



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 DESDE LA
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA HACIA EL SUR DE CHILE. ESPECIAL
REFERENCIA A LA OBRA DEL PROFESOR JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ**

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

CAMILA MENA MAASS

Profesor guía Jean Pierre Matus

SANTIAGO – CHILE

2020

DEDICATORIA

A mi familia, por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al profesor, Jean Pierre Matus, por los consejos, el apoyo y la paciencia. También a mis compañeros del grupo de memoristas por la comprensión y colaboración durante todo este proceso.

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.
CA	Corte de Apelaciones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
N.º	Número
R.	Revista (de)
SCA/ SSCS, etc.	Sentencia de Corte de Apelaciones / Sentencias Corte Suprema, etc.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Código Penal alemán
TC	Tribunal Constitucional
UACH	Universidad Austral de Chile
UCT	Universidad Católica de Temuco
UMAG	Universidad de Magallanes
v.	Ver, véase
Vol.	Volumen

INDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DEL TRABAJO DOGMÁTICO DE LAS ESCUELAS DE DERECHO PENAL DE LAS UNIVERSIDADES DEL SUR DE CHILE4	
1. Descripción general de las Escuelas de Derecho del sur de Chile: desde la Región de la araucanía hacia el sur	4
2. Escuela de Derecho Penal de la Universidad Católica de Temuco (UCT)	6
2.1 Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general	6
2.2 Departamento de Derecho Penal	6
2.3 Autores de la Escuela Universidad Católica de Temuco	7
2.3.1 Bárbara Sordi Stock	7
3. Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile (UACH).....	17
3.1 Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general	17
3.2 Departamento de Derecho Penal	18
3.3 Autores de la Escuela UACH.....	18
3.3.1 José Ángel Fernández Cruz.....	18
3.3.2 Juan Sebastián Vera Sánchez	27

3.3.3	Daniela Accatino Scagliotti.....	35
4.	Escuela de Derecho Penal de la Universidad de Magallanes (UMAG).....	39
4.1	Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general	39
4.2	Departamento de Derecho Penal.....	39
4.3	Autores Escuela Universidad de Magallanes	40
4.3.1	Jorge Antonio Toro Muñoz.....	40
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DOGMÁTICO DE LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE</p>		
1.	Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile.....	45
2.	Desarrollo dogmático del académico José Ángel Fernández Cruz.....	47
3.	Desarrollo dogmático en la parte general del estudio del derecho penal.....	50
3.1	Política Criminal	50
3.1.1	Racionalidad de las leyes penales y Estado Constitucional	50
3.1.2	Expansión del derecho penal.....	64
3.1.3	Los discursos de criminalidad.....	66
3.2	Fundamentos: Derecho Penal Constitucional	73
3.2.1	Jurisprudencia constitucional en el control de las leyes penales, desde la perspectiva de los principios y límites al <i>ius puniendi</i>	73

3.2.2	Dogmática de los principios y límites penales	82
3.3	Método: Interpretación de la ley penal conforme con la Constitución	88
3.4	Teoría del Delito: Delito imprudente o cuasidelito	92
	CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS POSTULADOS DE JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ EN RELACIÓN AL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE RACIONALIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES	100
1.	Propuesta de José Ángel Fernández en relación al principio de proporcionalidad como un medio de racionalización de las leyes penales	100
2.	Concepción del principio de proporcionalidad desde la filosofía del derecho	107
2.1	Concepto: el principio de proporcionalidad o ponderación como método de interpretación. Especial referencia a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy	107
2.2	Críticas generales al concepto de ponderación de Robert Alexy	111
3.	El principio de proporcionalidad en sentido amplio ¿constituye la línea argumentativa que contribuirá a la racionalización de las leyes penales?	113
3.1	El principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa capaz de construir la racionalidad constitucional.....	113
3.2	¿El principio de proporcionalidad constituye una herramienta realmente efectiva para mitigar la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional?	117

3.2.1 El control constitucional de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno	121
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	128

RESUMEN

El presente trabajo propone la realización de una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo, que permita 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 sur 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 sur 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 análisis cualitativo que logre ilustrar el aporte de la escuela de derecho penal de la Universidad Austral de Chile a la doctrina penal chilena, específicamente a través de la obra del profesor José Ángel Fernández.

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 sur de Chile durante las últimas dos décadas, con el objeto de encontrar la o las instituciones que conforman “escuelas de derecho penal”, en el sentido de:

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

Para tal efecto, se considerarán como “sur de Chile” a las regiones la Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes.

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 de la Frontera (UFRO), Universidad Católica de Temuco (UCT), Universidad de Los Lagos, Universidad Austral de Chile (UACH) y Universidad de Magallanes (UMAG).

Para lograr el objetivo propuesto se realizará una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que permita 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 antecedentes académicos de cada uno y sus correspondientes publicaciones.

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

Para tal estudio se realizarán entrevistas estándar a cada académico y revisiones cruzadas de las revistas de derecho existentes en Chile, teniendo cada miembro del grupo de investigadores asignada una revista o grupo de revistas a cuya revisión debe avocarse para luego compartir la información obtenida en una base de datos grupal. Asimismo, como complemento a los métodos de recopilación de información antes señalados, se utilizarán otros recursos de búsqueda, tales como Academia, Dialnet, Google Académico, Researchgate, Scielo, Scopus, Web of Science, entre otros.

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 cuáles facultades de derecho presentes en el estudio conforman una “escuela de derecho penal”. En este sentido, cabrá destacar la importancia académica de la escuela de derecho penal de la Universidad Austral de Chile, especialmente en cuanto a la obra de uno de sus emblemáticos investigadores, el profesor doctor José Ángel Fernández. 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 sur 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: ANTECEDENTES DEL TRABAJO DOGMÁTICO DE LAS ESCUELAS DE DERECHO PENAL DE LAS UNIVERSIDADES DEL SUR DE CHILE

1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS ESCUELAS DE DERECHO DEL SUR DE CHILE: DESDE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA HACIA EL SUR

El campo de estudio de esta memoria contempla las facultades de derecho de las universidades del sur de Chile – entendiendo por tal a las regiones de la Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes – que han contribuido de manera activa al desarrollo dogmático del derecho penal.

En la región de la Araucanía, es la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco la que ha desarrollado un mayor trabajo investigativo en el área del derecho penal. Ello, puesto que la segunda institución que imparte la carrera de derecho en la región, es decir, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de la Frontera, no presenta proyectos de investigación en el área penal, y tampoco cuenta con profesores de planta que se dediquen a su estudio, solo a honorarios para dictar los cursos que tienen relación con la materia.

La región de Los Ríos se destaca por la contribución académica de la Universidad Austral de Chile, donde el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales ha llevado a cabo importantes proyectos de investigación en el sector penal.

En cuanto a la Universidad de Los Lagos, la carrera de derecho recién comenzó a impartirse en marzo del año 2019 en el campus de la ciudad de Osorno y los cursos del área del derecho penal recién empiezan en el quinto semestre, por lo que aún no se cuenta con un departamento de derecho penal consolidado ni académicos que lleven un desarrollo investigativo importante en la materia.

Finalmente, en la zona más austral de Chile, la región de Magallanes y la Antártica Chilena cuenta con la Universidad de Magallanes, donde a lo largo de las últimas décadas el Departamento de Ciencias Jurídicas ha tenido una evolución progresiva en términos de calidad y cantidad de actividad académica en las distintas ramas del derecho, de modo que solo recientemente se ha empezado a dar un espacio especial al estudio del derecho penal.

A partir de todo lo anterior, a continuación, se pasará a exponer los antecedentes, en específico, de cada una de las escuelas de derecho que han contribuido al desarrollo dogmático del derecho penal durante el presente siglo a través de investigaciones y publicaciones de sus académicos. Para tales efectos, se considerarán adscritos a cada Escuela los académicos que se encuentran contratados por cada casa de estudios a la fecha del 1 de marzo del 2019, centrándonos exclusivamente en los que hayan tenido una participación activa en el estudio del derecho penal durante el siglo XXI.

2. ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO (UCT)

2.1 Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general

La Universidad Católica de Temuco es una institución de educación superior tradicional privada, fundada en 1959 por el entonces obispo de la diócesis, Monseñor Alejandro Menchaca, constituyéndose en la primera institución de educación superior creada en la región de la Araucanía. Sus inicios se produjeron con la asesoría y respaldo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, tiempo en el cual era una Sede Regional. Recién en 1991 se oficializa la creación de la Universidad Católica de Temuco como una entidad autónoma, perteneciente al Consejo de Rectores (Universidad Católica de Temuco, 2019).

Se trata de una institución cuya misión es consolidarse como una universidad de excelencia por su calidad académica, su contribución a la solución de los problemas regionales y al desarrollo sustentable de la Araucanía, desde una concepción cristiana del hombre y la sociedad (Universidad Católica de Temuco, 2019). En este sentido, el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas tiene por objetivo la formación de abogados y abogadas “con valores cristianos y compromiso ético, caracterizados por una vocación para la promoción de los derechos humanos, reconociendo y valorando la interculturalidad, el empleo de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos y la defensa de intereses de sus clientes” (Universidad Católica de Temuco , 2019).

2.2 Departamento de Derecho Penal

La Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas no tiene un departamento como tal orientado al área del derecho penal. Está dotada en su mayoría con

académicos *part-time* dedicados únicamente a la docencia, como María Carolina García Risco, Miguel Ángel Velásquez Droguet y Javier Velásquez Valenzuela. La única profesora de planta que investiga en materia penal es la actual Vicedecana de la institución, Bárbara Sordi Stock, quien se ha desarrollado en este ámbito por 16 años.

2.3 Autores de la Escuela Universidad Católica de Temuco

2.3.1 Bárbara Sordi Stock

a) Biografía Académica

La profesora Bárbara Sordi se licenció en Derecho en la *UniRitter – Faculdades Integradas do Instituto Ritter dos Reis*, en Brasil, el año 2000. Su profesor de Derecho Penal fue don Braulio Marques, con el que posteriormente trabajó en su estudio de abogados en el mismo país. Su tesis de pregrado fue realizada con la guía de la profesora María Lucía Morais en el área del derecho procesal civil, específicamente sobre las *súmulas vinculantes*.

Cursó un magíster en ciencias criminales en la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur, a través de la *Beca CAPES*. Posteriormente, el gobierno de España le otorgó las *Becas MAEC-AECID*, con las cuales pudo terminar el doctorado en derecho en la Universidad de Sevilla el año 2014. Éste fue con mención internacional a raíz de la investigación realizada en el Instituto de Criminología de la Universidad de Manchester. Para ganar la beca doctoral era necesario trabajar una temática innovadora en Latinoamérica y Europa, por lo que decide profundizar en un ámbito poco desarrollado de la violencia de género, esto es, la rehabilitación del agresor (Sordi Stock, 2019). De este modo, su tesis doctoral fue realizada con la guía del Profesor Borja Mapelli Caffarena y se tituló “Análisis político criminal de los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género”.

En cuanto a su trayectoria profesional, la profesora Sordi se ha vinculado, como docente e investigadora, a instituciones como el *Núcleo de Pesquisas em Direito Penal e*

Criminología de la Universidad Federal de Río Grande del Sur, el Instituto Andaluz Universitario de Criminología de la Universidad de Sevilla y la Universidad Complutense de Madrid.

Hoy en día se desempeña como académica asociada en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco, donde a la fecha también ocupa el cargo de vicedecana.

b) Escuela de pensamiento general

Sordi adscribe a la escuela de la criminología crítica y feminista, y los autores que han influenciado en gran medida su trabajo son Juanjo Medina Ariza, Eugenio Raúl Zaffaroni, Loic Wacquant, Elena Larrauri Pijoan y Myriam Herrera Moreno (Sordi Stock, 2019).

c) Líneas de Investigación

Las problemáticas más abordadas por la doctora Sordi refieren al género y al sistema de justicia penal y penitenciario. En este sentido, las principales líneas de investigación tienen relación con el derecho penal mínimo, la criminología crítica y feminista, y el régimen carcelario.

d) Proyectos de investigación

Tabla 1: Proyectos de investigación Bárbara Sordi

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
	2009-2011	Exclusión social y violencia de género en los centros penitenciarios de mujeres en Andalucía	Grupo de investigación <i>Criminología y Derecho Penal</i> del Instituto Andaluz Universitario de Criminología	Investigadora técnica

	2015	Programas de rehabilitación para agresores en España	Grupo de investigación <i>Criminología y Derecho Penal</i> del Instituto Andaluz Universitario de Criminología	Investigadora post doctoral
	2018	<i>Ius puniendi</i> e inmigración irregular desde una perspectiva de género	Universidad Complutense de Madrid	Investigadora visitante
	2017-2019	Por una Araucanía sin violencia contra la mujer	Proyecto interno UCTemuco	Investigadora responsable
	2019-2020	Red Incorpora Mujer	Proyecto Innova FOSIS	Líder del proyecto interdisciplinario

e) Publicaciones y libros

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Bárbara Sordi durante el siglo XXI y que refieren al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 2: Publicaciones Bárbara Sordi²

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje FONDECYT³
2006	El derecho fundamental a ser juzgado dentro de un tiempo razonable ⁴	Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul	Vol. 57, 143-152	Artículo de Revista		0.10
2007	Éxtasis en Porto Alegre: la relación entre el perfil del usuario y el modelo “médico-sanitario-legal” ⁵	Revista de Sociología Jurídica	Vol. 5, 1-15	Artículo de revista	Rafael Machado Mareira	0.10
2008	Éxtasis, modernidad y control social formal ⁶	Revista de la Facultad de Derecho <i>Ritter dos Reis</i>	Vol. 10, 147-156	Artículo de revista	Rafael Machado Mareira	0.10
2008	Violencia doméstica y extensión universitaria: notas sobre el trabajo interdisciplinario con el poder judicial ⁷	ComUni (Uniritter)	Vol. 3, 1-15	Artículo de revista	Leandro Figueira Martins y Raquel da Silva Silveira	0.10

² Solo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, reseñas, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad, y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

³ 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/>

⁴ Nombre original: *O Direito fundamental a ser julgado em um prazo razoável* (Portugués, Brasil).

⁵ Nombre original: *Ecstasy em Porto Alegre: a relação entre o perfil do usuário e o modelo médico-sanitário-jurídico* (Portugués, Brasil).

⁶ Nombre original: *Ecstasy, Modernidade e Controle Social Formal* (Portugués, Brasil)

⁷ Nombre original: *A violência doméstica e a extensão universitária: anotações de um trabalho interdisciplinar com o poder judiciário* (Portugués, Brasil)

2009	Transformando la realidad a través de los derechos humanos: informe de la experiencia de los proyectos desarrollados por el Núcleo de Derechos Humanos de UniRitter en la gestión ⁸	ComUni (Uniritter)	Vol. 4, 1-16	Artículo de revista	Daniela Moraes, Germana Vogt Pazenhagen y Gisela Fiuza Abras	0.10
2010	La realización de los derechos humanos de la mujer en el distrito de Porto Alegre: análisis de las medidas de protección de la expulsión urgente del hogar en el Tribunal de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer ⁹	Revista da Ajuris	Arquivo Ponto de Vista, 1679-1363	Artículo de revista	Germana Vogt Panzenhagen	0.10
2011	La violencia contra las mujeres y la Ley María da Penha: violaciones de los derechos humanos y el desafío interdisciplinario ¹⁰	Ghiringhelli de Azevedo, Rodrigo (org.). <i>Relações de Gênero e Sistema Penal. Violência e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher</i> . EdiPUCRS, Porto Alegre	69-92	Capítulo de libro	Raquel Silveira, y Germana Vogt Panzenhagen,	0.10
2012	El agresor de violencia de género:	Vázquez Bermúdez, Isabel	465-480	Capítulo de libro	Beatriz Cruz	0.10

⁸ Nombre original: *Transformando a Realidade por meio da efetivação dos Direitos Humanos: relato de experiência dos projetos desenvolvidos pelo Núcleo de Direitos Humanos do UniRitter na gestão* (Portugués, Brasil)

⁹ Nombre original: *A efetivação dos direitos humanos da mulher na comarca de Porto Alegre: análise das medidas protetivas de urgência de afastamento do lar no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher* (Portugués, Brasil)

¹⁰ Nombre original: *Violências contra a mulher e a Lei Maria da Penha: violação de direitos humanos e o desafio interdisciplinar* (Portugués, Brasil)

	una aproximación a los factores de justificación y negación de la responsabilidad	(coord.), <i>Investigación y Género. Inseparables en el presente y en el futuro</i> , Unidad para la igualdad (Universidad de Sevilla), Sevilla			Márquez y Blanca Martín Ríos	
2012	El derecho a la vida y sus límites: la regulación del aborto en España y Brasil	Revista General de Derecho Constitucional	Vol. 15, 1-31	Artículo de revista	David Almagro Castro	0.10
2012	Exclusión social y violencia de género en los centros penitenciarios de mujeres en Andalucía	AA.VV., <i>Mujeres en las cárceles de Andalucía</i> , Dykinson, Madrid.	21-209	Capítulo de libro		0.40
2012	Formas de percepción del derecho penal en la sociedad contemporánea ¹¹	Sistema Penal e Direitos Humanos: Possíveis Interloçoço, Coleção: Experiência Acadêmica (UniRitter)	N.º 20, 43-69	Capítulo de libro	Dani Rudnicki	0.10
2012	Reflexiones sobre el aborto desde la perspectiva de género ¹²	Debates Contemporâneos sobre o Direito de Família, Coleção: Experiência Acadêmica (UniRitter)	N.º19, 31-54	Capítulo de libro		0.10
2013	La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?: Una visión andaluza	Estudios Penales y Criminológicos	Vol. 33, 59-95	Artículo de revista	Borja Mapelli Caffarena y Myriam Herrera Moreno	0.10

¹¹ Nombre original: *Formas de percepção do Direito Penal na sociedade contemporânea* (Portugués, Brasil)

¹² Nombre original: *Reflexões sobre o aborto desde a perspectiva de género* (Portugués, Brasil)

2014	Análisis político criminal de los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género	Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal		Tesis Doctoral bajo supervisión de Borja Mapelli Caffarena,		0.10
2014	Menores y violencia de género: notas desde la criminología	Leal, J.S., Micheallo, C.A. y Stolz, S. (orgs.), <i>Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social: A juventude diante das estruturas materiais e simbólicas da modernidade</i> Editora da FURG, Río Grande	313-338	Capítulo de libro		0.10
2015	Programas de rehabilitación para agresores en España: un elemento indispensable de las políticas del combate a la violencia de género	Revista de Política Criminal, Universidad de Talca	Vol. 10, N.º19, 297-317	Artículo de revista		0.75
2015	¿Nuevos horizontes? En los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género	InDret: Revista para el Análisis del Derecho	Vol. 1, 1-31	Artículo de revista		0.10
2015	Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿De qué evidencia disponemos?	Revista Española de Investigación Criminológica	N.º13, 1-30	Artículo de revista		0.10
2015	Victimología y violencia de género: diálogos en favor de un abordaje no reduccionista de la violencia	Revista de Victimología	N.º1, 151-178	Artículo de revista		0.10
2016	Programas para agresores de violencia de género en prisión: ¿Avanzamos o caminamos en	Estudios Penales y Criminológicos	Vol. 36, 79-129	Artículo de revista		0.10

	círculos?					
2017	Desafíos de la categoría de género en el ámbito jurídico penal: Una aproximación a partir de los programas de rehabilitación para agresores	Revista de estudios de género, La Ventana	N.º 46, 7-49	Artículo de revista		0.30
2017	¿Privarlas de libertad es privarlas de salud? Interlocuciones entre género, salud pública y prisión a partir de la experiencia de un equipo de atención básica	Papers: Revista de Sociología (Universidad de Barcelona)	Vol. 102, N.º2, 337-371	Artículo de revista	Renata María Dotta Panichi y Aline Mattos Fuzinatto	0.75
2018	Violencia contra la mujer	Editorial Edisofer, Madrid	En colección: Actualidad Criminológica y Penal	Libro		0.75
2018	Violencia de género en Brasil y España	Athenaica (Ediciones Universitarias), Sevilla	En colección: Estudios y cuadernos jurídicos de América Latina	Libro		0.10
2019	Explotación sexual e inmigración: Haciendo visibles los <i>flyers</i> de prostitución femenina dispersos en Madrid.	Charney, J. (Edits.), <i>Derecho y Migración</i> , Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso	195-210	Capítulo de libro		0.30

f) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 3: Puntuación Bárbara Sordi

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT¹³		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020¹⁴	
Total	5.15	Total	3.55
Promedio	0.206	Promedio	0.295

¹³ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º2

¹⁴ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 a 2019, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

3. ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE (UACH)

3.1 Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general

La Universidad Austral de Chile es una institución de educación superior tradicional privada que tiene su asiento en la ciudad de Valdivia. Fue fundada en 1954 en respuesta a la “impostergable necesidad de contar con una institución de educación superior universitaria en el sur del país” (Universidad Austral de Chile , 2019).

Posteriormente, el año 1989 se crea la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales con la dictación del Decreto de Rectoría N.º 420, instalándose físicamente en el Campus de Isla Teja, y a partir del año 2017 también en el Campus de Puerto Montt. Uno de los mayores objetivos que se intenta cumplir con la formación de esta facultad es colaborar, desde el sur de Chile, con la difusión y desarrollo de conocimiento jurídico tanto para la misma región de Los Ríos, como para el país entero (Universidad Austral de Chile, 2020).

Es importante hacer presente que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales edita dos veces al año, desde 1999, la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Se trata de una revista científica de estudios generales de derecho, abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional en formato impreso y digital, y que tiene por objetivo “contribuir al desarrollo de las ciencias del derecho y la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica y plural sobre los distintos temas jurídicos relevantes” (Universidad Austral de Chile , 2020). El prestigio de la revista se puede apreciar a través de indicadores como el *SCImago Journal Rank*¹⁵, en el cual se ha posicionado entre los primeros 4 lugares a nivel latinoamericano desde el año 2006 a 2018 (SCImago, 2019).

¹⁵ El *SCImago Journal Rank* es un indicador que muestra la calidad y el impacto de las publicaciones y revistas indexadas en la base de datos de Scopus desde 1996. Se trata de una de las mediciones de mayor repercusión a nivel internacional y establece la calidad de las publicaciones científicas basándose en el recuento de citas obtenidas por cada publicación, y se calcula en base a las citas recibidas por las revistas en un periodo de 3 años.

3.2 Departamento de Derecho Penal

Esta institución, a diferencia de la mayor parte de las escuelas de derecho en Chile, divide a sus académicos en el Instituto de Derecho Privado y en el Instituto de Derecho Público. Este último es el que abarca el estudio del derecho penal a través de los profesores Juan Sebastián Vera y José Ángel Fernández, siendo el recién señalado un académico emblemático dentro de la institución.

Otra profesora que aporta al estudio del derecho en materia penal en esta escuela es Daniela Accatino quien, si bien dirige y forma parte del Instituto de Derecho Privado, ha dedicado parte de su trabajo a la investigación del ámbito procesal penal.

3.3 Autores de la Escuela UACH

3.3.1 José Ángel Fernández Cruz

a) Biografía Académica

El profesor José Ángel Fernández completó su pregrado en la Universidad Europea de Madrid y el título de licenciado en derecho le fue otorgado en 1994 por la Universidad Complutense de Madrid. No realizó tesis de grado, puesto que no estaba contemplado en la malla curricular de la época en España.

Es doctor en derecho de la Universidad Europea de Madrid desde el año 2003. Al comenzar el doctorado, éste estaba bajo la dirección del catedrático José Manuel Gómez, pero se finalizó con el mando del profesor Alfonso Serrano Maíllo. Su tesis doctoral fue dirigida por este último y se tituló “El fenómeno del blanqueo de capitales y el fraude fiscal. El delito de legalización de capitales procedentes del crimen organizado”.

Fernández comenzó la carrera académica al momento de licenciarse, y una de sus primeras contrataciones fue como profesor en práctica en la Universidad Europea. Por más

de 15 años se ha desempeñado como académico asociado¹⁶ en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, donde fue director del Instituto de Derecho Público durante ocho años, terminando su último periodo a principios del 2020.

b) Escuela de pensamiento general

En cuanto a la línea de pensamiento distinguible en las publicaciones de Fernández, si bien es posible relacionarlo con la “Escuela de Frankfurt”, el profesor ha dejado constancia de las escuelas a las que adscribe en la actualidad, dependiendo de la materia: en criminología se acerca a la escuela del realismo crítico, influenciándose por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni, Alfonso Serrano y Roger Matthews; en el área de la política criminal se relaciona con el bienestarismo penal, siguiendo la línea de José Luis Díez Ripollés; y respecto a la dogmática penal adhiere primordialmente al funcionalismo penal moderado o teleológico promovido por Claus Roxin, sin embargo, está abierto a otras escuelas como el finalismo (Fernández, Entrevista por investigación "doctrina penal chilena del siglo XXI", 2020).

c) Líneas de Investigación

Las líneas de investigación seguidas por el doctor Fernández se relacionan principalmente con la dogmática de los principios y límites penales, el derecho penal constitucional y la política criminal, especialmente en materia de racionalidad del derecho penal, discursos de política criminal y delitos económicos y contra la libertad e indemnidad sexual.

¹⁶ En el escalafón académico de la Universidad Austral de Chile corresponde a la categoría II

d) Proyectos de investigación

Tabla 4: Proyectos de investigación José Ángel Fernández

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
	2002-2003	El blanqueo de capitales y la economía sumergida. Situación actual en España. Casuística y técnicas de investigación	Instituto Duque de Ahumada, Universidad Carlos III de Madrid	Investigador Principal y coordinador
DID S-2005-59	2005-2007	El nuevo delito de lavado de capitales: una interpretación conforme a la realidad criminológica del crimen organizado y a los límites al Ius Puniendi	Universidad Austral de Chile	Investigador responsable
N.º 1085076	2008-2010	Racionalidad de las leyes penales y Estado Constitucional de Derecho	FONDECYT	Investigador responsable
N.º 1130076	2013-2015	Límites al Ius Puniendi y Derechos Fundamentales: Bases para una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales	FONDECYT	Co-investigador
DER 2015-67512	2016 a la fecha	La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del tribunal Constitucional.	Dirección General de Investigación Científica. Ministerio de Fomento y Competitividad, España.	Investigador Asociado

e) Publicaciones y libros

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado José Ángel Fernández, a lo largo de su trayectoria¹⁷, relativas al objeto de esta investigación y ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

¹⁷ El presente estudio conlleva una especial referencia al trabajo desarrollado por el profesor Fernández, por lo que se considera necesario, para efectos de entender mejor sus posturas dogmáticas, incluir al listado de publicaciones de este autor las efectuadas con anterioridad al año 2000.

Tabla 5: Publicaciones José Ángel Fernández¹⁸

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje FONDECYT¹⁹
1999	Naturaleza y contenido del mandato de <i>lex certa</i> en la doctrina del Tribunal Constitucional Español	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 18, 141-151	Artículo de revista		0.10
2001	Estudio de la última doctrina del Tribunal Supremo relativa a la imprudencia punible en la construcción	El Consultor Inmobiliario. La Ley	N.º 11	Artículo de revista		0.10
2002	El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones de personas	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 13, 101-121.	Artículo de revista		0.10
2002	La ‘Empresa Criminal’: los ‘delitos de comercio ilícito’ como factor en la aparición del fenómeno del ‘blanqueo de capitales’	Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios	N.º5, 85-102	Artículo de revista		0.10
2003	La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno	Actualidad Jurídica (Revista de Derecho de la Universidad del	N.º7, 359-385	Artículo de revista		0.10

¹⁸ Solo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, recensiones, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

¹⁹ 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/>

		Desarrollo)				
2004	Una interpretación racional del nuevo artículo 365 <i>bis</i> del Código Penal ²⁰	Serie Informes en Derecho (Defensoría Penal Pública)	N.º2, 55- 74	Informe en Derecho		0.10
2005	Estudio Político Criminal sobre el tipo imprudente de la Legalización de Capitales: consideraciones político-criminales	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 26, 155-179	Artículo de revista		0.10
2006	El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad	Revista de Política Criminal (Universidad de Talca)	N.º1, 1-30	Artículo de revista		0.10
2006	Consumo y tráfico de drogas: ética, realidad social y discurso	Bueno Arús, F., Kury, H., Rodríguez Ramos, L., Zaffaroni, E. R. (Dir.), <i>Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez</i> , Dykinson, Madrid	1179-1213	Capítulo de libro		0.40
2008	Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos	Fernández, J. A. y Quintana, J. (orgs.), <i>Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del</i>		Capítulo de libro		0.30

²⁰ Véase también, con ciertas modificaciones, en: Fernández, J. A. (2007). Los delitos de violación y estupro del artículo 365bis Código Penal: Una racionalización desde el mandato *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo. *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N.º 2, 105-135.

		<i>Derecho Penal</i> , Legal Publishing, Santiago				
2008	La teoría de la elección racional y la crítica a la expansión del Derecho Penal	Serrano Maíllo, A. (ed.), <i>Intersecciones teóricas en criminología</i> , Dykinson, Madrid	149-172	Capítulo de libro		0.40
2009	Fraude fiscal y lavado de capitales	Revista de Política Criminal (Universidad de Talca)	Vol. 5, N.º7, 1-19	Artículo de revista		0.75
2009	La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 22, N.º2, 161-183	Artículo de revista		0.75
2009	Legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación ²¹	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 33, N.º2, 231-259	Artículo de revista		0.30
2010	El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Año 17, N.º1, 51-99	Artículo de revista		0.30
2010	Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. A propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter.	Revista de Política Criminal (Universidad de Talca)	Vol. 5, N.º10, 410-454	Artículo de revista	José Muñoz	0.75

²¹ Véase también en: Fernández, J. A. (2011). La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ra época, N.º 5, 199-228

2011	La constitucionalidad del artículo 450 inciso 1° del Código Penal. Un examen desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad.	Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso)	Vol. 59, 61-94	Artículo de revista		0.10
2011	Informe en Derecho: La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal.	Revista de Estudios de Justicia	N.º14, 73-109	Informe en Derecho	Antonio Bascuñán, Jaime Couso, Juan Pablo Cox, Felipe de la Fuente, José Luis Guzmán, Héctor Hernández, María Inés Horvitz, Juan Pablo Mañalich, Gonzalo Medina, Guillermo Oliver, Luis Rodríguez, Luis Emilio Rojas, Miguel Soto Piñeiro	0.10
2013	El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Año 20, N.º2, 327-350	Artículo de revista		0.30
2013	Análisis crítico del discurso y criminología. Una aproximación interdisciplinar.	Revista de Política Criminal (Universidad de Talca)	Vol. 8, N.º16, 472-499	Artículo de revista		0.75
2013	El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional chileno en el control de las leyes penales.	Alex Van Weezel (ed.), <i>Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria del Profesor Cury</i> , Legal Publishing, Santiago	219-244	Capítulo de libro		0.30

2013	Igualdad y derecho penal.	Muñoz, Fernando (edit.), <i>Igualdad, Inclusión y Derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria</i> , LOM Ediciones, Santiago	214-260	Capítulo de libro		0.30
2014	Tribunal Constitucional y Derecho Penal: un estudio crítico	Revista de Estudios Constitucionales (Universidad de Talca)	Vol. 12, N.º2, 187-238	Artículo de revista		0.75
2015	El fenómeno del acoso sexual: unas notas para su criminalización.	Carrasco Jiménez, E. (coord.), <i>Libro Homenaje al Profesor Hernán Hormazabal Malarée</i> , Librotecnia, Santiago	497-505	Capítulo de libro		0.10
2015	Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales	Revista Nuevo Foro Penal (Universidad EAFIT)	Vol. 11, N.º85, 52-78	Artículo de revista		0.10
2016	La Constitucionalidad del delito de Sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley Antidiscriminación y el caso Atala.	Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional	N.º20, 85-116	Artículo de revista		0.10
2016	La Interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual	Revista Ius et Praxis	Año 22, N.º2, 153-188	Artículo de revista		0.75
2017	La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza	Revista chilena de derecho (Universidad Católica de Chile)	Vol. 44, N.º3, 653-675	Artículo de revista		0.75
2018	Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal	Revista de Política Criminal (Universidad de	Vol. 13, N.º25, 350-386.	Artículo de revista	Boutaud, E.J.	0.75

	Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales.	Talca)				
2019	Bases para una reconstrucción estructural de los principios penales en el ámbito del control de constitucionalidad.	Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México)	N.º13, enero-diciembre, 161-191	Artículo de revista		0.30

f) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 6: Puntuación José Ángel Fernández

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT ²²		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020 ²³	
Total	10,2	Total	3,6
Promedio	0,34	Promedio	0,45

²² Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º 5, sin contar, en este caso, las publicaciones previas al año 2000.

²³ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 a 2019, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

3.3.2 Juan Sebastián Vera Sánchez

a) Biografía Académica

El profesor Juan Sebastián Vera cursó el pregrado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, obteniendo la licenciatura en ciencias jurídicas el año 2008. Su memoria de grado se tituló “El *iter criminis* en el delito de hurto” y fue realizada con la guía del profesor Guillermo Oliver. Esta se publicó el 2011 por la editorial Librotecnia como una monografía con el título “La consumación en el delito de hurto”.

Los académicos que lo formaron en el área del derecho penal durante el pregrado son Luis Rodríguez Collao, Magdalena Ossandón y Guillermo Oliver, quienes lo han influenciado desde un punto de vista científico durante toda su carrera, y con quienes actualmente mantiene una estrecha relación de colaboración académica (Vera, 2019).

Realizó un magíster en derecho penal en la Universidad de Barcelona en conjunto con la Universidad Pompeu Fabra, finalizándolo en 2010. Sus directores eran los profesores Santiago Mir Puig y Jesús María Silva Sánchez, y sus coordinadoras las profesoras Mirentxu Corcoy y María Teresa Castiñeira. En paralelo, también cursó un magíster en criminología y sociedad jurídico-penal en la misma institución, al que le dio término en 2011.

Posteriormente, el año 2013 concluyó su doctorado en derecho y ciencias políticas en la Universidad de Barcelona, bajo la misma directiva y con el financiamiento de la *Beca Chile Doctorado Extranjero*.

Su tesis de magíster fue dirigida por el profesor Jordi Nieva, mientras que la del doctorado fue efectuada bajo la codirección de este con la profesora Mirentxu Corcoy. Ambas versaron sobre la prueba de la legítima defensa en el proceso penal, puesto que tenía la motivación de profundizar en una temática que permite ver una institución penal tradicional, como lo es la legítima defensa, desde una perspectiva poco desarrollada por la

doctrina, esto es, su prueba (Vera, 2019).

Respecto a su experiencia profesional en el área académica, el profesor Vera se desempeñó como investigador *post*-doctoral y como profesor en la Universidad de Barcelona. A partir del año 2016, hasta la fecha, es profesor auxiliar²⁴ del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

b) Escuela de pensamiento general

El profesor Vera adscribe a la escuela del profesor Mir Puig en lo que refiere a la corriente del derecho penal de corte germánico, pero agregándole el enfoque que sigue la profesora Corcoy relativo a una apertura hacia las ciencias extrajurídicas. Por otro lado, en el ámbito procesal, sigue la línea de análisis del profesor Jordi Nieva, aunque con una tendencia hacia una filosofía del derecho de corte analítico en materia probatoria, influenciado en este sentido por autores como Michele Taruffo y Jordi Ferrer (Vera, 2019).

c) Líneas de Investigación

Sus intereses en investigación incluyen la defensa personal en el Derecho Penal, la evaluación de pruebas en el Derecho Procesal Penal, las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, los fundamentos filosóficos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, los delitos de terrorismo y la justicia transicional.

d) Proyectos de investigación

Tabla 7: Proyectos de investigación Juan Sebastián Vera

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
N.º 1060816	2006-2009	Protección penal del patrimonio público:	Proyecto FONDECYT	Ayudante de

²⁴ En el escalafón académico de la Universidad Austral de Chile corresponde a la categoría III.

		estudio dogmático y crítico.	REGULAR	Investigación; <i>Investigador responsable: Luis Rodríguez Collao (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>
N.º1070421	2007-2010	Formulación de una teoría general de los delitos contra el patrimonio con base en el derecho chileno: estudio dogmático y crítico	Proyecto FONDECYT REGULAR	Colaborador; <i>Investigador responsable: Guillermo Oliver (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>
Orden JUS/297/2014	2015-2016	La prisión por impago de multa en Cataluña: Diagnóstico del problema y propuestas de solución ²⁵	Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalidad de Cataluña ²⁶	Miembro del equipo de investigación
DER2014-59247-R	2014 a la fecha	Teoría del delito y proceso penal: ¿Dos instrumentos conciliables?	Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MINECO) del Gobierno de España	Miembro del equipo de investigación. <i>Investigadores principales: Miretxu Corcoy y Víctor Gómez</i>
DID S-2017-57	2017	La declaración de la víctima menor de edad de los delitos sexuales en el proceso penal	Universidad Austral de Chile	Investigador responsable
N.º 11180563	2018 - 2021	Las condenas fundadas en el testimonio de la víctima en materia penal: ¿Epistémicamente posibles? ¿Jurídicamente aceptables?	Proyecto FONDECYT DE INICIACIÓN	Investigador responsable

²⁵ Nombre original: *La presó per impagament de multa a Catalunya: Diagnòstic del problema i propostes de solució* (Catalán)

²⁶ Nombre original: *Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya* (Catalán)

e) Publicaciones y libros

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Juan Sebastián Vera durante el siglo XXI que refieren al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 8: Publicaciones Juan Sebastián Vera²⁷

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje FONDECYT ²⁸
2008	Frustración en los delitos de mera actividad.	Revista de Estudios Ius Novum	N.º1, 241-256	Artículo de revista		0.10
2011	La consumación en el delito de hurto. Aspectos sustanciales, jurisprudenciales y procesales	Editorial Librotecnia, Santiago	Colección: Nuevos Autores, Centro de Estudios Ius Novum	Libro monográfico		0.10
2014	¿Son importantes las hipótesis alternativas para valorar la prueba de los hechos imputados en el juicio penal?	Revista General de Derecho Procesal	Vol. 34, 1-32	Artículo de revista		0.10

²⁷ Solo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, recensiones, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

²⁸ 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/>

2014	¿Hay discrecionalidad en la valoración de la prueba penal?	Revista de investigaciones jurídico-penales, Centro de Estudios Penales y Penitenciarios (Universidad Mayor), Ediciones Jurídicas de Santiago	<i>Perspectiva Penal Actual</i> , N.º3, 185-217	Artículo de revista		0.10
2014	El discurso probatorio de la dogmática penal: El caso de la consumación del delito de hurto y la teoría de la ruptura y constitución de la esfera de resguardo	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal (Universidad de Los Andes), Legal Publishing	N.º18, 31-56	Artículo de revista		0.10
2014	La discrecionalidad judicial en dos enfoques reglados de la valoración de la prueba penal	Revista Jurídica (Universidad Autónoma de Madrid)	Vol. 2, N.º30, 247-269	Artículo de revista		0.10
2015	Algunas variables político-criminales del proceso penal	Estudios Penales y Criminológicos (Universidad de Santiago de Compostela)	Vol. 35, 1-57	Artículo de revista		0.10
2015	Artículos 368 a 378	Corcoy, M., Mir Puig, S. (Dir.), Vera, J. S. (Coord.), <i>Comentarios al Código Penal</i> Editorial Tirant lo Blanch (2da Edición), Valencia	1248-1284;	Capítulo de libro	José Ignacio Gallego Soler	0.40
2015	Artículos 515-521; 550-556; 563-570 <i>quater</i>	Corcoy, M., Mir Puig, S. (Dir.), Vera, J. S.	1607-1617; 1657-1669; 1689-1712	Capítulo de libro		0.40

		(Coord.), <i>Comentarios al Código Penal</i> , Editorial Tirant lo Blanch (2da Edición), Valencia				
2015	- Atentados y desobediencia (arts. 550-556) - Tenencia ilícita de armas y explosivos (arts. 563-570)	Corcor, M. (Dir.), Vera, J. S. (Coord.), <i>Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados</i> , Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia	725-737; 757-767	Capítulo de libro		0.40
2015	- Organización y grupo criminal. Asociación ilícita (arts. 515-521; 570 bis, ter y quater)	Corcor, M. (Dir.), Vera, J. S. (Coord.), <i>Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados</i> , Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia	784-794	Capítulo de libro		0.40
2015	La verdad en el proceso penal terrorista: Por las víctimas y la sociedad (IV Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”)	Revista EGUZKILORE. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología	N.º29, 213-240	Artículo de revista		0.10
2016	Cuatro mitos sobre la justicia retributiva como mecanismo de justicia transnacional.	American University International Law Review	Vol. 32, N.º2, 469-498	Artículo de revista		0.10
2016	La persona jurídica ante el proceso penal	Corcoy, M., Gómez, V. (Dir.), Díaz Morgado, C. (Coord.) <i>Manual de Derecho Penal</i> ,	189-227	Capítulo de libro		0.40

		<i>Económico y de Empresa; Parte General y Parte Especial,</i> Editorial Tirant lo Blanch, Valencia				
2017	Justicia restaurativa y proceso penal continental	Anuario de Filosofía Jurídica y Social	N.º33, 7-34	Artículo de revista		0.10
2017	Naturaleza jurídica de la Fase Intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados.	Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso	Vol. 49, 141-184	Artículo de revista		0.30
2017	Sobre la relación del Derecho Penal con el Derecho Procesal Penal	Revista Chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile)	Vol. 44, N.º3, 831-855	Artículo de revista		0.75
2018	¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?	Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)	Vol. 11, 105-134	Artículo de revista		0.75
2019	Legítima Defensa y elección del medio menos lesivo.	Revista Ius et praxis	Vol. 25, N.º2, 261-298	Artículo de revista		0.75

f) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 9: Puntuación Juan Sebastián Vera

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT²⁹		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020³⁰	
Total	5.55	Total	5.35
Promedio	0.292	Promedio	0.314

²⁹ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º8

³⁰ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

3.3.3 Daniela Accatino Scagliotti

a) Biografía Académica

La Profesora Accatino obtuvo el grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales en 1996 por la Universidad de Chile. Posteriormente, realizó sus estudios de magíster en filosofía con mención en filosofía política y axiología, entre los años 1997 y 1998, en la misma institución.

En 1999 obtiene la *Beca Presidente de la República – MIDEPLAN –*, con la cual desarrolla su doctorado en derecho en la Universidad de Granada, finalizándolo el año 2006 con la defensa de su tesis doctoral “La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría”.

Accatino se desempeña como profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile desde 1997, pero solo desde el año 2002 es académica de jornada completa con categoría de profesora asociada. Fue directora de la escuela de derecho de la misma institución entre los años 2006 y 2012, y desde al año 2016 a la fecha dirige el Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho.

Además de la Universidad Austral, durante su trayectoria académica se ha vinculado a diversas instituciones de educación superior, como la Academia Judicial de Chile, la Universidad de Valparaíso, Universidad de Medellín, Universidad de Girona, Universidad de Londres, entre otras.

b) Escuela de pensamiento general

La profesora Accatino es una importante seguidora de la teoría racional de la prueba, y de uno de sus mayores exponentes, el profesor Jordi Ferrer.

c) Líneas de Investigación

Como ya se ha mencionado, el área de especialización académica de la profesora Accatino es el derecho privado, principalmente en materias de razonamiento jurídico y derecho procesal civil, sin embargo, también ha desarrollado varias investigaciones en el área procesal penal, donde sus intereses investigativos más relevantes son la prueba en el proceso penal y la nulidad penal.

En este sentido, respecto de esta autora me referiré específicamente a publicaciones e investigaciones que puedan influir en la dogmática penal chilena.

d) Proyectos de investigación

Tabla 10: Proyectos de investigación Daniela Accatino

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
DID S-2004-31	2004-2005	La fundamentación de los hechos en la sentencia penal. Un modelo para el nuevo juicio oral	Universidad Austral de Chile	Investigadora responsable
N.º 11060129	2007-2008	La fundamentación de las conclusiones probatorias en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad	Proyecto FONDECYT DE INICIACIÓN	Investigadora responsable
N.º 1100785	2010-2012	El estándar de prueba en el proceso penal. Una reconstrucción intersubjetivamente controlable	Proyecto FONDECYT REGULAR	Investigadora responsable
N.º 1151528	2015-2017	Prueba judicial y justicia transicional	Proyecto FONDECYT REGULAR	Investigadora responsable

e) Publicaciones y libros

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Daniela Accatino durante el siglo XXI que refieren al objeto de esta investigación, ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 11: Publicaciones Daniela Accatino³¹

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje FONDECYT ³²
2006	La Fundamentación de la Declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico	Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)	Vol. 19, N.º2, 483-511	Artículo de revista		0.75
2008	La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal	Fernández, J. A. (ed.), <i>Estudios de Ciencias Penales. Hacia una Racionalización del Derecho Penal</i> , Legal Publishing, Santiago	391-399	Capítulo de libro		0.30
2009	Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal.	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 32 (primer semestre), 347-362	Artículo de revista		0.30

³¹ Solo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, recensiones, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

³² 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/>

2010	El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad	Accatino, D. (ed.), <i>Formación y valoración de la prueba en el proceso penal</i> , Legal Publishing, Santiago	119-143	Capítulo de libro		0.30
2011	Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 37, 483-511	Artículo de revista		0.30
2019	¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición	Revista de Política Criminal (Universidad de Talca)	Vol. 14, N.º27, 47-64	Artículo de revista		0.75

f) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 12: Puntuación Daniela Accatino

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT³³		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020³⁴	
Total	2.7	Total	0.75
Promedio	0.45	Promedio	0.75

³³ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º11

³⁴ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

4. ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE MAGALLANES (UMAG)

4.1 Antecedentes de la Escuela de Derecho, en general

La Universidad de Magallanes fue fundada en 1961 como Sede de la ex Universidad Técnica del Estado. Es una entidad pública, con asiento en la ciudad de Punta Arenas, que desarrolla actividades de docencia y vinculación con el medio, apuntando al desarrollo de la zona más austral del país. Es por ello, que la principal misión que se propone esta institución es el cultivo del conocimiento desde las particularidades de la Patagonia Subantártica y la Antártica chilena (Universidad de Magallanes, 2019).

En este contexto se encuentra la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, en cuyo Departamento de Ciencias Jurídicas se encuentra la carrera de derecho. Ésta comenzó a impartirse recién el año 2002 con el objetivo de formar profesionales del Derecho en la Región de Magallanes que participen en la discusión y difusión de temas jurídicos nacionales e internacionales, siempre con preponderancia de las áreas del Derecho medioambiental, antártico y otros de relevancia para la región (Universidad de Magallanes, 2019).

4.2 Departamento de Derecho Penal

Este departamento ha contado con docentes como el ex magistrado de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Renato Campos, y el actual magistrado de la Corte de Apelaciones de Concepción Fabio Jordán. Sin embargo, el desarrollo académico del área penal del derecho en la Universidad de Magallanes no comenzó a surtir frutos sino hasta el año 2019, con la integración del profesor Jorge Antonio Toro, quien ha dedicado parte de sus esfuerzos a mostrar a los alumnos la carrera académica en el ámbito penal y a incentivar la crítica a dicha área de estudio desde el punto de vista local (Toro, 2020).

4.3 Autores Escuela Universidad de Magallanes

4.3.1 Jorge Antonio Toro Muñoz

a) Biografía Académica

El profesor Jorge Toro realizó el pregrado en la Universidad de Magallanes, obteniendo la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales el 2006. Cursó Derecho Penal con el profesor Renato Campos y su tesis de grado, “La conducta de la víctima en el delito imprudente”, fue dirigida por el profesor Fabio Jordán.

Efectuó un magíster en derecho penal en la Universidad de Chile durante los años 2010 y 2012, donde obtuvo la máxima distinción. El profesor que dirigió la elaboración de la tesis de magíster fue don Germán Ovalle, y ésta también se relacionó con el estudio del delito imprudente.

Durante el 2017 y 2018 realizó un diplomado sobre el derecho de la función pública en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

En una primera aproximación a la academia, Jorge Toro fue profesor instructor del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Magallanes los años 2011 y 2012. Posteriormente, se desempeñó como profesor ayudante *ad-honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile y como profesor visitante en la sede de Temuco de la Universidad Mayor. Desde el año 2019 a la fecha es académico de la Universidad de Magallanes, donde es el único profesor de planta dictando cátedras de derecho penal.

b) Escuela de pensamiento general

El profesor Toro es un férreo seguidor de la teoría analítica del hecho punible, promovida por el profesor Juan Pablo Mañalich (Toro, 2020).

c) Líneas de Investigación

Sus áreas de interés tienen relación con la Teoría General del Derecho Penal, el Delito imprudente, la conducta de la víctima en el Derecho Penal y la corrupción pública.

d) Proyectos de investigación

No registra proyectos de investigación, puesto que recién se estableció de forma permanente como profesor de derecho penal el año 2019. Actualmente sus intereses de estudio se centran en los delitos funcionarios y la forma en que el derecho penal interviene en la sanción de la corrupción, sin embargo, su foco de concentración ha estado principalmente en la labor docente (Toro, 2020).

e) Publicaciones y libros

A continuación, se expondrán las publicaciones realizadas por Jorge Toro durante el siglo XXI que refieran al objeto de la presente investigación, ordenadas cronológicamente según el año de publicación.

Tabla 13: Publicaciones Jorge Toro³⁵

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje FONDECYT³⁶
2012	¿Autorresponsabilidad de la víctima?: crítica a la teoría penal de Gunter Jakobs sobre el efecto de “invisibilidad del otro” en la imputación del propio riesgo	Anuario de Filosofía Jurídica y Social	N.º 30, 285-310	Artículo de revista		0.10
2012	Delito imprudente y conducta de la víctima en el derecho penal: aproximación normativa y revisión crítica a las eventuales soluciones vigentes conforme al sistema penal chileno.	<i>Leyes y Sentencias.</i> Thomson Reuters, Westlaw	Vol. 106, 1-56	Artículo de revista		0.10
2012	Conducta de la Víctima en el Delito Imprudente: Revisión	<i>Actas del Congreso Internacional</i>	389-434	Capítulo de libro		0.10

³⁵ Solo se incluyen libros, capítulos de libro y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se consideran los comentarios de jurisprudencia, recensiones, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

³⁶ 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/>

	a las Soluciones Comparadas de Roxin y Jakobs y su aplicabilidad en el Derecho Penal Chileno.	<i>de Derecho</i> , Tomo IV, Universidad de Valparaíso, Valparaíso				
--	---	--	--	--	--	--

f) Puntuación de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 14: Puntuación Jorge Toro

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT ³⁷		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020 ³⁸	
Total	0.3	Total	0
Promedio	0.10	Promedio	0

³⁷ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N.º13

³⁸ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DOGMÁTICO DE LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

1. ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Como se sostuvo en un inicio, un primer objetivo de este trabajo es la identificación de la o las Escuelas de Derecho Penal existentes en las Facultades de Derecho de las universidades del sur de Chile, en el entendido de que el concepto “Escuela” aludiría a:

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.

En este sentido, y a partir de la descripción cuantitativa que se realizó en el Capítulo I respecto a la producción académica en el área penal que se registra en las universidades de las regiones en estudio, se puede afirmar que la única facultad de derecho ubicada en la zona sur del país que conformaría una “Escuela de Derecho Penal” en el sentido ya descrito, es la de la Universidad Austral de Chile.

Esta facultad cuenta con dos académicos que desarrollan investigaciones y trabajos en materia penal de forma permanente, y una académica que ha dedicado parte importante de su labor a la investigación en el área procesal penal. De hecho, es la única de los tres centros de educación superior en estudio que está dotada de más de un académico dedicado a la investigación en este ámbito.

Además, si se comparan los puntajes obtenidos en razón de los criterios de evaluación curricular FONDECYT de las publicaciones realizadas desde el año 2000, los dos puntajes más altos son los obtenidos por los profesores Fernández y Vera, ambos de la

Universidad Austral – 10,2 y 5,55, respectivamente –. En paralelo a ello, también es importante tener presente que los tres profesores de esta facultad se han adjudicado al menos un proyecto de investigación FONDECYT con el cargo de investigador responsable y han tenido participación en otros proyectos gestionados por diversas instituciones.

De esta forma, atendiendo a criterios objetivos, correspondientes a la relación del número de publicaciones con los puntajes obtenidos por ellas en concordancia con los criterios FONDECYT y al número de proyectos de investigación ya efectuados o en ejecución, se puede determinar que la profesora Accatino y los profesores Fernández y Vera, son los autores más productivos en materia penal de las regiones del sur de Chile, y conforman la “Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile”.

Daniela Accatino ha destacado principalmente por su contribución en el área del Derecho Procesal. Si bien su mayor productividad y especialización se da en materia civil, ha liderado tres proyectos de investigación FONDECYT ligados al proceso penal, de los cuales han surgido publicaciones, referentes al estándar de la prueba penal y su relación con el recurso de nulidad, con importante impacto en la doctrina nacional.

José Ángel Fernández lleva aproximadamente 16 años de experiencia en el mundo académico, y sus trabajos relativos al derecho penal constitucional y a la política criminal han tenido una fuerte repercusión en la doctrina penal del país.

Juan Sebastián Vera inició su carrera docente el año 2014 y, a pesar de su corta trayectoria, su producción investigativa ha ido en aumento de forma muy rápida, centrándose en las distintas relaciones existentes entre el derecho penal y el derecho procesal penal, y haciéndose así, un espacio en el mundo académico tanto en Chile como en España. Parece ser que, aunque sus publicaciones aún no tienen un alto impacto, en el sentido de la cantidad de citas que se han hecho de ellas, su trabajo sí se ha visto reconocido por diversas instituciones y por sus pares, quienes han premiado su labor y lo han convocado en varias ocasiones a participar en investigaciones conjuntas y otros múltiples eventos académicos.

De esta forma, guiándonos por los años de experiencia y dedicación al estudio de partes específicas del derecho penal, como por la cantidad de productividad investigativa en el área, consideramos que el profesor Fernández representa casi en su totalidad a la “Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile”, por lo que la siguiente parte de este trabajo se centrará en desarrollar un análisis descriptivo del aporte con que éste académico ha contribuido a la dogmática penal chilena y, en forma más específica, de aquellos trabajos que tienen que ver con el estudio de la parte general del derecho penal.

2. DESARROLLO DOGMÁTICO DEL ACADÉMICO JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

Para efectos metodológicos dividiremos el trabajo dogmático del profesor Fernández en dos partes: la primera refiere a sus aportes en cuanto al estudio de la parte general del derecho penal, y la segunda, a la parte especial. A continuación, se realizará un esbozo general de los aportes del académico en ambas partes, pero luego se pondrá especial atención al estudio general del derecho penal.

En lo concerniente al estudio de la parte general, el académico sobresale por su abundante producción dogmática en materia de derecho penal constitucional, donde ha desarrollado en profundidad el rol del control constitucional de proporcionalidad en la protección de los principios y límites al *ius puniendi*, criticando, además, desde esta perspectiva la jurisprudencia constitucional chilena. También, en este aspecto, Fernández ha propuesto una serie de consideraciones tendientes a sentar las bases de una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

En el ámbito de la política criminal ha analizado y propuesto criterios de racionalización para, primero, la toma de legítimas decisiones político-criminales, y segundo, el proceso de elaboración de leyes penales, donde también debe jugar un rol importante el control de constitucionalidad. Además, deja en evidencia la influencia del

discurso a la hora de afrontar, desde una perspectiva crítica, el fenómeno de la criminalidad y las medidas penales de control social, y llama la atención sobre el discurso criminal imperante en Chile, al cual denomina “modelo penal liberal discriminatorio”.

Por otra parte, ha sido de los pocos autores que, además de desarrollar un concepto y estructura del tipo imprudente, ha desarrollado una propuesta en torno a la imputación de la imprudencia en el seno de las organizaciones de personas, lo cual supone uno de los principales retos de la teoría jurídica del delito.

En cuanto al desarrollo dogmático en la parte especial del derecho penal, Fernández se ha destacado especialmente por sus investigaciones respecto al delito de legalización de activos procedente del crimen organizado, respecto al cual ha hecho una serie de propuestas político-criminales para reformar la regulación nacional, contemplada en la ley 19.913 y que califica como *sui generis* (Fernández, 2005, pág. 160). Entre estas propuestas se destacan específicamente dos:

Primero, la idea de despenalizar la comisión imprudente de la legalización de capitales, en el entendido de que su tipificación no cumpliría con los requisitos mínimos derivados del concepto material de delito y, a su vez, articular este tipo imprudente como una ley penal en blanco que se circunscriba exclusivamente a las obligaciones y sujetos descritos en la ley 19.913 (Fernández, 2005, págs. 176-177).

Y segundo, formula un concepto de delito de referencia al tipo de lavado de activos que reúne tres requisitos: (1) Se debe circunscribir dentro de los delitos de “comercio ilícito”; (2) Deben ser cometidos en el seno de una organización criminal; (3) Se debe incluir un criterio cuantitativo que determine qué actividad de lavado resulta peligrosa para el bien jurídico protegido, fundado en el valor económico de la operación (Fernández, 2009, págs. 12-18). De este modo, los hechos que no se adecuen a este concepto de delito de referencia podrán tipificarse subsidiariamente como una receptación o encubrimiento, y en su defecto, por la normativa de prevención del lavado de capitales. Éste último, según Fernández debería ser el caso de los delitos fiscales.

Por último, también podemos resaltar sus estudios en materia de delitos contra la integridad sexual, haciendo especial referencia a los delitos contemplados en los artículos 365 y 365 *bis* del Código Penal.

Sobre el delito de sodomía contemplado en el art. 365, Fernández (2011 y 2016) sostiene su inconstitucionalidad, y por ende, su necesaria expulsión del ordenamiento jurídico ya sea a través de una reforma legislativa o de la presentación de un nuevo requerimiento de inaplicabilidad. Esto se debería, a grandes rasgos, a la vulneración que ejerce este delito sobre la igualdad ante la ley y al derecho a la vida privada, discriminando de forma arbitraria en razón de la orientación sexual. Además de suponer un atentado en contra del principio de legalidad, especialmente en su manifestación de *lex certa*.

Y respecto al art. 365**v***bis*, propone toda una reforma legislativa consistente en mencionar expresamente la introducción de partes del cuerpo distintas del pene como modalidad típica, diferenciar los supuestos que valorativamente se equiparen a un acceso carnal, específicamente, los supuestos en que se puede poner en grave peligro la integridad física de la víctima, o que resulten especialmente degradantes, y en el caso especial de la introducción de dedos, su calificación jurídica como abuso sexual o violación impropia debe depender de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos (Fernández, 2007, págs. 134-135).

3. DESARROLLO DOGMÁTICO EN LA PARTE GENERAL DEL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

3.1 Política Criminal

3.1.1 Racionalidad de las leyes penales y Estado Constitucional

Entre los años 2008 y 2010 José Ángel Fernández lideró el proyecto FODECYT N.º 1085076, denominado “Racionalidad de las leyes penales y Estado Constitucional”. Esta investigación se propuso desarrollar criterios de racionalización para el proceso de elaboración de leyes penales, partiendo de la base de la necesidad de una teoría de la legislación que acompañe ese proceso y que tenga como presupuesto una decisión política de criminalizar un determinado conflicto social que sea legítima. En este contexto, se publican cuatro estudios: “Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos” (2008), “La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental” (2009), “La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación” (2009) y “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?” (2010).

En “**Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos**” (2008), Fernández comienza a desarrollar la idea de la importancia del control de constitucionalidad de las leyes penales en un Estado de derecho, proponiendo el principio de proporcionalidad en sentido amplio como una “herramienta argumentativa y sistematizadora de los principios penales y límites al *ius puniendi*” (2008, pág. 343) que permite establecer un nexo entre el derecho penal y la protección a los derechos fundamentales.

El punto de partida de este estudio tiene relación con el “estado inadmisibles” del derecho penal que viene denunciando la doctrina desde distintas corrientes político criminales. Éste se manifiesta en leyes penales faltas de racionalidad, con escasa incidencia

de los principios penales y límites al *ius puniendi* que la doctrina ha elaborado para la producción de leyes penales (Fernández, 2008, pág. 344). Desde el punto de vista del modelo de seguridad ciudadana esto se ha traducido en un crecimiento exponencial en la intensidad del control de la pena, revelado por el considerable aumento de la tipificación penal por parte del legislador y por una creciente población carcelaria. En otras palabras, lo que se ha venido produciendo es una “ilegítima expansión del derecho penal” que ha supuesto la afectación de los principios ya establecidos en la cultura jurídica penal (Fernández, 2008, pág. 343).

Esta situación se puede explicar, acorde a la doctrina, en varias razones (Fernández, 2008, págs. 345-346). Por una parte, el positivismo y el movimiento codificador clásico ha concebido la ley como un dato estático, un medio inmutable para la consecución de fines personales que no se condice con la sociedad contemporánea, caracterizada por la flexibilidad y el dinamismo. De ahí, se puede comprender que durante los siglos XIX y XX solo se haya elaborado una teoría del derecho meramente descriptiva y sistematizadora, sin considerar la construcción de una teoría de la legislación que contribuya a la elaboración de leyes racionales. Y por otra parte, el legislador suele representar los intereses de algún sector social y político, y no se les exige una preparación técnica específica para la producción de las leyes, sino que solo coherencia ideológica, disciplina y habilidad para cumplir objetivos. Tampoco se les exige la justificación de sus decisiones, puesto que poseen legitimidad democrática.

Además de las consideraciones anteriores, en cuanto al derecho penal en específico, autores como Diez Ripollés (2003) suman a las causas que confirman la necesidad de una mayor atención en el proceso de racionalización de la ley penal el rol de código moral que ha asumido la ley penal y la intensa implicación de la ciudadanía y los medios de comunicación en los debates sobre la delincuencia y la ley penal (Fernández, 2008, pág. 346).

En este contexto, con la llegada del Estado constitucional a Chile se ha incluido un nuevo actor en el proceso de elaboración de la ley, el Tribunal Constitucional, que funciona como un control constitucional a las decisiones del legislador, de modo que, *a priori*, debiera contribuir a la consecución de una mayor racionalidad en las leyes. En otras palabras, “la ley queda supeditada a los imperativos de una constitución jurisdiccionalmente garantizada, no solo formalmente, sino también en sus valores, derechos y principios materiales” (Fernández, 2008, pág. 349), de tal manera que, en materia penal, las decisiones del legislador deben respetar un imperativo de proporcionalidad entre los fines que se pretenden obtener con ésta – proteger cierto bien jurídico – y los sacrificios en materia de derechos fundamentales que la persecución de esos fines implica – la tipificación de una conducta y el establecimiento de una pena – (Fernández, 2008, pág. 350).

Sin embargo, Fernández expresa que, en este sentido, el Estado constitucional ha provocado una “tensión entre democracia y derechos que se manifiesta principalmente en la delimitación de las competencias entre el Poder Legislativo y los órganos con jurisdicción constitucional” (2008, pág. 351). De esta forma, la inclusión de tribunales constitucionales ha puesto el peligro la clásica división de poderes, toda vez que éstos se ven abocados a ocuparse de programas políticos orientados al futuro, y por tanto, asumen competencias legislativas para las que no tienen legitimidad democrática. Además, sostiene que:

Suelen transformar la constitución en un orden de valores en lugar de considerarlas como un sistema de reglas estructuradas de acuerdo a principios, lo que les lleva convertirse en una instancia autoritaria que ya no se ocupa de identificar normas obligatorias, sino que asume la tarea de optimizar todos los valores sin contradecir ninguno. (2008, pág. 252)

En Chile, además, el control de constitucional de las leyes penales ha sido escaso, por lo que en la práctica el reflejo de lo que en teoría debería haber traído consigo el Estado constitucional en el control de la racionalidad de las leyes penales chilenas no se ha vislumbrado. Y lo que es aún más grave, a juicio del autor, es que el TC aún carece de un sistema de interpretación de los principios constitucionales (Fernández, 2008, pág. 353).

Así, en el entendido de la grave intromisión que supone la imposición de una pena en los derechos fundamentales, para superar esta tensión existente entre democracia y derechos y la natural indeterminación de los presupuestos constitucionales la doctrina ha propuesto la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad.

Parece ser que, a pesar de que los tribunales constitucionales hasta el año 2008 – momento en que se publicó esta investigación – habían aplicado de forma excepcional el juicio de ponderación al control previo de las leyes penales, ya que hasta ese minuto su desarrollo dogmático era reciente y nunca ha estado exento de críticas, había consenso mayoritario en considerar que el principio de proporcionalidad estaba reconocido a nivel constitucional a través del principio de prohibición de exceso que se desprende de la consideración de la libertad como valor superior del Estado de Derecho y que, en general, es afectada por las injerencias penales.

En cuanto al contenido de este juicio de ponderación, el autor explica que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entre otras apreciaciones, no establece ningún criterio objetivo de ponderación para medir la gravedad del injusto, por lo que la doctrina y también algunos fallos de tribunales constitucionales de otros países han tendido recientemente a incluir en este análisis a los principios y límites al *ius puniendi*, específicamente, a través de los subprincipios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Fernández, 2008, pág. 357). De este modo, la concepción amplia del principio de proporcionalidad logra sistematizar los principales límites materiales al poder punitivo y otorgarles una efectiva virtualidad normativa.

Así, Fernández establece la necesidad de que el TC chileno elabore un sistema de argumentación que contribuya a la racionalización de las leyes penales tomando como punto de partida el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Posteriormente, en las publicaciones de los años 2009 y 2010, el académico desarrolla los fundamentos que legitiman la decisión política de elaborar una ley penal, en

el entendido de que tanto la política criminal como el proceso de formación de la ley penal – teoría de la legislación – están sometidas a criterios de racionalización.

Las razones que se aducen por los órganos políticos para tomar una decisión político criminal conforman el proceso de legitimación de la norma penal, que a su vez constituye el proceso de formación de bienes jurídicos. Entre esas razones generalmente se encuentran los discursos éticos, sociales y democráticos, que se enmarcan en el Estado de derecho social y democrático. En otras palabras, el primer criterio de racionalización, que debe funcionar como presupuesto para la posterior elaboración de la ley penal, implica que en el debate político criminal se incluyan las tres legitimaciones antes mencionadas: “el debate ético (Estado de derecho), las consecuencias sociales derivadas tanto de la disfunción social como del propio modelo penal (Estado social) y el debate articulado a través de procesos discursivos (Estado democrático)” (Fernández, 2009, pág. 234).

En **“La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental” (2009)**, Fernández desarrolla como fundamento de legitimación de la decisión política criminal los discursos éticos, en específico el que a su juicio es el más relevante para las sociedades con una desarrollada cultura liberal y democrática, esto es, la “ética discursiva o procedimental” – basándose en las ideas promovidas por Habermas en “Facticidad y Validez” –, puesto que resultaría “el más adecuado para explicar y valorar los procesos de toma de decisión legislativa” (Fernández, 2009, pág. 162). Por un lado, en un Estado de derecho y democrático la “comunidad del diálogo” constituye “el marco ejemplar legislativo a la hora de consensuar las normas morales de convivencia” (2009, pág. 162), y por otro, a través de los conceptos del “mundo de la vida” y “el poder comunicativo”, la ética procedimental permite entender intuiciones y discursos arraigados en las decisiones político-criminales.

De todas formas, en este estudio también se dejan ver aspectos de los cuales la propuesta de la ética procedimental se muestra insuficiente y debe hacerse cargo, como son su estructural naturaleza discriminatoria, la deficiente pluralidad en el debate político

criminal, los procesos de dominación a través del discurso y la necesidad de incorporar el principio de daño al proceso de legitimación penal. En esta línea, llega a concluir “la necesidad de retomar y reafirmar el principio ético del bienestar en el ámbito político criminal: la obligación del Estado y, por tanto de las leyes penales, de mitigar la discriminación penal tanto en el orden social como discursivo” (Fernández, 2009, pág. 235).

Así, en el entendido de que la formación de la voluntad del legislador penal no puede basarse únicamente en consideraciones morales, sino que también en la realidad social que se pretende regular, en **“La legitimación social de leyes penales: límites y ámbitos de aplicación” (2009)**, Fernández aborda, como bien hace alusión el título, los discursos sociales que sirven como fundamentos de legitimación de la norma penal, lo que implica que “las decisiones político criminales deben sustentarse en la previa posesión de la información sobre la realidad social y en la autoconsciente decisión tomada en base a esa información” (Fernández, 2009, pág. 236).

Para legitimar las leyes penales en consideración de la realidad social, señala que es necesario acudir a ésta a través del conocimiento científico, por lo que el desarrollo de las ciencias criminológicas ha jugado un rol importante en este aspecto. Ello se debe a que además de estudiar la etiología del delito, la criminología elabora teorías de creación y aplicación de las leyes penales que lo que hacen es intentar responder “qué variables sociales, políticas y económicas afectan en la creación y aplicación del derecho” (Fernández, 2009, pág. 237).

Ahora bien, el autor plantea que no resulta suficiente que únicamente se realice una aproximación estadística sobre la actividad criminal, sino que es necesario que la aproximación empírica aborde de la manera más completa y exhaustiva posible la realidad social. Así, tres serían, en su opinión, los ámbitos sociales que debería abordar un adecuado proceso de legitimación de la ley penal: “el impacto social de la criminalidad, los efectos

deseados o no de la criminalización y el grado de socialización del conflicto social” (Fernández, 2009, pág. 247).

La criminología describe y explica la realidad a través de la observación, aspirando a la verdad objetiva, independiente del punto de vista de quien la realice. Sin embargo, es necesario tener en cuenta respecto a la legitimación social de una intervención penal, que el conocimiento empírico que otorga la criminología es provisional, con gran margen de error y está limitado por sus propias características estructurales y por la idea – o más bien hecho – de que es inevitable que las teorías científicas con implicancias sociales se vean afectadas por las vivencias, concepciones y valores tanto del investigador como del propio receptor. Esto genera que muchas decisiones político criminales no posean el sustento empírico deseable.

Fernández explica la gran complejidad que implican las técnicas de medición del delito, que en su mayoría corresponden a estadísticas o encuestas de victimización que se ven alteradas por múltiples factores, entre ellos, aspectos metodológicos, como el diseño de recopilación de datos; las limitaciones estructurales que aquejan a la criminología en general; y, principalmente, las cifras de “criminalidad oscura”.

No obstante, a pesar de dichas prevenciones sobre la capacidad estadística de la criminología para aproximarse a la realidad criminal, ésta resulta imprescindible para determinar las tendencias sobre la criminalidad (Fernández, 2009, pág. 245). En este sentido, el autor manifiesta que la incertidumbre que genera la imposibilidad de conocer la realidad social sobre la efectividad de las decisiones político criminales solo puede mitigarse con las otras dos legitimaciones, en especial, la discursiva – democrática – (Fernández, 2009, pág. 256). Por un lado, es esencial que se cumplan los presupuestos de la ética comunicativa: libertad e igualdad en los debates discursivos, y por otro, la relación entre la legitimación social y la democrática se puede apreciar en el hecho de que una adecuada legitimación discursiva desplegada por las mayorías sociales pueda incidir favorablemente en el grado de socialización de la medida penal.

De este modo, es imperativo para el profesor Fernández que las tres legitimaciones converjan en un mismo sentido y estén en una constante relación para superar las deficiencias que existen al momento de conocer la realidad social que servirá de presupuesto para la legitimación de una ley penal. Por el contrario, “una sobredimensión de la legitimación social puede derivar en la tiranía de la ética científica” (Fernández, 2009, pág. 256), lo que implicaría que las instituciones públicas, basándose únicamente en estudios empíricos – que por lo demás pueden ser manipulados – le atribuyan al derecho penal funciones sociales que hasta el minuto le eran ajenas.

En este contexto, y continuando con el estudio de los criterios de racionalización en el proceso de legitimación de la norma penal, el académico *in comento* concluye la investigación llevada a cabo a través del proyecto FONDECYT 1085076 analizando el juicio de proporcionalidad que se debe realizar en un control constitucional y el rol que puede tomar la legitimación democrática para paliar su “inherente irracionalidad”. Así, en **“El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente racionalidad?” (2010)** Fernández parte de la base de lo ya expuesto en los tres estudios presentados precedentemente.

El concepto “principio de proporcionalidad” da cuenta de uno de los principales límites al poder punitivo estatal y puede ser entendido de tres maneras cuando lo relacionamos con el control constitucional de las leyes penales: como un principio constitucional, como método de interpretación y como control o *test* de constitucionalidad propiamente tal (Fernández, 2010, pág. 54). Éste último, esto es, el juicio constitucional de proporcionalidad, a grandes rasgos, es la aplicación concreta de la obligación de ponderar las intervenciones estatales, como regla de interpretación, en el campo del derecho constitucional. Así, constituye un *test* de solución de conflictos entre derechos constitucionales o entre principios de rasgo constitucional. Su forma y contenido no vienen determinados *a priori*, por lo que el ya mencionado principio de proporcionalidad en sentido amplio, adoptado por los tribunales constitucionales comparados y aceptado por

gran parte de la doctrina, es solo una de las maneras en que se puede realizar el *test* obligatorio de constitucionalidad (Fernández, 2010, pág. 58).

El juicio de proporcionalidad, como medio de racionalización del derecho en sede constitucional, es objeto de duras críticas, principalmente basadas en su carácter irracional y la ilegitimidad del TC para emplearlo como parámetro de constitucionalidad de las leyes. La primera de esas críticas se fundamenta en el carácter ineludiblemente subjetivo de su aplicación y en la idea de que el juicio se lleva a cabo sobre la base de conocimientos empíricos con un amplio margen de error, como se expuso en el estudio anterior. Mientras tanto, la segunda crítica se funda en los problemas de legitimidad de la propia jurisdicción constitucional en el seno del Estado social y democrático de derecho, esto es, en la tensión existente entre el principio democrático y el principio de protección de derechos fundamentales (Fernández, 2010, pág. 61).

Además, Fernández ha puesto de manifiesto otras críticas formuladas por la doctrina, como la inclusión de los juicios de necesidad e idoneidad respecto de una determinada medida penal al juicio constitucional de proporcionalidad cuando éstos solo se justifican en sede legislativa, y el carácter de “arma de doble filo” del principio de proporcionalidad, que puede ser utilizado tanto para limitar como para justificar el poder punitivo.

En el fondo, como el autor explica, de todas las críticas que se le pueden formular al juicio constitucional de proporcionalidad se puede apreciar que este “supone una actividad dejada a la subjetividad y discrecionalidad del intérprete que conlleva, inevitablemente, a una relativización de los derechos fundamentales” (2010, pág. 62). En este sentido, se plantea un problema de compatibilidad con la exigencia de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales consagrada en el artículo 19 n.º 26 de nuestra Constitución.

A juicio del académico, está claro que el juicio constitucional de proporcionalidad no elimina la discrecionalidad que siempre va a existir en una operación interpretativa, pero sí va a intentar racionalizar la aplicación de los principios y derechos constitucionales, que

en general suelen ser bastante vagos e inconcretos (Fernández, 2010, pág. 64). En este contexto entonces, lo que hace el principio de proporcionalidad es ofrecer “pautas o estándares normativos allí donde antes solo existía la discrecionalidad o arbitrio político” (Prieto Sanchís, citado en Fernández, 2010, pág. 64-65).

Ahora bien, no existe una relación clara entre el control constitucional de las leyes penales y los principios penales, toda vez que no hay acuerdo sobre el contenido del principio de proporcionalidad y su relevancia en sede constitucional, puesto que la doctrina penal, al elaborarlo y desarrollarlo, ha tenido como principal referente al legislador. Pero, por el contrario, la doctrina sí está unificada respecto a la injerencia del derecho penal en aspectos esenciales de los derechos fundamentales de los individuos, principalmente en la libertad, por lo que se explica que éste necesite de una justificación material especial frente a otras formas de intervención del Estado. En nuestro derecho, esta necesidad de legitimación material del derecho penal se produce porque nuestra CPR “al establecer una especial protección formal a través del principio de legalidad penal, demanda, también una especial protección material a través, entre otros, del principio de proporcionalidad” (Fernández, 2010, pág. 67).

Además, el autor manifiesta, al menos, otros tres argumentos a favor de la adopción del juicio constitucional de proporcionalidad en materia penal: primero, por su “potencia discursiva”; segundo, porque permite una sistematización de los principios y límites al *ius puniendi* desde la perspectiva de los derechos fundamentales; y tercero, porque se otorga una efectiva virtualidad práctica a los límites del *ius puniendi* y, en especial, a los principios de lesividad, *ultima ratio*, fragmentariedad, entre otros, en el control constitucional de las leyes penales (Fernández, 2010, pág. 67).

Así, ante el amplio margen que tiene el legislador para la creación de normas penales, el TC lo que debe tener presente para limitar su legitimidad democrática a través del principio de proporcionalidad son dos elementos, “la seguridad de las premisas empíricas y analíticas que evidencien la desproporción y la intensidad de la injerencia en el

derecho fundamental” (Fernández, 2010, pág. 68), lo que implicaría la obligación de realizar un control material de proporcionalidad más intenso respecto a las leyes penales.

En este sentido, el rol del juicio constitucional de proporcionalidad sirve especialmente para la correcta fundamentación de los casos en que exista conflicto entre derechos fundamentales. De este modo, el juicio constitucional de proporcionalidad debe ser entendido como un criterio estructural para la concreción de los derechos fundamentales, esto es, para la determinación de su contenido, especialmente para el legislador. Y como los principios y límites al *ius puniendi* no se encuentran reconocidos expresamente en nuestra CPR, la única forma de que tengan validez constitucional es siendo incorporados como normas adscritas por lo que, en ese contexto, el TC tiene la función de establecer qué principios y límites penales se pueden incorporar a las disposiciones o normas de derecho fundamental para así configurar un sistema de precedentes en el control constitucional de las leyes penales (Fernández, 2010, pág. 72). Así se puede otorgar una mayor protección constitucional a los principios y límites al *ius puniendi*.

Luego, Fernández (2010, pág. 73) señala que en vista de la estructura y contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, los principios y límites al *ius puniendi* que no se encuentran expresamente consagrados en la CPR pueden jugar dos roles en el control de constitucionalidad de las leyes penales. Por una parte, pueden considerarse como normas adscritas a derechos fundamentales y, por otra, pueden formar parte del propio juicio constitucional de proporcionalidad.

Bajo ese entendido, lo primero que se debe realizar en un juicio de proporcionalidad es determinar qué parte de la norma penal está cuestionada constitucionalmente: el injusto o la pena.

Posteriormente, como presupuesto al juicio constitucional de proporcionalidad, se tendrá que analizar la existencia de un “fin constitucionalmente legítimo”. En materia penal, este término hace referencia a la legitimidad de los bienes jurídicos protegidos o a la

constitucionalidad de los fines de la pena, dependiendo de si el juicio se centra en el injusto o en la pena. En esta línea, el principio de lesividad tiene un rol fundamental para el establecimiento de normas adscritas a un derecho fundamental, por lo que la cuestión que hay que resolver en este punto es determinar qué bienes jurídicos son legitimados por la CPR. Frente a ello, Fernández (2010, págs. 75-77) sostiene que si bien el TC no ha establecido un concepto de bien jurídico como presupuesto del juicio constitucional de proporcionalidad, la teoría del bien jurídico que probablemente más se puede ajustar al control constitucional de proporcionalidad es la denominada “concepción personal del bien jurídico” defendida, entre otros, por Hassemer. Ello implicaría que “el derecho penal se encuentra legitimado constitucionalmente en la medida que proteja mediatamente o inmediatamente bienes jurídicos individuales” (Fernández, 2010, pág. 77). La inclusión de bienes jurídicos supraindividuales o macrosociales “puede conllevar el peligro de privarle de la función de control constitucional de las leyes penales” (Fernández, 2010, pág. 77), convirtiéndolo en un mero instrumento de conducción social, por lo que la teoría del bien jurídico debe entenderse como un fundamento para excluir ciertas conductas que protejan esos bienes jurídicos del ordenamiento jurídico. Y en ese sentido, la dogmática penal ha establecido dos límites: primero, que la finalidad, interés u objeto de protección sea de carácter material y no solamente formal; y segundo, la inadmisibilidad de la protección moral o de una determinada ideología.

Luego, ya establecidos como legítimos los principios constitucionales en conflicto, se debe realizar el primer juicio de proporcionalidad: la idoneidad del tipo penal con su consecuencia jurídica para cumplir con la protección del bien jurídico que les fundamenta. Este requisito de racionalidad también ha sido llamado principio de utilidad, toda vez que analiza la utilidad de la restricción de derechos fundamentales para alcanzar el fin perseguido. En este sentido, se trata de un examen que requiere conocimiento empírico de la lesividad de la conducta socialmente dañosa y, por tanto, de la justificación social que se le da a la intervención estatal respecto de la misma. Sin embargo, el académico *in comento* señala que “el examen de idoneidad de la protección penal a duras penas puede cumplir su función limitadora” (2010, pág. 80), ya que, por un lado, está la prerrogativa del legislador

para examinar la idoneidad de las medidas, donde el TC solo puede fiscalizar las que resultan completamente inidóneas, y por otro, las intrínsecas limitaciones de las ciencias sociales, como la criminología, para pronosticar los efectos de la acción legislativa.

A continuación, se realiza el juicio de necesidad, que exige que no exista otra medida igualmente idónea, esto es, que cumpla con la finalidad perseguida, que obtenga resultados menos gravosos o restrictivos. Fernández (2010, págs. 83-84) expresa que considerando que este examen plantea el problema de hasta qué punto resulta razonable indagar sobre el posible elenco de medidas igualmente idóneas, está condenado a cierta irracionalidad, puesto que la comparación de una medida penal con otras formas hipotéticas de control social que pueden responder a otras finalidades, pueden volver a este examen en un “*desiderátum* inalcanzable”. Frente a ello, para el autor:

El juicio de necesidad debe realizarse, principalmente, desde un análisis comparativo de la coherencia del legislador y no desde una eventual comprobación empírica sobre el medio más eficaz para alcanzar la finalidad perseguida por la norma, es decir, atendiendo al conjunto de delitos y penas que el legislador ha estimado, previamente, como necesarias para alcanzar fines análogos (Fernández, 2010, pág. 84).

Como se puede apreciar, tanto el juicio de idoneidad como el de necesidad son de un carácter más bien empírico, por lo que Fernández (2010, pág. 85) sostiene que en la práctica estos no tienen mayor relevancia en el *test* constitucional de proporcionalidad, sino que es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto el que constituye su aspecto central. Este último analiza que la medida penal tenga una relación justa con el fin que se persigue. Se trata de un juicio de ponderación que se resuelve atendiendo a casos concretos, de modo que se aspira a que los derechos fundamentales que se vean enfrentados puedan preservar su contenido en la mayor medida de lo posible. Y, asimismo, lo que se pondera es la relevancia del fin perseguido con la relevancia del perjuicio causado a la libertad, es decir, si el beneficio que se pretende alcanzar justifica sus costes. Para ello, es que resulta primordial determinar la importancia que la CPR le otorga a la consecución de cada fin.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el juicio de proporcionalidad opera en dos aspectos, primero, respecto de la restricción de libertad que supone la tipificación del injusto penal y segundo, en relación a la restricción de libertad que supone la aplicación de la pena.

Ahora bien, como expresa Fernández (2010, págs. 85-86) el principio de proporcionalidad en sentido estricto no está tampoco exento de críticas, dentro de las cuales destaca la falta de criterios objetivos para medir la gravedad de la pena en relación al injusto. Sin embargo, es necesario y, *a priori*, una obligación que poseemos como Estado constitucional, realizar un juicio de ponderación respecto de las injerencias a los derechos fundamentales, y además, que ese examen no se realice exclusivamente por el legislador, sino que también por el TC.

Finalmente, Fernández manifiesta que la principal crítica que se le puede hacer al juicio constitucional de proporcionalidad radica, como ya se expresó, en su “inherente imprecisión”, la que viene dada, por un lado, por la incorporación de la legitimación social, a través de los juicios de idoneidad y necesidad, que como se ha hecho ver en los estudios anteriores, constituye una base empírica susceptible de un alto margen de error. Y por otro lado, el alto componente valorativo del control constitucional de proporcionalidad ha llevado a varios autores a afirmar que éste constituye un argumento formal y sin contenido, toda vez que por su fuerza persuasiva tendría una gran capacidad para ocultar valoraciones subjetivas e irracionales de los miembros del TC (Fernández, 2010, pág. 92).

Ahora bien, en opinión del autor, la incapacidad del juicio constitucional de proporcionalidad solo se evidencia a la hora de decidir cuándo una medida resulta manifiesta o intolerablemente desproporcionada (Fernández, 2010, pág. 92), toda vez que hay que tener presente que tanto la doctrina defensora del principio de proporcionalidad en sentido amplio, como la jurisprudencia constitucional que lo ha aplicado, han reconocido una base de irracionalidad en este juicio. Y en este contexto, Fernández (2010, págs. 91-92) propone la posibilidad de comenzar a plantearse la posibilidad de incorporar criterios de

legitimación democrática en las decisiones del TC bajo el entendido de que el mismo juicio de ponderación se auto reconoce “sujeto a la tradición y la moral cambiante de la sociedad en la que se desarrolle la práctica constitucional”.

La determinación de “lo intolerable” o “lo desproporcionado” depende en gran medida del discurso político criminal que impere en un contexto histórico, por lo que es claro el rol que juega la legitimación democrática, en especial la discursiva, en la decisión de las medidas penales. Y en este sentido, a juicio del autor “esta fuerza persuasiva no debe verse solo como un aspecto negativo, es decir, como una ausencia de justificación, sino también desde una valoración positiva que comprende la integración socio jurídica que subyace de todo discurso” (Fernández, 2010, pág. 92)

En esa línea, Fernández propone varias medidas de racionalización fundamentadas en consideraciones de legitimación democrática: primero, articular adecuados presupuestos comunicativos; segundo, incluir los discursos que inciden en las decisiones del TC, como son la opinión pública y el discurso de expertos; y tercero, establecer como cláusula de cierre el control de constitucionalidad de las leyes más allá de los propios tribunales constitucionales. Respecto a esta última medida, el académico sostiene que lo correcto no sería suprimir el TC, sino más bien mantenerlo y que solo en casos excepcionales el parlamento, previo a una serie de requisitos procedimentales, se constituya en el último intérprete de la Constitución (Fernández, 2010, pág. 94).

3.1.2 Expansión del derecho penal

En el contexto de la predominancia de una corriente político criminal de corte ideológico liberal, que concibe el derecho penal como un mecanismo de control social destinado únicamente a las clases sociales menos favorecidas y que se niega a un proceso de expansión o modernización del derecho penal para hacerle frente a los nuevos conflictos sociales que han surgido en las últimas décadas, Fernández publica **“La teoría de la elección racional y la crítica a la expansión del derecho penal: la paradoja de la**

política criminal neoliberal. Su aplicación a la delincuencia económica y a los aparatos jerárquicos de la delincuencia organizada” (2008).

En este estudio, el profesor Fernández pretende evidenciar que a través de la principal corriente criminológica que sostiene la política criminal liberal, esto es, la Teoría de la Elección Racional, es posible fundamentar una política criminal contra el crimen económico, organizado y medioambiental – las principales manifestaciones de la modernización del derecho penal –, y así, poner de manifiesto, la incongruencia con las corrientes político criminales que abogan, precisamente, desde postulados liberales, por la expulsión, al menos, de parte de estos delitos (Fernández, 2008, pág. 153).

Las principales consecuencias de la teoría de la elección racional en materia de política criminal refieren a la prevención del delito, o más bien, a los fines de la pena. Y fundamenta los efectos preventivos de la pena en la libertad racional de decisión de la persona, asumiendo que el “criminal” no posee información completa respecto de los costes y beneficios de la realización del hecho delictivo, lo que significa que en realidad la decisión no es del todo racional. En consecuencia, para esta teoría una mayor asimetría de la información de una determinada categoría criminal implica un menor grado de cumplimiento de la prevención general como fin de la pena.

Así, el autor sostiene que la contradicción se da en la medida que los delitos económicos y organizados son los fenómenos criminales en donde menos grado de asimetría de información existe, puesto que estos tipos de delincuentes tienen la formación e información para tomar una decisión mucho más racional que el clásico ladrón o pequeño narcotraficante (Fernández, 2008, pág. 166). Es paradójico que la corriente de política criminal liberal siendo la más crítica respecto a la expansión del derecho penal, y en especial, a la penalización del derecho penal económico, sea también la misma teoría criminológica liberal la que fundamente de mejor manera la necesidad de tipificar los ataques más graves a las relaciones de orden económico.

3.1.3 Los discursos de criminalidad

En relación al intenso debate político criminal que provocó el Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 2005, y que ha puesto de manifiesto la importancia que tiene, en este contexto, la lucha por imponer un determinado discurso sobre la criminalidad, Fernández desarrolla el estudio denominado **“El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de criminalidad” (2006)**. Así, el objetivo de esta publicación es analizar y reflexionar sobre el “modelo penal liberal discriminatorio” que impera en Chile, y que en atención a las características de la evolución política criminal del país, lo más probable es que lo seguirá haciendo a través del futuro Código Penal.

El punto de partida, entonces, de la presente investigación refiere a la afirmación de que a la hora de seleccionar qué conflictos sociales ameritan una protección penal y cómo deben protegerse, el aspecto central de la política criminal es el discurso sobre la criminalidad. En este sentido, el autor, haciendo alusión a Gracia Martín (2003), sostiene la tesis de que, al igual que cualquier otra disciplina, “las ciencias penales serán siempre el resultado de una lucha por el discurso, por apropiarse de él y para ejercer el poder de disposición sobre él como dispositivo para la producción de consecuencias materiales” (Fernández, 2006, pág. 5). El discurso funciona en dos facetas, por una parte, incluye ciertos objetos en su campo discursivo, y por otra los excluye, de modo que en política criminal, esto implica que la detentación del discurso por parte de un “grupo” no supone únicamente el poder de determinar qué conflictos sociales se criminalizarán, sino que también respecto de cuáles no se criminalizarán.

De esta forma, para Fernández (2006, pág. 5) el actual discurso de criminalidad abarca la legitimación de dos discursos: por una parte, el discurso del modelo penal de seguridad ciudadana, ocupado de establecer las conductas que nuestro sistema social debe proteger penalmente, y por otra, el discurso de exclusión de las clases más poderosas, encargada sustraer ciertos conflictos sociales del sistema penal.

El concepto que, a juicio del autor, debe aglutinar este modelo penal chileno es “Modelo penal liberal discriminatorio”, toda vez que considera la existencia de al menos dos niveles de discriminación en los modelos penales liberales (Fernández, 2006, pág. 6). El primer nivel, refiere a los efectos de discriminación estructural que supone un sistema liberal, en el sentido de que, por ejemplo, uno de los valores más protegidos en nuestro sistema social es la propiedad, lo que ha implicado que el sistema penal esté destinado principalmente a protegerla, desfavoreciendo la protección de otros bienes jurídicos. Y el segundo nivel, comprende las manifestaciones político-criminales que afectan principios y valores liberales que el propio sistema está en condiciones de superar. Por ejemplo, resulta discriminatorio dentro de la lógica de los valores liberales que los delitos de tráfico ilegal de drogas tengan una pena igual o mayor a los varios delitos contra la vida e integridad física.

Por ello, el académico propone que, entendiendo que nos encontramos en un sistema liberal, lo más razonable sería la aplicación de un modelo penal social demócrata o bienestarista, toda vez que de esta forma se podrían mitigar o eliminar los efectos discriminatorios que se producen en un sistema liberal (Fernández, 2006, pág. 7).

Además, explica que todo sistema penal, desde la perspectiva de la política criminal, ejerce de alguna manera discriminación social en la medida que, pese a la consagración del principio de igualdad, el derecho penal se aplica a las clases menos favorecidas. Por eso, al aplicar el modelo bienestarista “el sistema penal seguirá destinado a las clases menos favorecidas, pero intentará mitigar sus efectos intrínsecamente perniciosos e incorporar a las clases más favorecidas como una manifestación del principio de igualdad material que el propio sistema está en condiciones de aplicar satisfactoriamente” (Fernández, 2006, pág. 8).

Entonces, concluyendo que el modelo penal liberal discriminatorio está comprendido por dos discursos político-criminales, Fernández pasa a analizar cada uno de ellos.

El modelo penal de seguridad ciudadana, por su parte, responde a un determinado contexto social, por lo que el discurso que impera en Chile contiene características especiales que se deben entender a la luz de nuestras circunstancias sociales, políticas y económicas. Sin embargo, el autor igual desarrolla, basándose en un estudio de Diez Ripollés (2004), algunas de las características de nuestro modelo de intervención penal que tienen una mayor relevancia en el discurso político criminal: Primero, da cuenta del protagonismo que se le otorga en el sistema penal a la delincuencia clásica, en contraposición con el simbólico tratamiento que tienen los ataques graves a bienes jurídicos cometidos por las clases más poderosas. En segundo lugar, manifiesta que existe un predominante sentimiento de inseguridad ciudadana, que si bien no refleja de manera certera las tasas de criminalidad, influye de manera directa en el éxito de medidas “tolerancia cero”, y por ende, del discurso de seguridad ciudadana. De hecho, esto se puede apreciar en la preponderancia que han cobrado los intereses de la víctima, provocando la solidaridad y comprensión por parte de la ciudadanía. En tercer lugar, este modelo se caracteriza por fenómenos como el populismo y la politización, que han implicado que la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y de los conflictos sociales, concebidos mayoritariamente a través de los medios de comunicación, hayan pasado a ser uno de los principales factores a la hora de elaborar y aplicar leyes penales (Fernández, 2006, pág. 12). Esto ha derivado, incluso, en una pérdida de influencia de los grupos de expertos en la fase prelegislativa, y a la vez, en una mayor relevancia de los medios de comunicación y de las víctimas, lo que puede incidir de forma negativa en un discurso racional sobre la criminalidad (Fernández, 2006, pág. 13). Y por último, Fernández agrega que se trata de un discurso de urgencia que se materializa en una actividad legislativa dirigida casi exclusivamente a las disfunciones sociales cometidas por las clases menos favorecidas por el sistema, lo que en la terminología de Silva Sánchez, podría denominarse como un derecho penal de dos velocidades.

Luego, respecto al discurso de la exclusión de las clases poderosas del sistema penal, Fernández da cuenta de la existencia de conductas lesivas para la sociedad que son cometidas por personas que pertenecen a clases más poderosas, pero que se ha considerado

que no merecen protección penal, o incluso, en caso de que sean tipificados, no logran el mismo grado de eficiencia policial y judicial de la delincuencia clásica (Fernández, 2006, pág. 17). Esas conductas lesivas refieren a conflictos sociales de naturaleza macrosocial que se dan en las sociedades de riesgo, que generalmente se cometen por las clases política y económicamente más poderosas, y que adolecen de una conciencia o empatía directa por parte de la sociedad de la dañosidad que provocan. Por ello, es que finalmente este discurso de criminalidad cobra mayor relevancia a la hora de legitimar – o no – su protección penal (Fernández, 2006, pág. 18).

En esta línea, el autor menciona algunos elementos que identifican al discurso político criminal de exclusión de las clases más poderosas, mostrando siempre como referencia el “desastre medioambiental” acaecido en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter.

Una de las principales características de este discurso, en una primera etapa, radica en omitir el verdadero problema social o relegarlo a un papel secundario. Además, ante la posibilidad de que ese daño social pueda ser un delito ambiental o patrimonial, este discurso de exclusión se concentra en enfatizar las “supuestas pérdidas económicas y laborales que supondría la efectiva aplicación del derecho penal y su correspondiente responsabilidad civil por los daños causados” (Fernández, 2006, pág. 22).

Otro de los rasgos distintivo de este discurso de criminalidad es la utilización de grupos de expertos para desacreditar, política y científicamente, las disfunciones sociales empíricamente acreditadas, de acuerdo a su propio interés. Ahora, en caso de que ese proceso de desacreditación no de resultado, los programas de acción intentarán derivar estas disfunciones al conocimiento de vías alternativas al derecho penal. La alternativa más ventajosa sería el derecho administrativo sancionador, puesto que permitiría evitar la estigmatización del proceso penal sobre estos “honorables” ciudadanos de clases poderosas, y la sanción se volvería únicamente pecuniaria, en cuantías irrisorias.

Por otra parte, este discurso de exclusión pretende transformar la disfunción social en un conflicto entre particulares, como son la empresa, trabajadores y determinadas asociaciones, de modo que se pueda evadir cualquier responsabilidad de naturaleza pública, y por ende, la intervención estatal, que en este caso sería a través del derecho penal.

Así, en este estudio Fernández sostiene el predominio en Chile de un discurso político criminal liberal discriminatorio que legitima, por una parte, la aplicación del sistema penal a las clases menos favorecidas a través del discurso de seguridad ciudadana, y por otra, la sustracción de ciertos conflictos sociales a través del discurso de exclusión de las clases más poderosas.

Posteriormente, el año 2013 el académico *in comento* publica otros dos estudios referentes al discurso sobre la criminalidad: **“Análisis crítico del discurso y criminología. Una aproximación interdisciplinar”** y **“El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva”**.

El primero de los artículos recién citados pretende llamar la atención sobre la importancia del discurso a la hora de afrontar, desde una perspectiva crítica, el fenómeno de la criminalidad y las medidas penales de control social. Para ello, se realiza un estudio aproximativo de los principales aspectos del denominado Análisis Crítico del Discurso – en adelante ACD –, especialmente, los relacionados con la política criminal y la criminología.

En primer lugar, desde el punto de vista de Fernández, es necesario comprender que “el ACD es un tipo de investigación analítica del discurso que estudia el modo en que el abuso de poder y la desigualdad social son practicadas, reproducidas y, en menor medida, combatidas por los textos y el habla en un determinado contexto social y político” (Fernández, 2013, pág. 489). Su característica más importante, entonces, se relaciona con el análisis de las estructuras lingüísticas que se utilizan para mantener las relaciones de dominación y desigualdad social.

Al mismo tiempo, el ACD constituye una buena herramienta para aproximarse de forma complementaria a la realidad criminal y el poder punitivo desde una perspectiva crítica. Esto se debe a que tiene un importante acervo común con la criminología y otras ciencias sociales, como las ciencias penales. En este sentido, es necesario tener en cuenta que como toda ciencia social, el ACD tiene una función descriptiva y una vocación de guía de la acción humana, por lo que en los ámbitos de la criminalidad y el *ius puniendi* tiene una dimensión criminológica y otra de política criminal (Fernández, 2013, pág. 490).

Si bien el ACD no se debe considerar como una nueva corriente criminológica, sino como una perspectiva complementaria, lo cierto es que no se ha elaborado una línea específica de investigación que analice la incidencia del discurso en la etiología de la criminalidad y en los medios penales de control social (Fernández, 2013, pág. 496), solo se han analizado aspectos muy concretos, como la Victimología o la violencia de género.

De este modo, Fernández, en el citado estudio, sostiene que existe la necesidad de incluir el análisis del discurso como una perspectiva más dentro de la criminología, al menos la de corte crítico, para comprender el fenómeno de la criminalidad y poder punitivo. Ello, bajo el entendido de que la recogida de datos y la refutación de hipótesis criminológicas, que por sí se encuentran ya mediatizadas por el discurso – científico – resulta insuficiente para retratar la realidad social si no se le complementa con conclusiones de estudios concretos sobre textos u otras formas de reproducción externa de pensamiento, que intenten desentrañar las relaciones de poder y lucha manifestadas en los discursos (Fernández, 2013, pág. 491). Además, en una sociedad del riesgo, determinada por una “nueva era de información”, la realidad discursiva debe constituir un aspecto central a considerar por parte de las ciencias penales (Fernández, 2013, pág. 497).

Luego, en la investigación titulada **“El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva”** Fernández toma como punto de partida lo desarrollado en los estudios anteriores respecto al modelo penal liberal discriminatorio y a la importancia del Análisis Crítico del Discurso,

para establecer una primera aproximación de lo que denomina “el tercer pilar de la política criminal”, constituido por el discurso sobre la criminalidad y el poder punitivo. Para ello, se propone desarrollar algunas características de las prácticas discursivas, dando cuenta de su relevancia en la creación, aplicación y ejecución de normas penales.

La primera particularidad que Fernández destaca respecto al discurso de la criminalidad y el poder punitivo es su ubicuidad. Afecta transversalmente la política criminal, ya que no solo define los conflictos que deben protegerse penalmente y legitima las funciones o fines de la pena, sino que también incide en todas las instituciones y diferentes etapas de la criminalidad, esto es, los debates parlamentarios, la actuación de la policía, de los operadores judiciales, entre otros (Fernández, 2013, pág. 336).

Además, como ya se había mostrado en estudios previos, el discurso de criminalidad liberal discriminatorio en Chile ha logrado que la respuesta que predomina ante distintos fenómenos sociales es el derecho penal, el cual ha asumido funciones que antes eran realizadas por otras formas de control social. Para el autor, “si tenemos presente el alto componente emocional que envuelve al derecho penal, el crecimiento de los medios de comunicación y la competencia entre ellos, no resulta difícil concluir que el discurso de los políticos recurra al derecho penal” (Fernández, 2013, pág. 337).

Por otra parte, el académico manifiesta que la política criminal, como instrumento de control social, necesariamente debe “nutrirse” de todos los planos discursivos posibles: ciencia, ética, dogmática, política, medios de comunicación, etc. Sin embargo, junto con el predominio del modelo penal como medio de control social, se viene constatando a la vez un evidente protagonismo de los medios de comunicación y la vida cotidiana en las decisiones político criminales, lo que a juicio del autor, constituye un ejemplo más del carácter falaz del discurso sobre la criminalidad, y su falta de neutralidad y desprecio por la realidad social difundida por las estadísticas criminales (Fernández, 2013, pág. 338).

Otros rasgos del discurso que se reconocen en este estudio son la especial capacidad discriminatoria que posee el discurso político criminal y su autonomía respecto de la

legitimación ética y el daño social de la conducta. Sobre este último aspecto, Fernández manifiesta que la realidad no queda simplemente reflejada, sino que los discursos poseen una “vida propia”, son en sí realidades *sui generis*. Asimismo, el creciente protagonismo del discurso político criminal a la hora de legitimar bienes jurídicos colectivos o macro sociales encuentra una de sus explicaciones en el hecho de que el discurso posee también una naturaleza supraindividual que, al menos en parte, están formadas por representaciones sociales compartidas.

En este punto, el autor expresa que los discursos penales persiguen constantemente la reducción del miedo y la eliminación de la incertidumbre, lo que se logra a través de la creación de representaciones sociales, estereotipos y prejuicios. A su vez, la creación de estas representaciones sociales son manifestaciones del principio de economía cognitiva y la búsqueda de lo previsible, por lo que son mecanismos – mentales – frecuentemente utilizados, tanto por los receptores del discurso como por sus creadores, para reducir el miedo y demandar seguridad (Fernández, 2013, pág. 348).

En consecuencia, en esta investigación el profesor Fernández procura dar cuenta de los aspectos sociocognitivos del discurso que tratan de explicar por qué el “mundo penal” constituye un atractivo campo de cultivo para la creación de percepciones y actitudes socialmente compartidas (Fernández, 2013, pág. 348).

3.2 Fundamentos: Derecho Penal Constitucional

3.2.1 Jurisprudencia constitucional en el control de las leyes penales, desde la perspectiva de los principios y límites al *ius puniendi*

Para el tratamiento de este tema, Fernández parte de la base de las críticas que ya hizo en “Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos” (2008) al rol que el TC ha tomado en la práctica y a la tensión entre democracia y derechos que ha instaurado la llegada del Estado constitucional.

En ese contexto, en **“El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional chileno en el control de las leyes penales” (2013)**, el autor plantea que con la reforma a la Constitución el año 2005, donde se impulsó definitivamente la protección de los derechos fundamentales y se le dio un rol preponderante al TC en la elaboración y aplicación del derecho penal a través de la instauración del recurso de inaplicabilidad, *a priori*, se debería haber contribuido a la consecución de una mayor racionalidad de las leyes penales (Fernández, 2013, pág. 220). Sin embargo, la principal característica de la jurisprudencia constitucional chilena en el control de las leyes penales radica en el incumplimiento del mínimo control exigible en un Estado constitucional de derecho, toda vez que no se han cumplido las expectativas respecto a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito penal sustantivo.

A modo de ejemplo, Fernández muestra dos sentencias en donde se ha comprometido gravemente el límite mínimo de protección exigible a cualquier Tribunal Constitucional enmarcado en un Estado constitucional, los principios de la reserva de ley penal y la prohibición de discriminación fundada en características personales:

Por una parte, en la STC 19.V.2009, Rol 1191-2008 se muestra cómo el Tribunal Constitucional, ante el requerimiento de inaplicabilidad impuesto por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, declara acorde a la constitución la tipificación del delito de hurto de fluido eléctrico, establecido, primero, en el DFL N.º 1 del año 1982 del Ministerio de Minería, y después, en el DFL N.º 4 del año 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. A pesar de que ambos decretos con fuerza de ley fueron dictados con posterioridad a la Constitución, la cual establece expresamente en sus artículos 19 N.º 3 y 64 inciso 2º que la única fuente creadora de delitos y penas es la ley, la jurisdicción constitucional estimó que esta figura delictiva no vulneraba el mandato de reserva de ley (Fernández, 2013, pág. 225). El Tribunal debió haber declarado inaplicable el delito de hurto de fluido eléctrico, para luego expulsarlo del ordenamiento jurídico, sin embargo, no lo hizo, traspasando los límites impuestos por el modelo procedimental y minimalista de control constitucional de las leyes penales.

Y por otra parte, la STC 4.I.2011, Rol 1683-2010 aborda la constitucionalidad del “homofóbico” artículo 365 del Código Penal, modificado por la ley 19.617. En esta sentencia se justifica la constitucionalidad del delito en la medida que constituye una manifestación del mandato al trato diferenciado, al considerar que los jóvenes hombres homosexuales necesitan de una especial protección penal. Sin embargo, el fallo no ofrece ninguna evidencia empírica que justifique una mayor protección a estas personas, por lo que no nos encontramos ante un mandato de trato diferenciado sino ante la prohibición de discriminación por razones personales – mandato de trato paritario – (Fernández, 2013, pág. 240). En este sentido, la prohibición constitucional de discriminación protege a aquellos grupos de personas que social e históricamente han sido objeto de segregación y exclusión por parte del Estado por razones como, en este caso, la orientación sexual, y forma parte, junto con el principio de legalidad, de la mínima protección que debe exigirse a un tribunal constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

Por último, ante la manifiesta incapacidad del TC en el control constitucional de las leyes penales, el académico enuncia algunas medidas que podrían ayudar, tendientes a un “cambio radical en nuestra cultura constitucional”: la creación de una nueva Constitución que legitime democráticamente a los miembros del Tribunal Constitucional; establecer que el principal criterio para seleccionar a los miembros del Tribunal sea la “meritocracia” y no la orientación política; exigir a los magistrados conocimiento exhaustivo tanto del derecho constitucional como de otras ramas del ordenamiento jurídico, e incluir entre ellos no solo abogados constitucionalistas, sino que también expertos en áreas del derecho especialmente sensibles en materia de derechos fundamentales, como son el derecho penal y laboral (Fernández, 2013, págs. 242-243).

Posteriormente, en el contexto del proyecto FONDECYT N.º 1130076, denominado “Límites al Ius Puniendi y Derechos Fundamentales: Bases para una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales”, el profesor Fernández se propone formular una serie de cambios jurisprudenciales, desde la perspectiva de los límites y principios penales y la dogmática de los derechos fundamentales, a partir de la

sistematización y exposición de algunas de las características de la jurisprudencia del TC en materia penal desde la reforma constitucional del año 2005, publicando así el año 2014 el artículo **“Tribunal Constitucional y Derecho Penal: un estudio crítico”**.

En esta investigación, de la misma forma que se hizo anteriormente, se vuelve a analizar la característica que posee nuestra jurisdicción constitucional en el control de las leyes penales en cuanto al incumplimiento del mínimo control exigible en un Estado de constitucional derecho. Argumentando, igualmente, con las sentencias STC 19.V.2009, Rol 1191-2008 y STC 4.I.2011, Rol 1683-2010, respecto a la vulneración del mandato de reserva de ley y de la prohibición de discriminación por razones personales, respectivamente.

Pero, además, Fernández deja en evidencia el hecho de que el principal medio de control que tiene el TC para evaluar la constitucionalidad de las leyes penales es el recurso de inaplicabilidad, no así el control preventivo. Es a través de este recurso que los tribunales penales, la defensoría pública y la ciudadanía, en general, han podido controlar al poder punitivo respecto de posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Ideas que ya ha sostenido el autor con anterioridad, como son, la irracionalidad del derecho penal sustantivo, las deficientes técnicas legislativas y una dogmática penal centrada en la elaboración de un sistema interpretativo y no en una teoría de la legislación, fomentan esta situación, ya que permiten que el TC funcione mejor para solucionar problemas de irracionalidad del derecho penal, que para cumplir un papel en política legislativa. Esta “huida hacia el Tribunal Constitucional” constituye para Fernández una “innecesaria e ilegítima presión, que afecta tanto sus límites competenciales, como a la elaboración de una adecuada dogmática en el control de constitucionalidad de las leyes” (Fernández, 2014, pág. 202).

En este contexto, una de las características de la jurisprudencia constitucional es que a pesar de que la doctrina del TC ha adoptado la comprensión del recurso de inaplicabilidad como un control de constitucionalidad concreto, lo cierto es que en la práctica la totalidad

de estos recursos han estructurado su fundamentación en base a los efectos abstractos de la ley penal. El problema tiene su origen en el sistema procesal del control de constitucionalidad, que establece la sentencia de inaplicabilidad como presupuesto para la declaración de la inconstitucionalidad y solo para el caso de evaluar la aplicabilidad de la ley en el caso concreto. Entonces, surge la pregunta de cómo abordar las normas que por su naturaleza requieren un control abstracto de constitucionalidad – reglas o prohibiciones constitucionales absolutas –. Lo que ocurre es lo que, en el fondo, se le ha criticado constantemente a la reforma del 2005: se dictan sentencias que solo establecen la inconstitucionalidad de un delito para el caso *sub lite*, fundándolas en reglas constitucionales que tienen efecto *erga omnes* – como el mandato de reserva de ley si es que el delito de hurto de fluido eléctrico se hubiera declarado inaplicable –, por tanto, dejan el delito vigente para futuros casos.

Otra constante de la jurisprudencia constitucional, según Fernández, radica en la mención expresa que se hace “a la autonomía del legislador en materia de política criminal, en especial, en materia de penas para denegar el control de constitucionalidad” (Fernández, 2014, pág. 208). Esta exacerbada deferencia al legislador se deriva principalmente del hecho de que “la imposición de una pena tiene por presupuesto la vulneración de derechos fundamentales que comporta la comisión de un delito, lo que legitimaría una mayor autonomía del legislador para restringir los mismos derechos fundamentales a través de la imposición del injusto típico y la pena” (Fernández, 2014, pág. 209). Sin embargo, para el autor esto no significa que el TC deba establecer una especial deferencia al legislador, sino que es por la injerencia a los derechos fundamentales que implica la imposición de un injusto típico y una pena que éste debe examinar con mayor cuidado las leyes penales.

Por otra parte, el autor destaca como uno de los aspectos positivos de la jurisprudencia constitucional el notable desarrollo que se ha logrado respecto al principio de tipicidad (Fernández, 2014, pág. 210). La Constitución reconoce de forma expresa el mandato de *lex certa*, lo que ha generado que gran parte de los requerimientos de

inaplicabilidad versen sobre el cumplimiento de éste. Por ello, es razonable que este ámbito del derecho penal que se haya desarrollado más, en comparación con otras temáticas.

Además, se pone de manifiesto que en el último tiempo el Tribunal Constitucional se encuentra en un proceso de transformación de los apremios ilegítimos que han sido tildados como manifestaciones de la prisión por deudas, en delitos de mera desobediencia. Sin embargo, el académico no se detiene en la problemática sobre constitucionalidad de ninguna de las dos figuras, en especial, del delito de mera desobediencia, que “son aquellos que no protegen un bien jurídico digno de protección, sino su finalidad se encuentra en facilitar el buen funcionamiento del Estado” (Fernández, 2014, pág. 228).

La siguiente característica que Fernández plantea tiene relación con algo ya adelantado en estudios anteriores: la incorporación parcial del juicio constitucional de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales. Esto significa, que en la mayoría de las ocasiones no se han aplicado de forma ordenada los presupuestos y subprincipios del juicio de ponderación, de modo que en algunos casos no se determina previamente si concurre una finalidad prohibida por la Constitución, y en otros casos solo se realizan juicios de idoneidad y necesidad, sin aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Una última particularidad de la jurisprudencia constitucional a la que hace alusión el profesor Fernández tiene relación con el manejo de la doctrina como una herramienta argumentativa. Si bien el autor destaca la creciente incorporación de doctrina y dogmática en la fundamentación de los fallos del Tribunal Constitucional, también considera que para que esos fundamentos legitimen al tribunal, debe existir un buen manejo de la doctrina, lo que en muchas sentencias no se logra apreciar. En primer lugar, critica el solo hecho de que el Tribunal Constitucional cite a otros autores y fundamentos doctrinales cuando lo deseable sería que fuera la doctrina la que citara al órgano. Además, expresa que incluso cuando las citas son necesarias existen ejemplos que dejan ver que se exponen citas sin elaboración y relación con el contenido del fallo, o que otorgan un sentido contrario al

expresado por el autor citado, o que son extraídas de manuales o textos que debieran citarse de forma subsidiaria u omiten la posición adoptada por la doctrina mayoritaria. Y en segundo lugar, otra deficiencia que existe en este aspecto es la realización de “ciertas interpretaciones dogmáticas penales que no reflejan, contradicen o no se hacen cargo con lo establecido por la doctrina penal mayoritaria” (Fernández, 2014, pág. 231). Al final este desconocimiento, que muestran los fallos, de la doctrina penal más básica es lo que a juicio de Fernández genera la poca incidencia de la jurisprudencia constitucional en la justicia penal ordinaria.

En **“Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales” (2018)**, Fernández y Boutaud toman como referencia dos estudios realizados previamente en el marco del proyecto FONDECYT N.º 1130076³⁹. Si bien se trata de una investigación un poco más específica del tema que ya se viene desarrollando, los autores desarrollan un ámbito que ha sido controversial de la jurisprudencia constitucional chilena.

En la medida que nos encontramos insertos en un Estado democrático de derecho y que los apremios personales constituyen una institución limitativa de derechos fundamentales, en especial, la libertad personal, los autores sostienen la aplicación de los límites y principios penales, como criterios de validez, a esta forma de privación de libertad. En este sentido, la aplicación de los apremios personales “plantea un conflicto constitucional entre los derechos fundamentales a la libertad personal y a la seguridad individual del afectado y el interés, público o privado, de obtener el cumplimiento de una obligación contenida en una resolución judicial” (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 351). Ello ha implicado la intervención del TC, a través de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y la aplicación del juicio constitucional de proporcionalidad para dirimir los conflictos entre derechos fundamentales y bienes o

³⁹ Véase “Tribunal Constitucional y Derecho Penal: un análisis crítico” y “La constitucionalidad de los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas” (Boutaud, 2014).

intereses de relevancia constitucional que se presentan en esta particular forma de privación de libertad. Por esta razón, el citado trabajo se propone reconstruir, desde la perspectiva de los principios y límites al *ius puniendi*, las líneas argumentativas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los apremios personales.

Para Fernández y Boutaud, el conflicto constitucional que se suscita en torno a los apremios personales se puede expresar en los siguientes términos: ¿Cómo conciliar las facultades que la Constitución reconoce a la jurisdicción para ‘ejecutar lo juzgado’ – dentro de los cuales se insertarían los apremios – con los derechos a la libertad personal y la seguridad individual del sentenciado? (2018, pág. 259).

Respecto a este conflicto, el TC se ha pronunciado en el contexto del fallo de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, estableciendo consideraciones que refieren a la naturaleza jurídica de los apremios personales, la aplicación del juicio de proporcionalidad y la concurrencia de otras garantías constitucionales penales, como el principio de culpabilidad y el derecho a un debido proceso. Según los autores, a partir de los argumentos esgrimidos por el tribunal se pueden desprender dos cosas: primero, que se sostiene que la regulación de los apremios personales es constitucional, toda vez que serían “medidas de compulsión desvinculadas del ámbito penal, dictadas por tribunales de justicia como concreción de la potestad de imperio que les reconoce la Constitución” (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 374); y segundo, que se considera que no estamos ante una institución que suponga una injerencia a los derechos fundamentales desproporcionada o vulneradora de debido proceso.

En ese contexto, el estudio sistematiza una serie de críticas desde la perspectiva de los principios y garantías penales implicadas y de la incidencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos:

En cuanto al principio de legalidad, Fernández y Boutaud sostienen que el conflicto se da en torno a la naturaleza jurídica de los apremios personales. Si bien, acertadamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el apremio de arresto no es lo mismo que la

detención o la prisión preventiva, igualmente, existen razones suficientes para afirmar una estrecha relación entre las normas sobre apremios y el derecho penal, y pese a ello, la jurisprudencia constitucional insiste en mantener una sujeción estricta al texto de la ley, sustrayendo completamente a estos apremios de los principios y garantías penales (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 375).

Sobre el principio de proporcionalidad, si bien se reconoce su progresiva aplicación para determinar la constitucionalidad de los apremios impugnados por el recurso de inaplicabilidad, ésta “ha sido parcial y carente de orden, pues no se han aplicado todos los presupuestos y subprincipios que el principio comprende, o se ha hecho mediante declaraciones retóricas de escaso contenido” (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 375). De este modo, el juicio de proporcionalidad se ha utilizado, en la mayoría de los casos, para argumentar la constitucionalidad del apremio de arresto en los casos concretos que el tribunal ha conocido, a pesar de que hayan existido razones, relativas especialmente a la necesidad y proporcionalidad de la medida, para no hacerlo.

Y respecto a las garantías de debido proceso, los autores expresan que “si bien las infracciones al debido proceso han servido para declarar la inaplicabilidad de varios apremios, el Tribunal Constitucional, con carácter general, ha descartado una vulneración al debido proceso, sustentándose en las competencias del legislador atribuidas constitucionalmente” (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 378). Sin embargo, en el entendido de que los apremios personales constituyen una privación de libertad, y que esa limitación de los derechos fundamentales es la que justifica el sistema de garantías procesales, se considera que el Tribunal debió constatar los vicios que adolecen los procedimientos en que se decretan apremios personales, especialmente respecto a derechos mínimos, como el derecho a ser oído, la presunción de inocencia y el derecho a recurso.

Por otra parte, los académicos también ponen en evidencia que la jurisprudencia constitucional ha cuestionado la jerarquía y ámbito de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en este tema, especialmente respecto de la

interpretación de disposiciones como la prohibición de la prisión por deudas y del carácter de “parámetro de control” que tienen los tratados internacionales.

Finalmente, Fernández y Boutaud concluyen que, en Chile, el problema jurídico es tal que solo puede ser resuelto por una reforma estructural, esto es, no a través de una correcta aplicación de los principios y garantías penales, sino que a través de una intervención activa del legislador. De este modo, la propuesta que se hace es la derogación de los apremios personales en el derecho chileno. El hecho de incumplir una obligación o resolución judicial no puede por sí solo justificar una privación de libertad, pero tampoco se puede desconocer que el incumplimiento de alguna de estas obligaciones pueda requerir una sanción pública, por lo que se plantea que cuando se vean comprometidos intereses públicos se pueda discutir la tipificación de un delito, de manera que el derecho penal y procesal penal sean las únicas ramas del ordenamiento jurídico que contemplen privaciones de libertad al ciudadano.

Ahora bien, como una medida paralela, los autores también estiman necesaria la profundización de criterios de interpretación, por parte del Tribunal Constitucional, que permitan conciliar la privación de libertad que implican los apremios personales, con los derechos y garantías constitucionales. Y en este sentido, también agregar otras reglas interpretativas que permitan “mitigar el peligro que subyace de todo apremio personal: la prohibición de la prisión por deudas y, especialmente, evitar que la pobreza sea la causa latente en la aplicación de un apremio personal” (Fernández, J.A. y Boutaud, E., 2018, pág. 382).

3.2.2 Dogmática de los principios y límites penales

Si bien, anteriormente, el profesor Fernández ya había dado luces contundentes de la importancia de los principios y límites al *ius puniendi* en la fundamentación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, en las publicaciones cuyo contenido se expondrá a continuación, se profundiza en la propuesta de elaboración de una

dogmática integrada por la dogmática de los principios y límites penales y la dogmática constitucional, especialmente la de los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva de Fernández, una de las principales deficiencias del desarrollo de la dogmática de los límites y principios penales radica en el hecho de que “no se han delimitado e interpretado a tenor de las distintas racionalidades jurídicas, a saber, la legislativa, la judicial y la constitucional” (Fernández, 2015, pág. 54). Nos encontraríamos ante principios, reglas y garantías que, o bien pueden – o deben – aplicarse a todos los operadores jurídicos y políticos relacionados al derecho penal, o bien únicamente al legislador penal. Ello, contribuiría, para el autor, al “escaso desarrollo y aplicación de la dogmática de los principios penales en la fundamentación de las sentencias de los tribunales constitucionales relativas al derecho penal” (Fernández, 2015, pág. 54).

Entendiendo el impacto que tiene este problema en la fundamentación de la constitucionalidad de las leyes penales, Fernández (2015, pág. 55) sostiene que el principal desafío que debe abordar las ciencias penales reside en una elaboración de una dogmática de los principios y límites al *ius puniendi* aplicable al control de constitucionalidad de las leyes penales. En otras palabras, para desarrollar de una forma adecuada el control constitucional de las leyes penales se debe integrar la dogmática de los límites al *ius puniendi* y la dogmática general del derecho constitucional, en especial, de los derechos fundamentales.

Así, en el marco del proyecto FONDECYT N.º 1130076, el académico *in comento* publica el estudio denominado **“Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales” (2015)**, donde sostiene que para desarrollar esta dogmática integrada se debe analizar tres cuestiones previas: primero, el problema entre la dogmática general y las dogmáticas específicas sobre los derechos fundamentales; segundo, el impacto del paradigma neoconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes penales; y tercero, la distinción entre reglas y principios en

el derecho constitucional y, especialmente, la derrotabilidad de las normas constitucionales estructuradas como reglas.

En cuanto al primer punto, la problemática entre la dogmática general y las dogmáticas específicas sobre los derechos fundamentales se centra en las dificultades de concreción de los derechos fundamentales, causadas por la naturaleza abstracta que tienen las declaraciones de derechos. Esa concreción se puede realizar a través de una dogmática general o una dogmática especial, pero qué es lo que debe entenderse por cada una es lo problemático, puesto que la última es la que determina la incidencia de los derechos fundamentales en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico, como en este caso, el derecho penal. Por ello, el profesor Fernández (2015, pág. 57) sostiene que es necesario un mayor desarrollo en Chile no solo de las condiciones que requiere la dogmática constitucional para la adecuada tutela de los derechos fundamentales, sino que también de las especificidades que requiere la dogmática penal de los límites del *ius puniendi*. De hecho, afirma que la mayor parte de los límites o principios penales no están establecidos en la Constitución y deben incorporarse a través de normas implícitas, por lo que “una de las principales tareas de una dogmática integrada en el control de constitucionalidad de las leyes penales reside en identificar o concretar qué límites y principios penales forman parte del acervo constitucional (chileno)” (Fernández, 2015, pág. 58).

En segundo lugar, Fernández manifiesta que el nuevo paradigma constitucional no debe equipararse con el neoconstitucionalismo, toda vez que existe desacuerdo entre algunas de sus características y acepciones. Uno de los ejemplos que existen de este disenso se encuentra en las concepciones garantistas y principialistas sobre el nuevo paradigma constitucional.

En contraposición con el constitucionalismo garantista, que entiende el nuevo paradigma constitucional como un reforzamiento del positivismo jurídico, el académico *in comento* considera que es el constitucionalismo principialista el que se adecúa mejor a la problemática de los límites al *ius puniendi*. Entre las principales razones que fundamentan

esto están: se establece una conexión entre derecho y moral para la justificación de las decisiones jurídicas; se afirma que las normas constitucionales están estructuradas no solo como reglas, sino que también y principalmente, como principios; y en la medida que aparecen normas de contenido moral, que deben respetarse en la mayor medida de lo posible, se establece la ponderación, en oposición a la subsunción, como mecanismo principal de la jurisdicción constitucional para superar conflictos entre ellas mismas o con reglas constitucionales (Fernández, 2015, pág. 63). De este modo, esta concepción impulsaría una mayor integración de los límites al *ius puniendi* a través del principio o juicio constitucional de proporcionalidad.

Ahora bien, en este respecto Fernández considera que el aspecto más relevante es que “un adecuado desarrollo de una constitución principialista a través del juicio de proporcionalidad debería derivar en una constitución garantista o normativa articulada en reglas, donde estas estarían conformadas en su mayoría por normas adscritas a principios” (Fernández, 2015, pág. 63).

Luego, en relación al último tema desarrollado por Fernández en este estudio, se concluye que la dogmática en el control constitucional de las leyes penales debe constar de dos elementos esenciales. El primer elemento comprendería las reglas constitucionales o prohibiciones absolutas, de modo que “se evite la tentación de acudir a los principios constitucionales como fundamento para validar vulneraciones a las propias normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales” (Fernández, 2015, pág. 76). Y sobre el segundo elemento, el autor propone que éste solo se debe contemplar si es que se acepta una tesis débil respecto a la distinción entre reglas y principios, y su objetivo deberá ser identificar los principios especialmente protegidos o reglas susceptibles de ser derrotadas (Fernández, 2015, pág. 76). Además, sugiere que en la sistematización de los límites al *ius puniendi*, posteriormente a la distinción entre reglas y principios, se realice una distinción respecto de los últimos entre principios en sentido estricto y directrices.

La más reciente publicación del profesor Fernández en torno la elaboración de una dogmática de principios y límites al *ius puniendi* aplicable al control de constitucionalidad penales se titula **“Bases para una reconstrucción estructural de los principios penales en el ámbito del control de constitucionalidad” (2019)**. En este estudio, se pretende establecer las bases teóricas y metodológicas de una reconstrucción estructural de los principios límites, garantías y mandatos penales, a través de las categorías de reglas, principios en sentido estricto y directrices desarrolladas por Atienza y Ruiz Manero en “Las piezas del derecho”.

Para elaborar esta propuesta de reconstrucción Fernández parte de la base de dos ideas que ya ha desarrollado con anterioridad: primero, la problemática generada por la confusión que existe respecto del contenido y operatividad de los principios penales; y segundo, que la propuesta del autor para afrontar esa problemática parte del supuesto de que las categorías conceptuales desarrolladas por la teoría del derecho pueden constituir el punto de partida de una dogmática integrada entre la dogmática de los derechos fundamentales y la dogmática de los límites y principios penales. Además, por otra parte, sostiene que esta reconstrucción estructural de principios penales se justifica en la medida que el principal test de constitucionalidad para resolver conflictos entre derechos y bienes constitucionales, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, toma como referencia un derecho constitucional articulado en reglas y principios (Fernández, 2019, págs. 163-164).

Ahora bien, de acuerdo a la investigación citada, es a partir del modelo propuesto por Atienza y Ruiz Manero respecto a la diferenciación entre principios y reglas, y en el entendido de la derrotabilidad de las reglas en favor de los principios, que es posible clasificar los derechos fundamentales desde una perspectiva estructural, como reglas, principios, directrices y principios especialmente protegidos. Dependiendo de qué categoría conceptual se trate se aplicará un test de constitucionalidad o proceso de interpretación distinto. Así, para una regla constitucional corresponderá el test de subsunción, mientras

que para un principio constitucional se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido amplio.

De este modo, Fernández (2019, pág. 177) considera que se puede apreciar que “la reconstrucción de los límites penales en reglas y principios despliega importantes consecuencias en la dogmática de control de constitucionalidad: la justificación del test o juicio de constitucionalidad aplicable”. En otras palabras, la reconstrucción permite que se apliquen los distintos test de constitucionalidad de forma correcta, y en ese sentido, el autor propone dos líneas generales para el control de constitucionalidad de las leyes penales:

En primer lugar, al igual como ya había sostenido en un estudio anterior, establece que la dogmática integrada de los principios penales debe tener como primera tarea señalar las reglas constitucionales en materia penal, de modo que éstas tengan una aplicación preferente respecto de los principios en el sistema de control constitucional. Así, ante la vulneración de la regla constitucional existirían tres posibilidades:

La primera, aplicable en la mayoría de los casos, es la declaración de inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional; la segunda, radica en una interpretación conforme a la Constitución que permita adecuar esta norma a la regla constitucional; y la tercera y más excepcional, la posibilidad de un conflicto constitucional entre una regla y un principio, y que el resultado final de la ponderación consista en la aplicación preferente de éste, entendido como un caso de derrotabilidad de una regla constitucional (Fernández, 2019, pág. 178)

Y en segundo lugar, manifiesta que se debe determinar si es que el caso en cuestión trata de un conflicto constitucional entre principios. Si es así, habrá que establecer si uno de los principios revela una mayor protección abstracta, debiendo aplicar el test básico de proporcionalidad solo en caso de que ambos sean de igual jerarquía.

Por otra parte, para el académico, una reconstrucción de los principios y límites penales en reglas, principios y directrices no sirve solo para comprender de forma correcta cómo operan éstos en el control de constitucionalidad, sino que también, desde una perspectiva estructural, sirve para determinar cómo opera cada uno de los principios penales como razones para la acción, y cómo se manifiestan las relaciones de poder en el

razonamiento jurídico. De esta manera, a partir del contenido deóntico de cada principio o límite penal, se debe determinar su estructura normativa – si es que son reglas, principios o directrices – y la forma en que interactúan entre sí en caso de conflicto.

3.3 Método: Interpretación de la ley penal conforme con la Constitución

Las investigaciones del profesor Fernández que se expondrán a continuación, se proponen dar cuenta de la importancia de la interpretación conforme a la Constitución – en adelante ICC – en el derecho contemporáneo. Mientras que en el primer artículo se intenta dar una aproximación conceptual de la ICC para así poder contribuir a la discusión nacional, solo tomando como referencia el derecho penal, en el segundo estudio se pretende evidenciar que la ICC constituye un mecanismo de control de constitucionalidad adecuado para solventar problemas de certeza en la descripción de normas penales.

Así, en **“La Interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual” (2016)** se define la ICC, en un primer acercamiento, como “una interpretación de una norma infraconstitucional de acuerdo con la Constitución, que tiene como finalidad evitar una sentencia estimativa de inconstitucionalidad” (Fernández, 2016, pág. 154). Al mismo tiempo, el autor señala que esta interpretación tiene un aspecto positivo y otro negativo. Mientras el primero refiere a la interpretación o comprensión de la norma infraconstitucional de acuerdo con la Constitución, el segundo consiste en la expulsión de la comunidad jurídica de una interpretación o contenido normativo. Para la doctrina este último aspecto constituye el efecto distintivo de la ICC.

De esta forma, la ICC constituye un ejemplo más del fenómeno de Constitucionalización del derecho. Nos encontramos, según Fernández, ante una forma de creación o cambio normativo sin modificación de texto que detenta de una autonomía conceptual que, a su vez, se manifiesta en el establecimiento de “condiciones interpretativas de constitucionalidad”. De este modo, la ICC constituye una forma de interpretación y también una técnica de control de constitucionalidad. Por una parte, el proceso de interpretación se configura cuando se añade o excluye una o más condiciones de aplicación

a la norma infraconstitucional, y por otra, el control de constitucionalidad se evidencia en la estructura condicional de la sentencia (Fernández, 2016, pág. 170).

A partir de la aproximación conceptual de la ICC que Fernández desarrolla en este estudio, propone algunos criterios de interpretación, principalmente, de segundo orden, esto es, unas reglas que nos permitan justificar su uso como mecanismo de control de constitucionalidad.

El primer criterio de interpretación que plantea refiere a fundamentaciones estructurales e institucionales. Respecto a las primeras, el autor explica que si se entiende la ICC como una interpretación en abstracto que solo puede tomar como referencia reglas constitucionales, se estaría ante un proceso y resultado interpretativo en el control de constitucionalidad de las leyes previo al control concreto de constitucionalidad. Y en cuanto al fundamento institucional, se sostiene que el principio de conservación de las normas otorga una preferencia a la ICC respecto de los juicios de constitucionalidad, que tienen como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad (Fernández, 2016, pág. 183).

Luego, el segundo criterio formulado establece que los tribunales constitucionales solo deben centrarse en declarar las interpretaciones que resulten claramente contrarias a la Constitución, mientras que los tribunales ordinarios – superiores – deben abocarse a la determinación de la mejor interpretación posible de acuerdo a la Constitución. Ello se debería a la inexistencia de una diferencia estructural entre la ICC realizada por los tribunales constitucionales y la interpretación orientada a la constitución realizada por los tribunales ordinarios (Fernández, 2016, págs. 182-183).

Un tercer criterio de interpretación supone que los tribunales constitucionales, a la hora de establecer el sentido de una ley, se centren en la expulsión de los contenidos normativos que sean claramente contrarios a la Constitución, sin apartarse de las interpretaciones ya existentes en la *praxis* jurisprudencial. En este sentido, el académico manifiesta la necesidad de también establecer criterios de interpretación que permitan

determinar cuándo sea necesario utilizar la ICC, destacando: (1) que el problema interpretativo se centre en la aplicación de normas constitucionales; (2) que estemos ante un “caso difícil”; y (3) que una determinada interpretación de una norma de acuerdo con la Constitución, tanto positiva como negativa, ostente una mayor fuerza vinculante (Fernández, 2016, pág. 184).

Por último, un cuarto criterio de interpretación expuesto por Fernández establece que cuando la ICC se encuentre ante la tutela de derechos fundamentales deberían prevalecer los criterios de corrección.

Por otra parte, sobre el contenido material de la ICC, el académico aboga por una aproximación coherentista limitada y crítica de la interpretación jurídica, que resulta aplicable a la interpretación constitucional, y en concreto, a la ICC. Esta aproximación acepta la interacción de textos como medio para consolidar los significados o el contenido normativo de un enunciado jurídico, pero también entiende que parte de éste tiene su explicación en las relaciones de poder. Así, “este contenido de poder – irracional – exige o demanda una interpretación de la ley conforme con la Constitución que cumpla con una función de garantía y límite al poder del Estado, así como de transformación social” (Fernández, 2016, pág. 173).

Posteriormente, en la publicación del año 2017, titulada “**La Interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza**”, como ya se mencionó, Fernández pretende fundamentar que la ICC constituye un mecanismo de control de constitucionalidad adecuado para solventar problemas de certeza en la descripción de las normas penales. Ahora bien, esta técnica de control de constitucionalidad encuentra un límite ineludible: “si la disposición normativa no contiene un mínimo de precisión y claridad, el Tribunal Constitucional debe declarar su inconstitucionalidad y, por tanto, abstenerse de realizar una ICC” (Fernández, 2017, pág. 673).

La ICC efectuada por los tribunales constitucionales a la hora de controlar la constitucionalidad de una ley penal presenta ciertas particularidades respecto de la

aplicación del principio de legalidad y el mandato de certeza. En este sentido, los problemas relacionados con la incerteza o la excesiva determinación de una norma penal se pueden dar por dos causas: por una parte, cuando existe un defecto en la descripción o construcción de la norma penal, y por otra parte, cuando hay un conflicto constitucional, esto es, un conflicto entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y la protección de un bien jurídico – constitucional – (Fernández, 2017, pág. 655).

En cuanto a la primera situación descrita, correspondiente al defecto en la descripción de la norma penal, el problema de incerteza o excesiva determinación de una norma penal puede derivarse de un defecto de sobreinclusión o de infrainclusión. Frente a ello, el autor sostiene que en el contexto del modelo penal de seguridad ciudadana, la ICC debería adquirir una mayor relevancia como mecanismo corrector en los casos de sobre inclusión y de ausencia injustificada de certeza, esto es, cuando el legislador haya pretendido ampliar ilegítimamente el ámbito de aplicación de la norma penal (Fernández, 2017, pág. 656).

Por otra parte, si los problemas de certeza se originan por conflictos constitucionales, Fernández argumenta que solo si la norma penal imprecisa supera el mínimo de certeza exigido por la Constitución, el Tribunal Constitucional puede, a través de una ICC, ampliar o reducir su contenido normativo de tal forma que ambos los principios constitucionales en conflicto se vean garantizados en la mayor medida posible (Fernández, 2017, pág. 660).

Ahora, respecto a los conflictos internos que existen entre los diferentes fines o fundamentos del mandato de certeza, se afirma que la precisión e igualdad en la aplicación de la ley deben primar sobre la claridad en la descripción de la disposición normativa. Las implicancias que esto tiene para la ICC, radica en que, primero, si el Tribunal Constitucional decide acudir a ella, debe centrarse en precisar y concretar la norma más que en aclararla, pero además, si ésta ICC va, claramente, más allá del sentido literal posible y

de la voluntad de la ley, solo será admisible en caso de que favorezca al justiciable (Fernández, 2017, pág. 673).

Finalmente, el académico *in comento* sostiene que “el TC debe limitar la utilización de la ICC a los casos en que, de acuerdo con las peculiaridades del conflicto social y el bien jurídico protegido, se puede establecer que el legislador penal ha delegado en los tribunales ordinarios la precisión y concreción de una norma penal” (Fernández, 2017, pág. 673). De todas formas, para Fernández esa delegación debe complementarse con una jurisprudencia unificada que, a través de una mayor precisión y concreción del texto normativo, garantice unas mínimas cotas de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley.

3.4 Teoría del Delito: Delito imprudente o cuasidelito

El Dr. Fernández ha desarrollado el tema de la responsabilidad penal imprudente en dos ocasiones. Primero, el 2001 publicó en la revista *El Consultor Inmobiliario* el artículo **“Estudio de la última doctrina del Tribunal Supremo relativa a la imprudencia punible en la construcción”**, y posteriormente, el 2002, la *Revista de Derecho de la Universidad Austral* editó el artículo **“El delito imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”**, texto que vuelve a formular las afirmaciones hechas en el primero, rectificando algunas de ellas, especialmente las relativas a la configuración de la estructura del delito imprudente. Es por ello, que a continuación, nos remitiremos solo a lo expuesto en este último.

En esta investigación, el profesor Fernández busca proponer una forma de determinación de la responsabilidad penal imprudente en el seno de las organizaciones de personas, como es el caso, por ejemplo, de los médicos. Por ello, inicia el análisis con aproximaciones al tratamiento actual de la imprudencia, para luego exponer criterios que sirvan como punto de partida a la doctrina penal chilena en la elaboración de una teoría general de imputación de la imprudencia que aplique a los intervinientes de los grupos organizados.

Respecto a la teoría del delito imprudente, y en específico al concepto y estructura del tipo imprudente, recoge la doctrina desarrollada por la Escuela Finalista y autores como English y Mezger, que incluyen el estudio de los conceptos de dolo y culpa en el ámbito de la tipicidad, y constituyen como la base de la imputación criminal a título de imprudencia, el *deber objetivo de cuidado*.

El autor parte del presupuesto dogmático que establece que tanto la imprudencia como el dolo no constituyen conceptos psicológicos, sino que términos normativos, puesto que ambos tendrían su fundamento en la infracción de un deber como concreción de la norma de conducta (Fernández, 2002, pág. 106). La diferencia radica en que si se conoce el deber, y a pesar de ello se realiza el hecho típico sin querer evitarlo, se incurre en una conducta dolosa; en cambio, el fundamento de la conducta imprudente estriba en un deber de evitación mediato o indirecto (Fernández, 2002, pág. 106).

Así, basándose en las diferentes sistematizaciones que ha ofrecido la doctrina, en específico importantes penalistas españoles, como son Mir Puig y Cerezo Mir, el profesor Fernández da la siguiente propuesta sobre la estructura de los delitos imprudentes:

Sobre la tipicidad del delito imprudente, entiende que ésta consta de dos partes: un tipo objetivo y un tipo subjetivo compuesto por dos elementos positivos y un elemento negativo.

La tipicidad objetiva refiere a que el tipo imprudente posee un ámbito de aplicación autónoma que circunscribe a la acción típica, y no debe confundirse con los criterios normativos de la imputación objetiva que opera en el ámbito del tipo doloso de resultado. Ahora, para establecerla es necesario: 1) Determinar si se ha producido una omisión de la diligencia debida, como desvalor de la acción; 2) En caso de estar ante un delito de resultado, será necesaria la realización de un segundo juicio que coincide con los criterios de imputación objetiva del resultado en el tipo doloso (Fernández, 2002, pág. 107). De esta forma, habrá que establecer la existencia de una relación causal entre la omisión de la diligencia debida y el resultado, para posteriormente realizar “una constatación de que el

resultado es expresión del riesgo implícito en la acción, o bien de los que pretende evitar la norma penal” (Fernández, 2002, pág. 108). Esta última comprobación es necesaria para Fernández, puesto que si bien es cierto que en la mayoría de los casos el riesgo de la omisión de la diligencia debida, establecida en la relación de causalidad, se reproducirá en la imputación objetiva del resultado, en algunos supuestos no ocurrirá así.

Luego, la imputación subjetiva del tipo imprudente implica la identificación de tres elementos en la conducta: 1) Que el sujeto haya querido la realización de la conducta descuidada; 2) La previsibilidad objetiva de los elementos del tipo objetivo, vale decir, que el actor haya podido al menos prever los riesgos que implicó la omisión de la diligencia debida; 3) Que el autor no haya querido cometer el hecho resultante, o sea, el tipo doloso (Fernández, 2002, pág. 109).

En cuanto a la imputación personal de la responsabilidad del autor del delito imprudente, debe estudiarse la denominada previsibilidad o evitabilidad subjetiva, es decir, una individualización del riesgo. Ello implica que si se quiere realizar la determinación de la diligencia debida a través de un juicio que consiste en ponerse en la situación ex ante del sujeto, habrá que tener presente sus especiales cualidades y conocimientos.

Ahora, toda vez que la omisión de la diligencia debida constituye el eje fundamental del delito imprudente, en la medida que se incluye a la imprudencia en el estudio del injusto típico, es necesario tener en consideración la naturaleza objetiva y general de la infracción de un deber de diligencia o cuidado. Ello supone que a todos los ciudadanos que se encuentren en la misma situación se les impone una diligencia atribuible a todo sujeto inteligente o cuidadoso. Así, existe una conducta objetivamente imprudente siempre que se haya infringido este deber de cuidado objetivamente debido, de modo que si el sujeto no ha quebrantado la norma de cuidado y ha mantenido la diligencia exigida, no realizará el hecho típico aunque pueda lesionar un bien jurídico protegido (Fernández, 2002, pág. 111).

En este sentido, Fernández sugiere que, primero, en las sociedades modernas altamente tecnificadas, la infracción del deber de cuidado normalmente se manifiesta en la

superación de un riesgo no permitido, el cual va a variar dependiendo de la actividad de que se trate; y segundo, que a partir del principio de mínima intervención y *ultima ratio*, la “imprudencia mínima” queda excluida, aunque de ella pueda originarse un resultado grave (Fernández, 2002, pág. 111).

Además, sobre este punto, manifiesta que la determinación de una conducta imprudente puede realizarse a través de tres vías, ya sea de forma individual o acumulativa: 1) Por la infracción de normativas extrapenales; 2) Por infracción de reglas técnicas (*Lex artis*) que fijan el cuidado objetivamente debido en el desempeño de la profesión; 3) Por la contravención de los criterios de conducta que observaría en esa situación una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social.

Por otra parte, acerca de la distinción entre el tipo doloso y el tipo imprudente, Fernández concluye que tanto en la teoría como en la práctica se ofrecen muchas soluciones posibles en torno a la línea divisoria entre el dolo e imprudencia, lo que al final hace que esta sea una de las situaciones en donde más inseguridad jurídica existe (Fernández, 2002, pág. 113). En gran medida, esta difusa distinción se debería, primero, a que el estudio de los límites del conocimiento son propios de disciplinas como la psicología y la psiquiatría, no de los dogmáticos; y segundo, a que el Código Penal solo hace referencia al elemento intelectual como un elemento característico del dolo, o al menos de forma parcial, al regular el error de tipo en el artículo 1, lo que lleva a plantearse su relevancia como criterio determinante para diferenciar entre el tipo doloso y tipo imprudente y dejando así la discusión abierta.

De esta manera, el académico expresa que, al final de cuentas, estamos ante un problema de prueba o determinación fáctica con respecto a la presencia o ausencia de un conocimiento actual, por lo que la teoría del delito no puede aportar mucho a la solución de este problema, más que manifestar que, en base a la interpretación de los hechos, habrá dolo eventual si el sujeto aceptó el posible resultado o puesta en peligro del bien jurídico

protegido (Fernández, 2002, pág. 115). En otras palabras, la inseguridad jurídica existirá mientras siga faltando una teoría sobre cómo deben interpretarse los hechos.

Finalmente, respecto a la determinación de la omisión de la diligencia debida en las organizaciones de personas, se destacan los parámetros que resultan más útiles para ello: los principios de confianza y división del trabajo, y las teorías de dogmática penal que tratan la contribución plural a un hecho culposo.

El principio de confianza, por su parte, plantea la idea de que el ciudadano no tiene la obligación permanente de controlar las actuaciones de todos los demás, en el entendido de que las personas deben ser reconocidas como sujetos responsables. Así, este principio supone la transmisión del dominio del riesgo a otro, pero para que se produzca esa transmisión debe determinarse el límite tolerado de confianza en el comportamiento cuidadoso de ese “otro”. Por ello, es que para su aplicación se han distinguido dos presupuestos: primero, el conocimiento de la cualificación de los miembros de una organización, y segundo, la distribución del trabajo de forma adecuada, acorde a las capacidades de cada uno.

En el caso de las actividades realizadas por un equipo de personas, este principio se encuentra estrechamente relacionado con el principio de división del trabajo, en el sentido de que las estructuras empresariales modernas contemplan un sistema de distribución de atribuciones, delegación de funciones y confianza entre las distintas jerarquías.

En el supuesto de delegación del trabajo de carácter vertical, es decir, cuando los sujetos se vinculan por una relación de subordinación jerárquica, existirán los deberes del delegado y los del delegante, de controlar y vigilar el deber de diligencia de sus subordinados. De esta forma, cuando el control de origen esté asignado al delegante, es decir, éste sea el encargado de tomar las medidas de precaución, su título de imputación penal será el de comisión por omisión, sobre todo si la vigilancia es su principal función (Fernández, 2002, pág. 116).

Sin embargo, en ámbitos profesionales “peligrosos”, como la medicina, no se debe atribuir automáticamente la responsabilidad penal al superior jerárquico, puesto que hay casos en que efectivamente se ha transmitido el riesgo. Eso pasará cuando el delegante obra diligentemente en la elección del delegado en cuanto a su capacidad profesional, la cual se evalúa principalmente con el título profesional general o de especialidad, y en la ejecución de sus funciones de vigilancia. Ahora bien, es esencial para que realmente se produzca la traslación del deber de cuidado que hayan existido las condiciones para afirmar que el delegado tenía el dominio o control fáctico del riesgo derivado de la actividad. No obstante, el delegado que sea incompetente para cumplir la función que se le ha encomendado realizar con el cuidado necesario para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos, podrá responder por la denominada *culpa por asunción*, ya que se entiende que éste debió haber observado un deber objetivo cuidado consistente en abstenerse de aceptar el cargo para cuyo cumplimiento no está capacitado (Fernández, 2002, pág. 117).

En el caso de la relación profesional horizontal, para imputar el resultado imprudente se debe: en primer lugar, determinar si el sujeto delegado está capacitado para asumir lo que se le encarga, solo si ello es afirmativo, la responsabilidad se transmite y el delegante queda exonerado; y en segundo lugar, si no se transfirió la responsabilidad, se tendrá que considerar si es que se le pudo exigir al delegado que rechazara la petición, caso en el cual concurrirá *culpa por asunción* (Fernández, 2002, pág. 118).

En síntesis, Fernández sugiere que el principio de confianza debe ser evaluado de acuerdo al modo en que el directivo de la organización haya observado el cuidado objetivamente debido al distribuir tareas, seleccionar personal, distribuir tareas y supervisar las actuaciones. De este modo, mientras menor sea la capacidad de sus colaboradores, mayor será el deber de supervisión del directivo, y por tanto, menor será la aplicación del principio de confianza.

Por otro lado, la “contribución plural a un hecho culposo” es el reflejo dogmático penal de la determinación de la responsabilidad penal imprudente en el seno de las organizaciones conforme con los criterios que se mencionaron anteriormente.

Actualmente se discute por los dogmáticos penalistas sobre la posibilidad de aplicar las formas de autoría y participación en el delito imprudente. Al respecto, Fernández manifiesta inclinarse por los postulados de la teoría del dominio de hecho, la cual niega la posibilidad técnica de la participación imprudente, pero no abogan por su impunidad, sino que aportan un concepto unitario de autor en el delito imprudente, “de modo que la contribución imprudente de varios sujetos en un hecho punible se considera en todo caso autoría imprudente” (Fernández, 2002, pág. 119). En este sentido, bastará con demostrar en el proceso que una acción ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para calificarlo como autoría de un delito imprudente.

De todas formas, el profesor Fernández no considera acertado de parte esta teoría, el hecho de que se pretenda convertir en autoría cualquier contribución causal al hecho calificado como imprudente. Expresa que “no toda contribución causal será considerada como autoría, sino solo aquellas que cumplan los requisitos establecidos por la teoría de la imputación objetiva” (Fernández, 2002, pág. 120). Ahora, si bien es cierto que no toda contribución causal debe tener el mismo tratamiento penal, el camino para arreglarlo no es la creación de una figura jurídica ficticia como la “participación imprudente”. Ante ello, el autor propone dos vías de solución: “o bien establecer una cláusula que disminuya la pena, o bien, y ésta sea quizá la más correcta, romper el título de imputación, es decir, calificar de forma independiente cada contribución al resultado imprudente” (Fernández, 2002, pág. 120).

Por último, establecida la imposibilidad de la participación en el delito imprudente, toda vez que ello podría significar un quiebre del principio de proporcionalidad de las penas, es necesario preguntarse si es que es posible aplicar todas las formas de autoría. Sobre esto, el académico recoge lo postulado por Bustos Ramírez (2002): respecto a la

autoría mediata, la utilización de un instrumento personal en un hecho culposo realmente significa un hecho doloso, y en el caso de la coautoría, ésta supone un dominio de todos los autores sobre el hecho y una repartición funcional de su realización, lo que presupone también un delito doloso.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS POSTULADOS DE JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ EN RELACIÓN AL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE RACIONALIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES

En el presente capítulo se realizará un análisis más específico del trabajo dogmático del profesor José Ángel Fernández, en particular sobre su propuesta relativa al principio de proporcionalidad en sentido amplio como el contenido del control constitucional de las leyes penales, con el objetivo de racionalizar el proceso de elaboración de las leyes penales. Pareció interesante analizar los fundamentos filosóficos del juicio de ponderación, con sus virtudes y defectos, para luego vislumbrar en qué escala se replican en la jurisprudencia constitucional chilena y en qué medida resulta un aporte efectivo para la racionalización.

1. PROPUESTA DE JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN MEDIO DE RACIONALIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES

Como se podrá haber apreciado en el capítulo II, el punto de partida del análisis de José Ángel Fernández es el “estado inadmisibles” del derecho penal, específicamente el chileno, debido principalmente a su “ilegítima expansión” en el marco de la nueva sociedad del riesgo y el modelo penal de seguridad ciudadana, que han supuesto la vulneración de los denominados principios penales y límites al *ius puniendi* (Fernández, 2008, págs. 343-345). El académico manifiesta que la doctrina apunta a que el problema tiene su origen en sede legislativa, aduciendo a varias razones, entre las que destaca el hecho de que la teoría del derecho de los siglos XIX y XX ha centrado su estudio específicamente en la descripción y sistematización del derecho, más que en la misma producción legislativa, como si las leyes fueran un dato inmutable del que habría que partir el estudio. La elaboración de las normas jurídicas ha sido considerada una tarea más bien política, un medio legítimo a través del cual los legisladores representan los intereses de las coaliciones políticas que integran, de modo que se ha renunciado a elaborar una teoría de la legislación.

Así, la propuesta de José Ángel Fernández radica en la necesidad de elaborar una teoría de la legislación que sirva para racionalizar la legislación penal, entendiendo que en un Estado constitucional de derecho existen dos fases de racionalidad en la creación de las normas penales: el proceso legislativo en sí mismo –racionalidad legislativa positiva– y el control previo de constitucionalidad de las leyes penales –racionalidad legislativa negativa—.

Ahora bien, hay que tener presente que si se habla de un modelo general de racionalización del derecho penal, el académico expresa que se deben contar todas las siguientes etapas: “el proceso de legitimación de la decisión político criminal, el de elaboración de las leyes penales, el de interpretación y el de aplicación o ejecución y, transversalmente, el de racionalización constitucional” (Fernández, 2009, pág. 233). Y en este sentido, lo primero que plantea es que como presupuesto previo a la creación, interpretación y aplicación de las normas penales se debe contemplar el primer criterio de racionalización de las leyes penales: la inclusión de las tres legitimaciones, esto es, los discursos éticos, sociales y democráticos.

Luego, un segundo criterio de racionalización que propone Fernández, que será en el que nos centraremos en el presente capítulo, atiende ya al proceso de elaboración de las leyes penales y refiere a la contemplación del principio de proporcionalidad o juicio de ponderación como “una herramienta argumentativa y sistematizadora de los principios penales y límites al *ius puniendi* a través, fundamentalmente del control de constitucionalidad de las leyes penales” (2008, pág. 343). De todas formas, hay que hacer presente que, a juicio del autor, el principal ámbito de aplicación de este principio debiera ser en el propio proceso de creación normativo, como un criterio para concretar el contenido de los derechos fundamentales, y además, debiera ser un parámetro incorporado por todos los órganos jurisdiccionales, no solo el TC, de tal manera que el discurso jurídico sea uniforme en la elaboración como en la aplicación de la ley (Fernández, 2010, pág. 59).

Fernández manifiesta que el principio de proporcionalidad puede ser concebido como un *test* de constitucionalidad de las leyes, esto es, la aplicación concreta al derecho constitucional de este principio, el que debe ser entendido como una obligación de ponderar las intervenciones estatales – prohibición de exceso – y como una regla de interpretación de los derechos fundamentales (Fernández, 2010, pág. 58). Constituiría, de esta forma, un juicio de solución de conflictos entre derechos constitucionales, cuyo contenido, a juicio del académico, debería estar dado por la concepción amplia del principio de proporcionalidad, esto es, aquella que se orienta a verificar la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de una intervención punitiva.

Esta concepción amplia del principio de proporcionalidad ha sido adoptada por la doctrina a partir del “efecto de irradiación” de la Constitución, ya que logra incluir los principios y límites al *ius puniendi* a través de los subprincipios, por lo que, por una parte, permitiría sistematizar los principales límites materiales al poder punitivo, y por otra, les otorga virtualidad jurídico-constitucional (Fernández, 2008, pág. 357). De esta manera, el control constitucional de proporcionalidad estaría integrado por distintas “partes” que ya fueron explicadas con latitud en el capítulo II, por lo que en este apartado solo serán brevemente enunciadas:

En primer lugar, se debe determinar un “fin constitucionalmente legítimo”, lo que en sí no forma parte del test, sino que es más bien un presupuesto. En materia penal, este término hace referencia a la legitimidad de los bienes jurídicos protegidos o a la constitucionalidad de los fines de la pena, dependiendo de si el juicio de proporcionalidad se centra en el injusto o en la pena. Frente a ello, Fernández sostiene que la teoría que más se puede ajustar al control constitucional es la concepción personal del bien jurídico, defendida, entre otros, por Hassemer.

En segundo lugar, se debe realizar el juicio de idoneidad, esto es, analizar la utilidad de la restricción de derechos fundamentales para cumplir con la protección del bien jurídico que le fundamenta.

Posteriormente, se debe efectuar el tercer control de proporcionalidad: la necesidad de la medida. En este punto se evalúa que no exista otra medida igualmente idónea que obtenga resultados menos gravosos o restrictivos. Para el académico, en contraposición con otros autores, este examen debe realizarse atendiendo al conjunto de delitos y penas que el legislador ha estimado, previamente, como necesarias para alcanzar fines análogos, y no intentando realizar una eventual comprobación empírica del medio más eficaz.

Y en cuarto lugar, es necesario concretar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que en general constituye el aspecto central del test de constitucionalidad. En esta etapa el profesor Fernández sostiene que se debe analizar que la medida penal tenga una relación justa con el fin que persigue. A través de la ponderación, se debe aspirar a que los derechos fundamentales, en el caso concreto, se cumplan en la mayor medida de lo posible, de modo que resulta primordial para determinar la afectación de un derecho, establecer la importancia que la CPR le otorga a la consecución de cada fin.

En relación al juicio constitucional de proporcionalidad como un medio de racionalización de las leyes penales, el profesor Fernández no desconoce las duras críticas que se le realizan. En primer lugar, se plantea que tiene un carácter inherentemente irracional, por un lado, porque al incluir juicios de idoneidad y necesidad, el análisis se funda en conocimientos empíricos con amplio margen de error, y por otro lado, porque supone un alto componente valorativo que ha llevado a autores afirmar que “no constituye un argumento más que formal y ausente de contenido; un tópico ininteligible que gracias a su fuerza persuasiva ostenta una especial capacidad para enmascarar valoraciones subjetivas e irracionales” (Calvo González, 1994, citado en Fernández, 2010, pág. 60). Y en segundo lugar, ponen de manifiesto los problemas de legitimidad del TC para emplear el principio de proporcionalidad como una forma de controlar la constitucionalidad de las leyes, toda vez que se ha señalado que este juicio correspondería con exclusividad a los órganos políticos.

Sobre la primera crítica, se ha alegado que el carácter irracional, subjetivo y discrecional del principio de proporcionalidad, conlleva, inevitablemente, a una relativización de los derechos fundamentales, y en tal sentido, tiene un problema de compatibilidad con la exigencia de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales – consagrado en el art. 19 n.º26 de la CPR –. Sin embargo, el académico *in comento*, siguiendo a Alexy y Prieto Sanchís, entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales es el resultado del juicio de ponderación en cada caso concreto, y por lo mismo, mientras más se sacrifique un derecho y, por tanto, cuando más nos acercamos a su núcleo esencial, mayor es la exigencia de justificación de la medida que limita el derecho y mayor ha de ser la importancia relativa del bien constitucional contrapuesto (Fernández, 2010, pág. 64). Así, si bien Fernández acepta que el juicio constitucional de proporcionalidad no va a eliminar la discrecionalidad existente en toda actividad interpretativa, sí constituirá un esfuerzo de racionalizar la aplicación de los principios y derechos constitucionales, que en general son vagos y tendencialmente conflictivos, ofreciendo estándares normativos donde antes solo existía arbitrio político.

Bajo ese entendido, el juicio de proporcionalidad también debe ser entendido como un criterio estructural para la concreción y fundamentación de los derechos fundamentales, en especial para aquellas normas de derecho fundamental que establecen una determinada disposición constitucional y que el intérprete no puede conocer *a priori*. En esa medida, y teniendo en cuenta la intensa injerencia del derecho penal en los derechos fundamentales, en especial la libertad, lo que explica una justificación material especial en relación con otras intervenciones estatales, y la falta de reconocimiento constitucional de los principios y límites al *ius puniendi*, el juicio constitucional de proporcionalidad que propone Fernández permitiría que esos principios y límites sean incorporados como normas adscritas, de modo que obtengan validez constitucional. Así, el TC tiene el cometido de establecer qué principios y límites penales se pueden incorporar a las disposiciones o normas de derecho fundamental para así configurar un sistema de precedentes en el control constitucional de las leyes penales (Fernández, 2010, pág. 72). En este sentido, una concepción amplia del principio de proporcionalidad permitiría incluir los principios penales no solo a través de la

ponderación en sí misma, sino también a través de los subprincipios de idoneidad y necesidad, donde el primero encuadraría el principio de lesividad y el segundo el de mínima intervención. De esta forma se lograría sistematizar y dar una virtualidad práctica a los límites al *ius puniendi*, además de darles una mayor protección.

Por otra parte, en cuanto a ese grado de discrecionalidad que existe en toda actividad interpretativa, y que de hecho, el mismo juicio de ponderación reconoce, el profesor Fernández también propone una forma de mitigarlo. La determinación de “lo intolerable” o “lo desproporcionado” depende en gran medida de la tradición y la moral cambiante de la sociedad, y por tanto, del discurso político criminal que impere en un contexto histórico, por lo que es claro el rol que juega la legitimación democrática o discursiva en la decisión de las medidas penales. En ese contexto, el académico plantea algunos criterios de legitimación democrática que puedan contribuir a la racionalización del mismo principio de proporcionalidad, entre los que se encuentran la articulación de presupuestos comunicativos y la inclusión de discursos de expertos o la opinión pública en los debates del TC (Fernández, 2010, pág. 94).

Ahora, respecto a la crítica que se hace sobre la “ilegitimidad” de la jurisdicción constitucional para aplicar el *test* constitucional de proporcionalidad, Fernández sostiene que este reproche se fundamenta en el seno de un Estado social y democrático, esto es, en la tensión existente entre el principio democrático y el principio de protección de los derechos fundamentales. Y, en ese sentido, esa tensión solo podría mitigarse a través de la argumentación, de modo que mientras más racional sea un criterio o método para interpretar la Constitución, mayor será la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

A continuación, se procederá a analizar el concepto de principio de proporcionalidad desarrollado por la filosofía del derecho, el cual forma la base de los postulados de Fernández, y al mismo tiempo de la jurisprudencia nacional e internacional y de gran parte de los académicos que postulan que el juicio de ponderación debe ser parte del contenido del control constitucional de las leyes. Posteriormente, se evaluará si acorde a

la doctrina y la práctica jurisprudencial puede ser el juicio constitucional de proporcionalidad, como lo concibe el académico, un efectivo mecanismo para racionalizar las leyes penales.

2. CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

2.1 Concepto: el principio de proporcionalidad o ponderación como método de interpretación. Especial referencia a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy

Como se pudo apreciar en el apartado anterior, cuando José Ángel Fernández se refiere al principio de proporcionalidad en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, lo define como una obligación de ponderar, una regla de interpretación de derechos fundamentales y, sobre todo, un mecanismo que permite solucionar conflictos entre derechos fundamentales. En ese entendido, es necesario repasar los lineamientos principales de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, puesto que conforman el punto de partida de los postulados de Fernández y, por tanto, las críticas que se puedan hacer a este concepto, en su mayoría, se pueden extrapolar a los problemas de racionalidad del control constitucional de proporcionalidad.

La concepción del principio de proporcionalidad de Alexy tiene como presupuesto la diferenciación de las normas de derechos fundamentales entre reglas y principios. Las primeras, son normas que pueden ser cumplidas o no, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, por lo que constituyen mandatos definitivos (Alexy, 2003, pág. 96). En cambio, los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Alexy, 2007, pág. 67). El ámbito de lo jurídicamente posible estaría dado por los principios y reglas que juegan en sentido contrario, mientras que las posibilidades reales tienen que ver con los enunciados fácticos acerca del caso concreto.

Autores como Dworkin (1984, págs. 72-78), en una conceptualización previa pero aún vigente, han otorgado otros criterios de distinción, como que los principios, a diferencia de las reglas que tienen una forma de “todo o nada”, proporcionan razones que determinan la adopción de una u otra decisión, y además, poseen una dimensión adicional: la dimensión del peso o importancia. En este sentido, los principios podrían jugar un rol argumentativo o de justificación de las interpretaciones del derecho y, por tanto, funcionar como reglas de interpretación.

Ahora bien, más allá de los distintos criterios que se puedan determinar para diferenciar entre reglas y principios, Alexy señala que lo más relevante para clarificar la distinción es a través de las formas en que se solucionan los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios, esto es, las situaciones que se suscitan cuando dos normas, aplicadas independientemente a un mismo caso concreto, conducen a resultados incompatibles (Alexy, 2007, pág. 69).

Cuando existe un conflicto entre reglas existen tradicionalmente dos maneras de resolverlo: o se determina que una de las normas en conflicto es una excepción a la otra, es decir, se identifica una cláusula de excepcionalidad, o se declara una de las reglas como inválida a través de los criterios estándar de solución de conflictos entre normas, como son jerarquía o *lex superior*, cronología o *lex posterior* y especialidad o *lex specialis*. Por el contrario, si lo que existe es una colisión de principios estos métodos no son aplicables, porque lo que suele ocurrir es que en un mismo caso se subsumen dos principios contradictorios que son contemporáneos, de la misma jerarquía legal y sin ninguna relación género especie entre ellos, por lo que por más que en un caso concreto resulten incompatibles y uno prevalezca sobre el otro, ambos seguirán siendo válidos (Guastini, 2014, pág. 215). Se trata pues, de un problema relacionado con el “peso” de los principios y no con la validez.

Lo que sostiene Robert Alexy es que ante colisiones de principios uno de ellos debe ceder ante el otro, permitiendo que cada uno se realice en “la mayor medida de lo posible”

y el modo de lograrlo es a través de la ponderación de los intereses contrapuestos, determinando cuál “pesa” más.

La ponderación no garantiza una sistematización o jerarquización de los principios o derechos fundamentales, sino que es una estructura argumentativa por medio de la cual se establece una “relación de precedencia condicionada” entre estos principios en colisión, a la luz de las circunstancias particulares del caso, para así determinar cuál de ellos debe motivar la resolución del caso concreto (Alexy, 2007, págs. 72-73). Lo relevante en este punto es determinar cuáles son las condiciones del caso particular que hacen necesario que un principio tenga precedencia y que el otro deba ceder, porque son éstas las que constituirán la regla que expresa la obligación de priorizar entre un principio u otro. Sin esas condiciones los intereses contrapuestos gozan de un mismo rango abstracto.

Entonces, la necesidad de precedencia de un principio respecto de otro dependerá de la existencia de condiciones particulares que impliquen que en el caso concreto ambos no pueden satisfacerse por completo al mismo tiempo. Ahora bien, para decidir en específico cuál de los dos principios en conflicto es el que precederá Alexy contempla tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de argumentación.

La ley de la ponderación hace referencia a la conexión existente entre el principio de proporcionalidad y la estructura esencial de los principios y su correlativa implicación entre unos y otros. Los principios son mandatos de optimización que exigen que el derecho fundamental que contienen se cumpla “en la mayor medida de lo posible” dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. De ello se deriva lógicamente que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto conformen el principio de proporcionalidad. Según Alexy, cada uno de esos subprincipios expresan en su conjunto la idea de optimización:

Los principios *qua* mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una

optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas (Alexy, 2011, pág. 13)

El primer subprincipio, la idoneidad o adecuación, exige que la intervención en los derechos fundamentales sea idónea para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El principio de necesidad, por su parte, ordena que entre dos medios de similar idoneidad para alcanzar el fin propuesto, se deba elegir el que sacrifique en menor medida los derechos fundamentales en conflicto. Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica llevar a cabo el *test* mismo de ponderación de principios, el cual es idéntico a la regla llamada “ley de la ponderación”, que se formula en los siguientes términos: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2007, pág. 161). En el fondo, implica evaluar la importancia del fin perseguido por la intervención en un derecho fundamental en directa relación con el grado de afectación del derecho objeto de la intervención.

Estas etapas de análisis conforman lo que se ha denominado por la doctrina como concepción amplia del principio de proporcionalidad, y ha sido difundida ampliamente por la jurisprudencia constitucional alemana y española (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012) en contraposición a la clásica noción estricta del mismo promovida con fuerza desde la Ilustración (De la Mata Barranco, 2007), y que refiere únicamente a la exigencia de adecuación entre la afectación de un principio y la importancia del otro efectuando un examen de costo beneficio.

Ahora bien, de acuerdo a esta ley de ponderación el proceso de la ponderación misma se puede estructurar de la siguiente forma:

En el primer paso es preciso definir el grado de la satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2002, citado en Bernal Pulido, 2006, pág. 62).

En este contexto, según Alexy para determinar la importancia de los principios y, al mismo tiempo, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia, a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación, es necesario aplicar la “fórmula del peso”. Esta última consiste, a grandes rasgos, en una fórmula algorítmica que permitirá distinguir el peso abstracto de los principios y su concreción según las condiciones específicas del determinado caso. En ese sentido, Alexy sostiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico según sean “leve”, “medio” o “intenso”. Y en caso de que el resultado de la aplicación de dicha fórmula deje ver que el peso concreto de los principios en colisión es idéntico, operara la carga de la argumentación.

2.2 Críticas generales al concepto de ponderación de Robert Alexy

En primer lugar, es necesario hacer presente que no hay un consenso doctrinal en relación a que el concepto de principio de proporcionalidad necesariamente coincida con la acepción de ponderación como mecanismo de solución de conflictos entre principios de rango constitucional o de derechos fundamentales como difunde Alexy, teoría sobre la cual estructura su propuesta López Mesa y el mismo profesor José Ángel Fernández. También existen autores que no entienden correcta la teoría de los derechos fundamentales propuesta por Alexy, de hecho, en Chile solo una parte minoritaria de la doctrina aboga por la aplicación de esta teoría en el derecho constitucional chileno (Contreras, 2013, pág. 123). Uno de los argumentos que se han esgrimido para rechazar esta identificación necesaria de la proporcionalidad con un método de resolución de colisiones de derechos es que en esencia este fue concebido como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de las potestades públicas a la hora de regular el ejercicio de derecho, por lo que, en el fondo, constituiría una institución destinada a controlar solo el exceso de poder y no los conflictos entre derechos (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 9).

Luego, en general, la estructura de ponderación propuesta por Alexy no está exenta de críticas tampoco, sobre todo respecto a los límites racionales que presenta la ley de

ponderación. Bernal Pulido, es uno de los autores que explican los reproches que se le realizan a esta teoría, señalando su principal problema de siguiente manera:

No existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación (2003, pág. 232).

Según el autor recién citado, esto se puede apreciar principalmente en los casos difíciles, en los que las premisas fácticas y normativas que fundamentan la graduación de las afectaciones a los principios o derechos fundamentales, son extremadamente inciertas (Bernal Pulido, 2006, pág. 68). Un ejemplo que propone el académico y que ilustra el problema se da en un caso donde las autoridades de una comunidad indígena colombiana, de acuerdo a sus leyes tradicionales, cuya aplicación está amparada por la Constitución, decide imponerle a un infractor una pena de 60 latigazos (Bernal Pulido, 2003, pág. 232). No está claro, en esas circunstancias qué derecho deberá preceder: la autonomía indígena o el derecho a la integridad física. A final de cuentas, ello dependerá del punto de vista en que el juez considere apropiado evaluar la graduación de la afectación de los derechos, lo que tendrá lugar una vez que adopte una posición ideológica. En el fondo, este aspecto de la ponderación supone un margen de acción muy amplio para la discrecionalidad del operador jurídico. No obstante, Bernal Pulido (2006, pág. 68) también expresa que hay que reconocer que la fórmula del peso, en estos casos, tiene su utilidad precisamente en la medida que esclarece el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez.

Además de este problema que se suscita al determinar el punto de vista adecuado para determinar el grado de afectación a los derechos fundamentales en el caso concreto, de acuerdo a Bernal Pulido, también existe dificultad para fijar el peso abstracto de los derechos y la seguridad de las premisas empíricas relevantes para la ponderación. En primer lugar, resultaría bastante difícil establecer una graduación preestablecida de los pesos abstractos de cada principio, que se formule en términos de la escala triádica. La clasificación de los derechos en rangos de peso “leve”, “medio” e “intenso”, siempre exigirá una fundamentación basada en las creencias y valoraciones del intérprete (Bernal

Pulido, 2003, págs. 235-236). Y en segundo lugar, el limitado conocimiento empírico de los que dispone el intérprete impide la posibilidad de determinar la afectación concreta de un derecho fundamental, puesto que obstaculiza el establecimiento de la certeza de las premisas empíricas relativas a la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de una intervención en un derecho (Bernal Pulido, 2003, pág. 236).

De esta forma, para analizar la capacidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio para contribuir a la racionalización de las leyes penales chilenas, como señala José Ángel Fernández, hay que tener presente lo demostrado por Bernal Pulido: “la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta a todos los casos” (2003, pág. 238). Según el académico, si bien la ponderación tiene valor metodológico, toda vez que representa un procedimiento claro en donde puede determinarse el espacio específico que tiene la valoración del juez, no es posible reducir el grado de influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación (Bernal Pulido, 2003, pág. 238).

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO ¿CONSTITUYE LA LÍNEA ARGUMENTATIVA QUE CONTRIBUIRÁ A LA RACIONALIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES?

3.1 El principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa capaz de construir la racionalidad constitucional

En el contexto del derecho penal, José Ángel Fernández siguiendo lo propuesto por Díez Ripollés, sostiene la urgencia de reorientar la atención de la dogmática hacia la legislación y, por ende, hacia el proceso de racionalización de las leyes penales. A diferencia de posiciones minimalistas, los autores antes mencionados afirman la necesidad

de exigir un grado de racionalidad en la elaboración del derecho, especialmente penal, como presupuesto previo de su posterior aplicación, sometiendo al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicos para ello. Y en ese sentido, Diez Ripollés (2001, pág. 35) conceptualiza esta racionalidad como la capacidad argumentativa para elaborar, en el marco de la legislación penal, una decisión legislativa que atienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide.

Ahora bien, en el marco del Estado constitucional de derecho, que supone que el legislador queda supeditado a los imperativos de una Constitución jurisdiccionalmente garantizada, debe tenerse en cuenta que la creación de una ley consta de dos fases de racionalidad: además del propio proceso legislativo, que implica una racionalidad legislativa positiva, se debe incluir el control previo de constitucionalidad de las leyes, que constituiría una racionalidad legislativa negativa. En ese contexto, el derecho penal ostenta de una capacidad inherente, como manifiesta Fernández (2010), para afectar los derechos fundamentales de forma esencial, principalmente la libertad, que resulta limitada tanto con la tipificación de una conducta como con la imposición de la pena, por lo que se puede afirmar que se trata de una rama del ordenamiento jurídico especialmente ligada a la Constitución, y que por lo mismo, requiere de un examen más intenso respecto a su constitucionalidad.

Como señala Fernández, uno de los problemas del control constitucional de las leyes radica en la falta de legitimidad democrática directa de los tribunales constitucionales para cumplir una función de control de las decisiones del legislador. La controversia se centra principalmente en que la jurisdicción constitucional corre el riesgo de suplantar al legislador y, por ende, poner en riesgo la división de poderes. En primer lugar, esto se debe al alto grado de indeterminación del lenguaje constitucional, lo que supone un gran margen de discrecionalidad en la tarea de los jueces constitucionales. Y en segundo lugar, estos tribunales deben juzgar las leyes en atención a determinadas finalidades sociales, que a la larga se traducen en el seguimiento de programas políticos. Así, la solución que plantea

Fernández parece pertinente, de hecho, Gloria López Mesa también la sostiene en los siguientes términos:

(...) el principal desafío que deben enfrentar los órganos encargados del control judicial de constitucionalidad de las leyes es el compensar este déficit de legitimidad democrática de origen con una adecuada fundamentación de sus decisiones y con el diseño de procedimientos que amplíen las posibilidades de participación de los ciudadanos en el debate público en torno a la constitucionalidad de las leyes. (Lopera Mesa, 2011, pág. 114)

De esta forma, se pretende construir la racionalidad constitucional a partir de la argumentación, como un modo de impedir o restringir al máximo la arbitrariedad. Y, en ese contexto, una de las herramientas argumentativas que ha gozado de especial prestigio tanto en la teoría como en la práctica constitucional ha sido el principio de proporcionalidad. Acorde a la doctrina dominante, este principio “juega un rol relevante en la configuración de los límites de la actividad del legislador” (Matus A. & Ramírez G. , 2019, pág. 101), puesto que a través de su aplicación una medida que afecte libertades constitucionales, solo será válida si es idónea para contribuir al logro de un fin legítimo – constitucionalmente justificado –; necesaria, en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio; y proporcional en sentido estricto, esto es, que los beneficios que reporta la medida compensen los sacrificios que aquella representa para los derechos fundamentales u otros principios constitucionales afectados (Lopera Mesa, 2011, págs. 114-115). El principio de proporcionalidad, en este sentido, constituiría una estructura especialmente útil en materia penal, puesto que “permite al juez constitucional determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales y, a la vez, estructurar la fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad” (Lopera Mesa, 2006, citado en Zúñiga A., 2010, pág. 262).

En efecto, el principio de proporcionalidad en su concepción amplia se ha utilizado como contenido del control constitucional de las leyes por gran parte de las jurisdicciones constitucionales, incluyendo la chilena, que ha determinado que debe recurrirse al *test* de proporcionalidad en una forma aproximada a la desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, exigiendo cuatro requisitos a la ley penal:

a) Que contribuyan a la realización de una finalidad de protección de derechos y garantías, bienes o instituciones constitucionalmente reconocidas; b) sean idóneas o necesarias al efecto; c) no vulneren los límites precisos impuestos por la CPR, como son la prohibición de establecer apremios ilegítimos, sancionar con la confiscación de bienes o la pérdida de derechos previsionales; y d) contemplen sanciones que se “correspondan con la gravedad de las faltas cometidas y la responsabilidad de los infractores en ellas”, esto es, proporcionales en sentido estricto. (Matus & Ramírez, 2021, en prensa)

Ahora bien, es necesario tener presente en este punto que actualmente no hay una consagración positiva en Chile del principio de proporcionalidad, y aún menos de su puesta en práctica como *test* de constitucionalidad, ni en la CPR ni en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos. Y, a pesar de que la doctrina nacional cada vez se muestra más de acuerdo con reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, hay discrepancia en torno a las normas que lo fundamentan de forma implícita (Fernández, 2010, pág. 54). Entre las disposiciones constitucionales que establecerían el principio de proporcionalidad se ha enunciado la garantía genérica de los derechos establecida en los arts. 6 y 7; la prohibición de diferencias arbitrarias contenidas en art. 19 N.º 2; la garantía normativa del contenido esencial de los derechos contemplada en el art. 19 N.º 26; y el art. 19 N.º 3, a propósito del derecho al debido proceso (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012). Además, la generalidad de los autores a nivel nacional como internacional (Aguado Correa, 1999; De la Mata Barranco 2007; Fernández Cruz, 2008 y 2010), consideran que la protección de la libertad en todo Estado de derecho conlleva la prohibición de exceso respecto de las intervenciones estatales, y por tanto, un juicio de proporcionalidad. Los ministros del TC, por su parte, también han manifestado este desacuerdo en torno al fundamento positivo del principio de proporcionalidad en las sentencias que examinan la constitucionalidad de normas penales, a pesar de que en general existe consenso entre ellos sobre la inclusión del principio en el control de constitucionalidad de las leyes (Lopera Mesa, 2011, pág. 116).

3.2 ¿El principio de proporcionalidad constituye una herramienta realmente efectiva para mitigar la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional?

En el contexto presentado anteriormente, cabe preguntarse si es que el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio es realmente una herramienta efectiva para mitigar la discrecionalidad de los jueces a nivel constitucional y, por tanto, contribuir a la racionalización de las leyes penales. La tesis de José Ángel Fernández tiene como punto de partida la ponderación entendida desde el punto de vista de la teoría de los derechos fundamentales elaborada por Robert Alexy, la cual, como se pudo apreciar en el anteriormente, no es un procedimiento algorítmico con una sola respuesta correcta, sino que supone un irreductible margen de acción para la subjetividad del intérprete.

Ahora, para el análisis posterior también hay que tener en cuenta que todo procedimiento que suponga la aplicación de principios jurídicos, por naturaleza indeterminados, va a conllevar una dosis de valoraciones subjetivas del juez, por lo que sustituir la ponderación por la subsunción en ningún caso será la solución tampoco. La perfecta objetividad solo podría ser alcanzada en un sistema jurídico ideal, pero eso no quiere decir que se deba renunciar del todo a ella, sino que a lo que se debe aspirar es alcanzarla en la mayor medida de lo posible.

En ese sentido, lo que la racionalidad exige, como señala Bernal Pulido (2006, pág. 59), es que la teoría jurídica que se adopte para tomar esta clase de decisiones ofrezca “un modelo de la ponderación que revista de una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente”. Por ello, la pregunta que hay que hacer es si el modelo propuesto por el profesor Fernández, satisface esta exigencia.

Fernández defiende la capacidad argumentativa de juicio constitucional de proporcionalidad para contribuir a la racionalidad de las leyes penales, basándose principalmente en tres argumentos: Primero, ante la vaguedad de los principios y derechos constitucionales, el juicio de ponderación ofrece estándares normativos a través de los

cuales se obtiene el contenido esencial de esos derechos en el caso concreto; segundo, permite sistematizar y darle virtualidad práctica a los principios y límites al *ius puniendi*, incluyendo los principios de lesividad, *ultima ratio*, fragmentariedad, entre otros, a través de los subprincipios de idoneidad y necesidad; y tercero, teniendo en cuenta los dos argumentos anteriores, el juicio constitucional de proporcionalidad sirve especialmente para la correcta fundamentación de los casos en que exista conflicto entre derechos fundamentales. Ahora bien, el académico no desconoce la “inherente irracionalidad” que comporta toda actividad interpretativa, en especial, la que contiene el juicio de ponderación – entendido sobre la base teórica del Alexy –, sino que plantea que la decisión final de éste pueda racionalizarse, en principio, a través un sistema de precedentes, pero también a través de la incorporación de criterios de legitimidad discursiva a las decisiones del TC.

Para Fernández, así como para Bernal Pulido y el resto de la doctrina y jurisprudencia que defienden la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el juicio de ponderación ofrece una estructura normativa determinada, un procedimiento claro que reconoce sus límites de racionalidad y otorga al juez un margen de deliberación en el que sus apreciaciones juegan un rol preponderante. No considero necesario explayar una mayor discusión respecto a este tema, porque dentro de todo efectivamente hay una estructura que pretende racionalizar, dentro de lo que se puede, la aplicación de principios y derechos fundamentales. De hecho, tanto Díez Ripollés (2005) como Lopera Mesa (2011), ambos académicos que promueven el control constitucional de proporcionalidad principalmente en materia penal a nivel internacional, sustentan en gran parte los postulados de Fernández al sostener que la utilización del principio *in comento* implica la concepción de los derechos fundamentales como normas que, en los casos difíciles, imponen mandatos de optimización, y por tanto, ordenan que los derechos sean garantizados en la mayor medida de lo posible, lo que a su vez exige la concretización, en cada caso, de los derechos en disputa y que su limitación solo será constitucionalmente legítima si la medida que lo restringe constituye un medio idóneo, necesario y estrictamente proporcional con la finalidad constitucionalmente legítima que entre en colisión con el principio que ordene la protección del derecho fundamental. Ese entendimiento, según

Lopera Mesa (2011, pág. 126), implica concebir los derechos fundamentales como límites a todo ejercicio de poder estatal, sobre todo de las decisiones político-criminales del legislador.

Ahora, respecto a la existencia de una medida común para comparar los principios, Bernal Pulido estima que se cumple esta exigencia de la racionalidad en la medida que Alexy fija una escala triádica para determinar el peso de los principios. Sin embargo, Fernández en ningún momento hace alusión a esta escala, sino que solo hace referencia a lo primordial que resulta determinar la importancia que la CPR le otorga a la consecución de cada fin, para así poder establecer si el beneficio que se pretende alcanzar con la medida penal justifica sus costes. En ese sentido, a mi parecer, el juez siempre comparará los principios en conflicto desde sus creencias personales, puesto que “la importancia que la CPR le otorga a la consecución de cada fin” no está dada *a priori*, lo que quiere decir que los miembros del TC deberán tomar una postura acerca de la teoría sustancial de la Constitución y también de las situaciones fácticas que den lugar al conflicto de derechos fundamentales, lo cual en todo caso significará hacer valer una ideología política.

Aunque se tenga presente que los principios son en esencia vagos e indeterminados, y por tanto, no se puede aspirar a un nivel de objetividad perfecto, me parece que por más que se establezca una estructura argumentativa clara y se le dé un espacio “definido” a la discrecionalidad, es en ese espacio de discrecionalidad en que se forman las justificaciones para adoptar una determinada decisión del TC. Y en ese sentido, existe siempre “un riesgo evidente de que la determinación de cuál derecho ‘pesa’ más, sirva para encubrir las preferencias ideológicas o valóricas del juzgador y que, por ende, que el conflicto se resuelva en base a estas últimas y no en consideración a un parámetro objetivo” (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 85). De esta forma, resulta bastante discutible que el juicio de ponderación pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente.

Respecto a la propuesta de Fernández para mitigar esa “inherente irracionalidad” que conlleva la aplicación del principio de proporcionalidad, relativa a la incorporación de criterios de legitimación discursiva, se deben hacer algunas apreciaciones: Es cierto que la evaluación de una medida penal como “adecuada” o “desproporcionada” tendrá mucho que ver con los discursos político criminales imperantes en la época, pero no hay que perder de vista que el discurso político criminal tiene un carácter irreductiblemente político (Mañalich, 2018). Como es de común conocimiento, las ideologías políticas, en el contexto del TC, no cambian solo según el contexto histórico, sino más bien dependen de la inclinación política del ministro, lo que hace muy difícil configurar un discurso legitimador basado en principios limitadores al *ius puniendi*, por esencia controversiales, con independencia de premisas valorativas. En esas circunstancias, en la doctrina nacional se ha señalado que si bien se han planteado soluciones, como la que propone Fernández, que pretenden otorgar parámetros objetivos relacionados, por ejemplo, con “la relevancia pública de la información”, “los medios de difusión social” o “el interés general”, la verdad es que estas serían solo soluciones en apariencia, puesto que dichas expresiones y conceptos pueden ser precisamente un medio que permita hacer aún más fácil la introducción de concepciones subjetivas y apreciaciones personales, disfrazadas de aparente objetividad (Arnold, Martínez, & Zúñiga, 2012, pág. 85).

De esta forma, los límites racionales del control constitucional de proporcionalidad son varios. Y, por lo mismo, es dudoso que el juicio de ponderación, tal como es planteado por el profesor Fernández, constituya una herramienta que logre mitigar “lo más posible” y de manera efectiva la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional, y por tanto, contribuir a la racionalidad de las leyes penales. Parece ser que la inclusión de criterios de índole discursiva más que brindar una directriz hacia una decisión predecible, contribuyen a que el principio de proporcionalidad se utilice tanto para justificar como para limitar el poder punitivo.

A continuación, mostraré a grandes rasgos cómo se ha traducido el problema de la discrecionalidad en la jurisprudencia del TC como un modo de evidenciar que el juicio

constitucional de proporcionalidad, además de recibir una aplicación incompleta y ambigua por parte del TC, permite argumentar en favor de muchas posturas diferentes.

3.2.1 El control constitucional de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

En Chile, el TC ejerce el control de constitucionalidad a través de tres mecanismos principales: la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad en abstracto y el control previo de proyectos de ley. El primero de ellos es el predominante en la práctica, lo que implica que han sido los operadores jurídicos los que, para el caso concreto, han planteado reparos sobre la constitucionalidad de las leyes penales. Además, según Fernández (2014, pág. 229) la estructura del requerimiento de inaplicabilidad ha supuesto que el contenido del control de constitucionalidad se conforme por el principio de proporcionalidad en sentido amplio y, por tanto, parta del presupuesto de un conflicto entre principios. Sin embargo, “la aplicación de este *test* de constitucionalidad por parte del TC ha sido más bien parcial y, en la mayoría de las ocasiones no ha aplicado de manera ordenada los diferentes presupuestos y subprincipios del juicio de proporcionalidad” (Fernández, 2014, pág. 229).

En este sentido, Lopera Mesa (2011, pág. 124) afirma que el estilo argumentativo del TC chileno, y en particular la forma en que se ha hecho uso del principio de proporcionalidad, no satisface las exigencias elementales de la racionalidad, puesto que hay una excesiva deferencia al legislador que se ha traducido en que solo se presentan argumentos “sólidos” cuando se declara la inconstitucionalidad o se ordena la inaplicabilidad:

(...) llama la atención que, en las sentencias en las que se ocupa del control de las normas penales, la utilización selectiva y asistemática de algunos subprincipios de la proporcionalidad, en lugar de servir como insumo para incrementar la racionalidad de la fundamentación, se convierte en mampara retórica para evadir la exigencia de dar razones que avalen la constitucionalidad de las normas impugnadas (Lopera Mesa, 2011, pág. 124).

Además, la autora recién citada pone en evidencia que en las sentencias que el TC han examinado la constitucionalidad de las leyes penales, no se ha visto que se incluya dentro de los parámetros de constitucionalidad la exigencia de no establecer limitaciones desproporcionadas a la libertad y demás derechos fundamentales que se ven afectados por la definición legislativa de delitos y penas, pese a sus declaraciones en sentido contrario (Lopera Mesa, 2011, pág. 126).

Esto es algo que el mismo profesor Fernández (2013 y 2014) ha podido verificar en sus distintos estudios referidos a la jurisprudencia constitucional chilena, donde ha quedado en evidencia que el TC no participa en la práctica de la concepción de los derechos fundamentales como límites a las decisiones político criminales del legislador, que de hecho, le otorga una excesiva deferencia al legislador, y que, asimismo, suele utilizar su poder de decisión para argumentar a favor de sus propias posiciones ideológicas. Un ejemplo de esto último se puede apreciar en la STC 4.I.2011, Rol 1683-2010 que aborda la constitucionalidad del art. 365 CP, modificado por la ley 19.617.

En esta sentencia, analizada por el mismo José Ángel Fernández (2011, 2013 y 2016), se justifica la constitucionalidad del delito del art. 365 principalmente a través del principio del interés superior del niño. La Defensoría Penal Pública invocó diversos preceptos constitucionales vulnerados por este delito: la dignidad de la persona (art. 1 inc. 1), prohibición de discriminación arbitraria (art. 19 N. °2 inc. 2), derecho a la intimidad y vida privada (art. 19 N. °4), libertad personal (19 N. °7) y no afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales (19 N. °26). Además, se añadió la vulneración a la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la STC no acogió ninguna de esas causales.

Parece ser, según Fernández (2016, pág. 93), que la STC Rol 1683-2010 toma como referencia la estructura propuesta por el principio de proporcionalidad para concretar los derechos en disputa, principalmente porque para declarar la constitucionalidad del precepto acude a la legitimidad de la finalidad de la medida, la cual según el TC correspondía al

principio general del interés superior del niño – art. 3.1 Convención de Derechos del Niño—.

Ahora, los problemas de constitucionalidad del art. 365 se plantean en relación al cumplimiento del mandato de trato paritario, es decir, de la prohibición de discriminación arbitraria, puesto que su ámbito de aplicación encuadra únicamente las relaciones homosexuales libremente consentidas entre hombres con menores de 18 años y mayores de 14. El análisis del TC en ese sentido fue, en el fondo: es perfectamente constitucional establecer una protección penal especial, esto es, un trato diferenciado a los jóvenes hombres homosexuales, para proteger el interés superior del menor, que se ve gravemente vulnerado por el “impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones” (STC 4.1.2011, Rol 1683-2010, citado en Matus & Ramírez, 2021, en prensa). El fallo ni siquiera ofrece evidencia empírica que justifique este “impacto” que justificaría la protección especial.

La finalidad del “interés superior del niño” en esta materia resulta bastante discutible. Lo que el art. 365 debería proteger efectivamente es la indemnidad sexual de los menores de edad, como una de las manifestaciones del interés superior, pero una de las exigencias típicas es que se trate de relaciones libremente consentidas, por lo que no resulta lógico aplicarla como la finalidad perseguida. Así, considerando que la moralidad sexual no es un fin constitucionalmente legítimo, aludir a un principio más general, como es el interés superior del niño, reconocido en los tratados internacionales, resulta mucho más útil para encubrir una posición homofóbica.

A modo de evidenciar el sin sentido, la doctrina incluso ha calificado el razonamiento del TC como una “burla”, puesto que el mismo CP reconoce cierto grado de autonomía sexual a los menores púberes, y en particular, a los hombres impúberes se les reconoce plenamente su autonomía sexual para realizar toda clase de acciones sexuales mutuamente consentidas con mujeres (Winter Etcheberry, 2018 , pág. 38).

Además, si tenemos en consideración que el discurso de criminalidad imperante es el modelo de seguridad ciudadana y que históricamente entre algunos de nuestros representantes políticos y miembros del TC ha primado el factor religioso, no resulta extraño que estos discursos terminen legitimando el otorgamiento de un mayor peso a una moralidad sexual conservadora encubierta por los derechos del niño, que a la prohibición de discriminación por razones personales, en este caso, la orientación sexual.

En tal contexto, me parece que vale la pena preguntarse si es que será realmente efectiva la propuesta de incluir la legitimación discursiva como un criterio para mitigar la irracionalidad del mismo juicio de ponderación, cuando son precisamente los discursos políticos que rodean al TC los que no permiten racionalizar las leyes penales ¿No será, como dice Zúñiga y Martínez, una solución en apariencia? ¿No será que al final de cuentas sean esos mismos discursos los que permitan hacer más fácil la introducción de concepciones subjetivas y apreciaciones personales, pero disfrazadas de aparente “objetividad”? ¿No se podría finalmente justificar cualquier intervención estatal a través del derecho penal?

En conclusión, como señala Zúñiga Añazco:

Esta racionalidad argumentativa articulada a través del principio de proporcionalidad, si bien podría ser vista como una vía teóricamente promisorio, resulta deficitaria como *test* de racionalidad, debido a la falta de precisión conceptual del referido principio como a las inconsistencias de su aplicación jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia del TC chileno en un reflejo elocuente de este fenómeno (2010, pág. 250).

CONCLUSIONES

Concluida la exposición y análisis llevados a cabo en esta investigación, es posible enunciar las siguientes conclusiones:

Se determinó que entre las universidades que imparten la carrera de derecho en las regiones de La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes no existe una “Escuela de Derecho Penal del Sur de Chile”⁴⁰. De todas esas regiones las únicas instituciones que realizan investigaciones activas en materia penal son la Universidad Católica de Temuco, Universidad Austral de Chile y Universidad de Magallanes, de las cuales la única que hasta el año 2019 contaba con un equipo de trabajo con una productividad académica sostenida en el tiempo y por tanto, lograba conformar una “Escuela de Derecho Penal”, era la UACH.

En base al estudio cuantitativo realizado en el capítulo I y, en específico, a las puntuaciones obtenidas con los criterios de evaluación curricular para el concurso regular 2020 de FONDECYT, se pudo dar cuenta a través de una medida estándar del mérito investigativo de los académicos de cada institución de educación superior: La UCT obtuvo una puntuación total de 5,15, correspondiente únicamente a la profesora Bárbara Sordi; la UACH logró un puntaje total de 18,45 a través de los trabajos de investigación de la profesora Daniela Accatino (2,7) y los profesores José Ángel Fernández (10,2) y Juan Sebastián Vera (5,55); mientras que la UMAG solo alcanzó una puntuación total de 0,2 por las publicaciones de Jorge Toro.

Hasta el 1 de marzo del 2019, la Universidad Austral contaba con dos académicos, José Ángel Fernández y Juan Sebastián Vera, que conformaban el grupo de estudio

⁴⁰ Concepto de “escuela de derecho” para efectos del proyecto general de “Doctrina penal chilena del siglo XXI”: *Grupos de trabajo bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia.*

exclusivo de derecho penal en el Instituto de Derecho Público, y una académica, Daniela Accatino, que desde el Instituto de Derecho Privado contribuía a la investigación del derecho procesal penal. En concordancia con las puntuaciones obtenidas, la cantidad de publicaciones y el número de proyectos FONDECYT adjudicados a la fecha, estos tres autores resultan ser los más productivos en materia penal de las regiones del sur de Chile y, al estar bajo el mismo alero institucional, conforman la “Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile”.

Ahora bien, de los tres académicos mencionados, se destaca tanto por sus años de experiencia como por su nivel de producción investigativa en el ámbito penal, el profesor José Ángel Fernández, quien a la luz de las puntuaciones obtenidas representa más del 50% del trabajo dogmático de la “Escuela de Derecho Penal de la Universidad Austral de Chile”. Por ello, en el capítulo II se realiza un análisis descriptivo de su obra en el estudio de la parte general del derecho penal, la cual está influenciada en gran medida por la doctrina contemporánea española, especialmente por los académicos Alfonso Serrano y José Luis Díez Ripollés.

El contenido del aporte de José Ángel Fernández a la dogmática penal chilena en la parte general se centra básicamente en cuatro materias: (i) En política criminal estudia la inclusión de diversos mecanismos de racionalización de la decisión político criminal y del proceso de formación de la ley penal, la expansión del derecho penal y los discursos de criminalidad; (ii) La fundamentación constitucional del derecho penal, donde Fernández evidencia la aplicación que han recibido los principios y límites penales en la jurisprudencia constitucional chilena, y propone la elaboración de una dogmática de los principios y límites al *ius puniendi*; (iii) La interpretación de la ley penal conforme a la CPR; (iv) La estructura del delito imprudente en el seno de las organizaciones de personas.

Así, en el capítulo III se estima necesario analizar uno de los criterios propuesto por Fernández para contribuir a la racionalidad de la elaboración de las leyes penales: el

principio de constitucionalidad en sentido amplio como contenido del control constitucional de las leyes penales.

El juicio constitucional de proporcionalidad constituye una herramienta argumentativa promisoría para construir la racionalidad constitucional en el proceso de elaboración de leyes penales, especialmente en la medida que entrega una estructura clara y precisa para determinar la validez constitucional de las medidas penales adoptadas por el legislador y, como señala José Ángel Fernández, logra darle una virtualidad práctica a los principios y límites al *ius puniendi*. Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que el juicio de ponderación, incluso desde su trasfondo filosófico, supone un margen de acción para la subjetividad sumamente alto, lo que lleva a cuestionar la eficacia normativa de su utilización para contribuir a la racionalidad de las leyes penales.

Una propuesta elaborada por el académico *in comento* para mitigar esta irracionalidad inherente que trae consigo la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la inclusión de criterios de legitimación discursiva, como la opinión pública. El problema, es que es precisamente a través de los discursos, sociales y de criminalidad, mediante los cuales es posible introducir por los miembros del TC sus propias convicciones políticas y personales, lo cual queda demostrado a través de la jurisprudencia constitucional nacional. Creemos que la aplicación del juicio constitucional de proporcionalidad, aún si es que se incluyen más criterios de legitimación democrática, lamentablemente puede seguir dando pie a que los integrantes del TC incurran en razonamientos arbitrarios e irracionales y, por consiguiente, dar paso a la ejecución de los programas políticos del sector del congreso que los representa.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales (trad. de Bernal Pulido)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (trad. Jorge Portocarrero). *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 91, 11-29.
- Arnold, R., Martínez, J., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales Vol. 10 N.º1*, 65-116.
- Bascuñán, A., Couso, J., Cox, J., De la Fuente, F., Fernández, J., Guzmán, J., . . . Soto Piñeiro, M. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º14, 73-109.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, N.º 26, 225- 238.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5175.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación . *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 77, 51-75.
- Contreras, P. (2013). Teoría de los principios y derechos fundamentales. *Revista Internacional de Derechos Humanos, Año 3, N.º3*, 103-127.
- De la Mata Barranco, N. J. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Díez Ripollés, J. L. (2001). Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N.º24, 485-524.
- Díez Ripollés, J. L. (2005). El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59-106.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Fernández, J. Á. (2002). El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones. *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, Vol. 13, 101-121.
- Fernández, J. Á. (2002). La "empresa criminal": Los "delitos de comercio ilícito" como factor de aparición del fenómeno del blanqueo de capitales. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N.º5, 85-101.
- Fernández, J. Á. (2003). La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Actualidad Jurídica*, N.º 7, 359-383.
- Fernández, J. Á. (2004). Una interpretación racional del nuevo artículo 365bis del Código Penal. *Serie Informes en Derecho (Defensoría Penal Pública)*, Vol. 2, 55-74.
- Fernández, J. Á. (2005). Estudio político criminal sobre el tipo imprudente de legalización de capitales. *Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso)*, Vol. 26, 155-179.
- Fernández, J. Á. (2006). Consumo y tráfico de drogas: ética, realidad social y discurso. En Bueno Arús, Rodríguez Ramos, Zaffaroni, *Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (págs. 1179-1213). Madrid: Dykinson.

- Fernández, J. Á. (2006). El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad. *Revista Política Criminal, Vol. 5, N.º1*, 1-30.
- Fernández, J. Á. (2007). Los delitos de violación y estupro del artículo 365bis Código Penal: una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo. *Revista Ius et Praxis, Año 13, N.º 2*, 105-135.
- Fernández, J. Á. (2008). Control constitucional de las leyes penales: prolegómenos. En J. Á. (org.), *Estudios de Ciencias Penales: Hacia una racionalización del derecho penal* (págs. 341-358). Santiago: Legal Publishing.
- Fernández, J. Á. (2008). La teoría de la elección racional y la crítica a la expansión del derecho penal: la paradoja de la política criminal neoliberal. Su aplicación a la delincuencia económica y a los aparatos jerárquicos de la delincuencia organizada. En A. S. (Ed.), *Intersecciones teóricas en criminología: Acción, elección racional y teoría etiológica* (págs. 149-172). Madrid: Dykinson.
- Fernández, J. Á. (2009). Fraude fiscal y lavado de capitales. *Revista de Política Criminal, Vol. 5, N.º7*, 1-19.
- Fernández, J. Á. (2009). La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental. *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, 161-183.
- Fernández, J. Á. (2009). La legitimación social de las leyes penales: Límites y ámbitos de aplicación. *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 231-259.
- Fernández, J. Á. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente racionalidad? . *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 51-99.

- Fernández, J. Á. (2013). Análisis crítico del discurso y criminología. Una aproximación interdisciplinar. *Revista Política Criminal, Vol. 8, N.º16*, 472-499.
- Fernández, J. Á. (2013). El discurso de la criminalidad y del poder punitivo: representaciones sociales, previsibilidad y principio de economía cognitiva. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte), Año 20, N.º 2*, 327-350.
- Fernández, J. Á. (2013). El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional en el control de las leyes penales. En A. V. (edit.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (págs. 219-243). Santiago: Legal Publishing.
- Fernández, J. Á. (2014). Tribunal Constitucional y Derecho Penal: Un estudio crítico . *Estudios Constitucionales, Año 12, N.º 2*, 187-238.
- Fernández, J. Á. (2015). El fenómeno del acoso sexual: algunas notas para su criminalización. En E. C. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazabal Malarée. Librotecnica* (págs. 497-505). Santiago: Librotecnia.
- Fernández, J. Á. (2015). Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 11, N.º 85* , 52-78.
- Fernández, J. Á. (2016). La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley antidiscriminación y el caso Atala. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N.º20*, 85-116.
- Fernández, J. Á. (2016). La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. *Revista Ius et Praxis, Año 22, N.º 2*, 153-188.
- Fernández, J. Á. (2017). La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza. *Revista Chilena de Derecho, vol. 44, N.º 3*, 653-675.

- Fernández, J. Á. (2019). Bases para una reconstrucción estructural de los principios penales en el ámbito del control de constitucionalidad. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N.º 13, 161-191.
- Fernández, J. Á. (8 de abril de 2020). Entrevista por investigación "doctrina penal chilena del siglo XXI". (C. Mena, Entrevistador)
- Fernández, J.A. y Boutaud, E. (2018). Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales. *Revista Política Criminal*, Vol. 1, N.º25, 350-386.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar (trad. de Silvina Álvarez Medina)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lopera Mesa, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 24, N.º2, 113-138.
- Mañalich, J. P. (2018). El principialismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º29, 59-71.
- Matus A. , J., & Ramírez G. , M. (2019). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General: Límites, presupuestos y consecuencias de la responsabilidad penal en un sistema acusatorio*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Matus, J., & Ramírez, M. (2021). *Manual de Derecho Penal chileno, parte general (4a edición)*. Valencia: En prensa.
- SCImago. (2019). *SCImago Journal & Country Rank*. Obtenido de <https://www.scimagojr.com/journalrank.php>

- Sordi Stock, B. (7 de octubre de 2019). Entrevista por investigación "doctrina penal chilena del siglo XXI". (C. Mena, Entrevistador)
- Toro, J. (16 de marzo de 2020). Entrevista por investigación "doctrina penal chilena del siglo XXI". (C. Mena, Entrevistador)
- Universidad Austral de Chile . (2019). *UACH*. Obtenido de UACH: <https://www.uach.cl/transparencia/quienes-somos/historia>
- Universidad Austral de Chile . (2020). *Revistas Electrónicas UACH*. Obtenido de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/>
- Universidad Austral de Chile. (2020). *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UACH* . Obtenido de <https://www.derecho.uach.cl/index.php/nuestra-facultad/presentacion>
- Universidad Católica de Temuco . (2019). *Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas, Universidad Católica de Temuco*. Obtenido de <http://derecho.uct.cl/vision-y-mision/>
- Universidad Católica de Temuco. (2019). *UCTemuco*. Obtenido de UCTemuco: <https://uct.cl/i.php>
- Universidad de Magallanes. (2019). *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas UMAG*. Obtenido de <https://fcej.umag.cl/>
- Universidad de Magallanes. (2019). *UMAG* . Obtenido de <http://www.umag.cl/p.php?id=117>
- Vera, J. S. (22 de octubre de 2019). Entrevista por investigación "doctrina penal chilena del siglo XXI". (C. Mena, Entrevistador)
- Winter Etcheberry, J. (2018). *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago: DER Ediciones.

Zúñiga Añazco, Y. (2010). El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Ius et Praxis*, Año 16 N.º2, 249-272.