consagración normativa de orden superior*” (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2020) de la prevención especial positiva como fin de la pena, es posible avanzar hacia la creación de normas o mecanismos directos, que aseguren el efectivo cumplimiento a todo lo que ella involucra.

## CONCLUSIONES

Respecto del primer capítulo de esta memoria, podemos concluir que efectivamente existe una escuela de derecho penal en las Universidades de Atacama, Arturo Prat, Católica del Norte y Antofagasta, distinguiendo que las primeras dos realizan un trabajo de investigación con más cooperación entre sus miembros que las dos últimas.

De esta forma, la Escuela de la Universidad de Atacama, conformada por Ramón Beltrán Calfurrapa, Rodrigo Cardozo Pozo y Mario Durán Migliardi, muestra claros ejemplos de trabajo en conjunto o formas de aproximarse a sus investigaciones. Por un lado, tanto para Rodrigo Cardozo Pozo como para Mario Durán, es esencial la idea detrás de un Estado social y democrático de Derecho. Por otro lado, el Profesor Ramón Beltrán Calfurrapa realizó su tesis universitaria con Mario Durán, además de aportar activamente en “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”, evidenciando el trabajo en conjunto.

La Universidad Arturo Prat también tendría una Escuela de derecho penal, pero a diferencia de las demás, esta sería multidisciplinaria, conformada por Roberto Dufraix y Daniel Quinteros, sociólogo, quien también es profesor de la Facultad de Derecho, especialista en criminología. Entre ambos han realizado, hasta la fecha, dos publicaciones en conjunto de un alto puntaje Fondecyt. De esta forma, es posible afirmar que ambos, al igual que trabajan bajo un mismo alero institucional, también lo hacen en manera conjunta, alrededor de un mismo tema.

Las Universidades de Antofagasta y Católica del Norte también conformarían una Escuela de derecho penal, en la medida que ambas presentan grupos de profesores trabajando bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados. La Escuela de derecho penal de la Universidad de Antofagasta esta conformada por los profesores Carlos Cabezas y Luis Rene Varela, mientras la que Escuela de la Universidad Católica del Norte tiene a los profesores Agustina Alvarado, Juan Pablo Castillo y Christian Scheechler.

En el segundo capítulo, se decidió profundizar en la Escuela de derecho penal de la Universidad de Atacama, teniendo en consideración su mayor producción investigativa. A su

vez, se escogió al Prof. Durán por sobre sus pares en atención al mayor puntaje Fondecyt que se le otorga al autor. Exactamente la suma de 6,65, frente a los 3,4 de Ramón Beltrán Calfurrapa y 0,8 de Rodrigo Cardozo Pozo. Esta cifra permite apreciar que, tanto la “calidad”<sup>57</sup> como la productividad dogmática favorecen a Mario Durán sobre sus pares.

Asimismo, en el capítulo dos, se desarrolló descriptivamente las propuestas y análisis que Mario Durán Migliardi realiza a lo largo de todos sus proyectos de investigación y publicaciones. De tal desarrollo se puede concluir que las propuestas del autor están fuertemente influenciadas por Franco Bricola y Jürgen Habermas, tal como él señala, autores cuyas ideas se ven reflejadas en gran parte de las críticas y propuestas que Mario Durán realiza a la dogmática penal chilena.

Respecto a sus trabajos de investigación y publicaciones, es posible observar la amplia gama de materias penales en las que el autor ha profundizado en su carrera profesional, sobre todo en el ámbito de la parte general del Derecho penal. Tales materias abarcan tanto la fundamentación del Derecho, en donde se encuentran sus propuestas acerca de la Constitución penal y la teoría de la pena, como de política criminal y Derecho penitenciario. Más en detalle, la mayor parte de sus publicaciones, hasta el momento de redacción de este trabajo, se centraron en el contenido de una Constitución penal, razón por la cual se profundizó este tema en el tercer capítulo del presente trabajo.

Así, del segundo capítulo es posible concluir que la obra de Mario Durán Migliardi se destaca por realizar propuestas para democratizar el Derecho penal, adecuarlo al propio de un Estado social y democrático de Derecho, en el cual es central el rol de la finalidad de la pena.

Se valora positivamente la claridad del autor y sus posturas acerca del rol central y soberano que deben tener los Derechos Humanos en el Derecho penal, posible de observar en todas sus publicaciones e investigaciones. Además de aportar al debate dógmatico desde un

---

<sup>57</sup> Para entender este adjetivo de manera objetiva, se utilizó la puntuación que entregaba el programa Conicyt, para puntuar las revistas y editoriales en donde se publican las investigaciones realizadas, tal como se explico en el primer capítulo de este trabajo.

punto de vista crítico, incorporando ciencias como la política criminal y la criminología en varias de sus posturas, contribuyendo así en la construcción de un Derecho penal multidisciplinario, más cercano a la realidad de los ciudadanos.

Ahora bien, en el tercer capítulo de este trabajo se desarrolló críticamente la obra del autor concerniente a la Constitución penal, materia en la que realizó su mayor cantidad de publicaciones hasta la fecha de este trabajo.

Para ello, se comenzó desarrollando la concepción del autor acerca de la Constitución como fundamento del sistema penal, en la que es clara la influencia que tuvo el autor italiano Franco Bricola, en quien se aprovechó de profundizar de la mano de Massimo Donini. Esto permitió concluir que Mario Durán primero, pertenece al grupo de autores que impulsan la orientación sustancial, desde la perspectiva a la que Donini denomina fuerte, y segundo, que se aleja del pensamiento de Bricola respecto a la protección de ciertos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Posteriormente, se profundizó en el tema utilizando la propuesta de división que Mario Durán realiza en sus publicaciones, esto es, el rol axiológico o valorativo, el rol delimitador del *ius puniendi* y el rol definidor de funciones o fines del Derecho penal. En los primeros se contrastó la opinión del autor con sus nacionales como Cury, Etcheberry, Piña, Fernández, Matus y Ramírez, concluyendo que ciertamente la mayor parte de la doctrina nacional aboga por la inclusión de principios propios del derecho penal en la Constitución, de los que ya están amparados el de legalidad, reserva y debido proceso.

Respecto al rol acerca a los fines o funciones del derecho penal no fue posible contrastar la opinión del autor con más autores nacionales aparte de M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez y Jean Pierre Matus, en razón que en la doctrina nacional la discusión acerca de las teorías de la pena no se relaciona estrechamente con la Constitución. De esto se concluyó que el principio de prevención especial sí está consagrado en la normativa nacional a la luz de diversos Tratados Internacionales, que a su vez permitirían una serie de finalidades empíricas, entre las que podrían estar la prevención especial positiva, en la forma en la que Durán la delimita.



Por último, se incluyó una observación crítica, acerca de la dificultad práctica de las propuestas y los efectos que produce la aplicación de ideas concebidas originalmente en contextos ajenos al nacional.

Para finalizar, es posible concluir que las propuestas de Mario Durán sobre una Constitución penal son del todo valiosas a la hora de enfrentar las futuras discusiones en el actual proceso constituyente. Sobre todo, por postular contenidos concretos para incluir en la posible nueva Constitución, desde un arista multidisciplinaria y cercana a los Derechos Humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cabezas Cabezas, C. (11 de agosto de 2020). Formulario de preguntas.
- Cardozo Pozo, R. (4 de mayo de 2020). Formulario de preguntas.
- Linkedin*. (s.f.). Recuperado el agosto de 2020, de Juan Pablo Castillo Morales:  
<https://cl.linkedin.com/in/juan-pablo-castillo-morales-205456167>
- Linkedin*. (s.f.). Recuperado el agosto de 2020, de Agustina Alvarado Urizar:  
<https://cl.linkedin.com/in/agustina-alvarado-urizar-62209823>
- Linkedin*. (s.f.). Recuperado el agosto de 2020, de Christian Scheechler Corona:  
<https://cl.linkedin.com/public-profile/in/christian-scheechler-corona-65754751>
- Cury, E. (1982). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Santiago Chile: Jurídica de Chile.
- Antiquera y Cortés Monroy de la Fuente abogados*. (s.f.). Recuperado el agosto de 2020, de  
<https://www.aycm.cl/nosotros-concursal.html>
- Beltrán Calfurrapa, R. (2019). Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5(1), 145-190.
- Donini, M. (2011). La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales. *Nuevo Foro Penal*, 7(77), 43-83.
- Dufraix Tapia, R. (21 de agosto de 2019). Entrevista por Google Duo.
- Durán Migliardi, M. (2006). El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal. En M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (págs. 725-756). B de F - Edisofer.
- Durán Migliardi, M. (2006). *Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

- Durán Migliardi, M. (2007). Análisis político criminal de la Ley de responsabilidad penal adolescente y sus modificaciones. En J. Á. Fernández Cruz, *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del Derecho penal. IV jornadas nacionales de derecho penal y ciencias penales*. (págs. 275-309). Valdivia, Chile: Legal Publishing.
- Durán Migliardi, M. (2007). Prevención general positiva o de la integración. Concepto y función. En G. (. Balmaceda Hoyos, *Problemas actuales del Derecho penal. Seminario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca* (págs. 269-287). Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago.
- Durán Migliardi, M. (2008). La prevención general positiva y el Derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso y expansión de la legislación penal. *Corpus Iuris Regionis. Revista jurídica regional y subregional andina*, 8, 52-72.
- Durán Migliardi, M. (2008). Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena. *Estudios criminológicos y penitenciarios*, 8(13), 57-80.
- Durán Migliardi, M. (2009). Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. *Política criminal*, 4(8), 266-291.
- Durán Migliardi, M. (2011). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política Criminal*, 6(11), 142-162.
- Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual. *Revista de Filosofía*, 67, 123-144.
- Durán Migliardi, M. (2013). El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de

la noción de Derecho penal constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20(2), 305-326.

Durán Migliardi, M. (2015). Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial. *Dikaion*, 24(2), 282-306.

Durán Migliardi, M. (2015). Propuesta de contenidos para una nueva Constitución penal. Prolegómenos para una discusión necesaria. *Revista de Ciencias Penales. Sexta época*, 42(3), 241-263.

Durán Migliardi, M. (2015). Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido. En E. (. Carrasco Jumenez, *Libro homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée* (págs. 663-674). Librotecnia.

Durán Migliardi, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbito de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(1), 275-295.

Durán Migliardi, M. (2016). Definiciones previas para la construcción de un moderno derecho penitenciario en Chile. *Revista de ciencias penales. Sexta Época.*, 43(3), 77-93.

Durán Migliardi, M. (2018). Medio ambiente, desarrollo económico y Estado de Derecho. Fundamentos, relaciones y críticas para la protección penal del medio ambiente como un bien jurídico colectivo o supraindividual. *Revista de Derecho Penal Económico*(2), 31-67.

Durán Migliardi, M. (2018). Sociedad y Derecho: La influencia de la escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas. *Universum*, 33(1), 84-116.

Durán Migliardi, M. (2019). Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. *Política Criminal*, 14(27), 202-241.

Durán Migliardi, M. (18 de mayo de 2020). Entrevista por Google Meet.

- Durán Migliardi, M., & Prado Prado, G. (2017). Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del Orden Público Económico. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 24(1), 263-295.
- Etcheberry, A. (1997). *Derecho penal. Tomo Primero. Parte General*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Fernández Cruz, J. Á. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de Derecho (U. Católica del Norte)*, 17(1), 51-99.
- González Collantes, T. (2017). La posición a asignar a la resocialización en el marco de la teoría de la pena a partir de la declaración contenida en las Constituciones de Italia y España. *Estudios penales y criminológicos*, 37, 1-37.
- Matus Acuña, J. P. (2008). Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos. *Política Criminal*(5), 1-35.
- Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2020). *Manual de derecho penal chileno. Parte General* (Vol. 2ª edición). Santiago, Chile: En impresión.
- Piña Rochefort, J. I. (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.
- Scheechler Corona , C. (11 de agosto de 2020). Formulario de preguntas .  
*Universidad Católica del Norte*. (s.f.). Recuperado el 15 de agosto de 2020, de <https://www.ucn.cl/sobre-ucn/somos-ucn/historia/>
- Universidad Arturo Pratt*. (s.f.). Recuperado el octubre de 2019, de [http://www.unap.cl/prontus\\_unap/site/artic/20100104/pags/20100104182332.html](http://www.unap.cl/prontus_unap/site/artic/20100104/pags/20100104182332.html)
- Universidad de Atacama*. (s.f.). Recuperado el septiembre de 2019, de [http://www.udac.cl/index.php?option=com\\_content&view=article&id=11&Itemid=107](http://www.udac.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=11&Itemid=107)

*Universidad de Atacama.* (s.f.). Recuperado el 5 de marzo de 2020, de [http://www.uda.cl/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3333:academico-del-departamento-de-ciencias-juridicas-obtuvo-grado-de-doctor-en-derecho&catid=15&Itemid=277](http://www.uda.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=3333:academico-del-departamento-de-ciencias-juridicas-obtuvo-grado-de-doctor-en-derecho&catid=15&Itemid=277)