

ediciones
DER



UNIVERSITÀ
DI TRENTO
Facoltà di
Giurisprudenza



Coordinadores

Carlos Cabezas Cabezas

Emanuele Corn

Derecho penal y nueva Constitución

CoEdiciones

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com.

La presente obra ha sido publicada gracias a las contribuciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento-Progetto Dip.to di Eccellenza (CUP E66C18000370005) y de la Universidad de Antofagasta.

DERECHO PENAL Y NUEVA CONSTITUCIÓN

© Carlos Cabezas Cabezas y Emanuele Corn (coordinadores)

2021 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° EN TRÁMITE

ISBN 978-956-405-014-0

Primera edición, agosto de 2021 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	V
PRÓLOGO.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	XI
Bibliografía.....	XV
1. UNA NUEVA IDEA DE CONSTITUCIÓN PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES DESDE LA MIRADA ITALIANA	1
Simone Penasa	
1.1. La idea de constitución como forma de convivencia y la colocación del conflicto social en el sistema constitucional.....	1
1.2. La naturaleza pactada y compromisoria: la constitución como forma de la convivencia	5
1.3. El proceso constituyente chileno: el esfuerzo de metabolizar el pluralismo social y de superar el pasado régimen constitucional.....	7
A) Algunas elecciones básicas: la formalización de la fórmula política, la rigidez en sentido axiológico y la naturaleza compromisoria de la nueva Constitución	9
B) Por una concepción triangular de las relaciones entre Constitución y poderes del Estado: el carácter necesariamente plural de los canales institucionales de actuación constitucional.....	14
1.4. La función paradigmática de la actitud e imagen del órgano de justicia constitucional en orden a definir la naturaleza de un sistema constitucional. El ejemplo de la Corte Costituzionale italiana	17
1.5. Hacia una nueva Constitución: el desafío de edificar una estructura abierta y plural fundada en un mínimo común denominador constitucional	24
Bibliografía.....	29

2.	BASES PARA UN DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL CHILENO	33
	Emanuele Corn - Carlos Cabezas Cabezas	
2.1.	Un derecho de principios.....	33
2.2.	El principio de legalidad	40
2.3.	El principio de ofensividad y el problema de la prescripción	49
2.4.	El principio de culpabilidad.....	53
2.5.	Las penas y las medidas de seguridad	54
	Bibliografía.....	57
3.	LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	63
	Ximena Marcazzolo Awad	
3.1.	Aspectos generales de la relación entre el derecho penal y los derechos humanos.....	63
3.2.	Implicancias de la relación entre derecho penal y derechos humanos	65
3.3.	Rol de la Constitución Política de la República en relación con el <i>ius puniendi</i> del Estado: ¿qué debe decir la nueva Constitución?	72
3.4.	Conclusiones.....	82
	Bibliografía.....	83
4.	¿MANDATOS DE CRIMINALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN?.....	87
	Andrea Perin - Ignacio Ackermann Hormazábal	
4.1.	El estatuto constitucional del derecho penal como marco de limitación y legitimación del poder punitivo.....	87
4.2.	Mandatos constitucionales de intervención penal	93
	A) Deberes de protección como límites al uso arbitrario de la violencia de los agentes del Estado y como instrumentos de protección de la libertad y seguridad de las personas	94
	B) ¿Deberes indirectos o implícitos de criminalización?	97
4.3.	Obligaciones mediatas de incriminación en la constitución.....	101
4.4.	Conclusiones.....	106
	Bibliografía.....	107
5.	¿ES COMPATIBLE LA NOCIÓN DE SOLIDARIDAD VERTICAL CON UN DERECHO PENAL HUMANO? EL PERSONALISMO Y LA IDEA DE FRATERNIDAD	111
	Juan Pablo Castillo Morales	
5.1.	A modo de premisa: derecho penal, política y solidaridad.....	111
5.2.	Solidaridad y derecho: los deberes positivos.....	115
5.3.	La solidaridad institucional	119
5.4.	Crítica a la solidaridad institucional	125

5.5. El personalismo como respuesta	129
5.6. Una última consideración: de la oportunidad metodológica de la solidaridad y nueva Constitución	139
Bibliografía.....	141
6. ADOLESCENCIA CRIMINALIZADA, PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DESAFÍOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE	147
Marcela Aedo Rivera - Laura Romero Rojas	
6.1. Introducción.....	147
6.2. El derecho a la participación política de los NNA	149
A) La CDN y ciudadanía de los NNA: algunas consideraciones previas.....	149
B) Estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la participación de NNA.....	152
C) Regulación del derecho a la participación política de NNA en Chile ...	156
D) Formas de participación de NNA en Chile: algunas experiencias.....	160
6.3. NNA y el proceso constituyente en Chile	163
A) Algunos antecedentes sobre el estallido social chileno y el protagonismo de los NNA.....	163
B) Participación de NNA en el proceso constituyente.....	165
6.4. Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente y ciudadanía	168
A) Algunas consideraciones reflexivas.....	168
B) Adolescentes criminalizados/as, participación política y proceso constituyente	170
Bibliografía.....	172
7. NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	177
Rocío Sánchez Pérez	
7.1. Introducción.....	177
7.2. Algunas reflexiones sobre la interpretación jurídica	179
A) Aspectos generales de la interpretación jurídica.....	179
B) Concepciones de la interpretación jurídica.....	180
C) La justificación de la interpretación jurídica.....	183
D) La ideología en la interpretación	184
E) La finalidad de la interpretación jurídica	184
7.3. Elementos básicos de la interpretación constitucional	185
A) La especificidad de la interpretación constitucional.....	185
B) La interpretación de principios constitucionales	189
7.4. La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional chileno.....	191

7.5. Sobre la necesidad de un cambio en la metodología actual	198
Bibliografía.....	199
8. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL: LA HERENCIA DE FRANCO BRICOLA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	203
Gabriele Fornasari	
8.1. Las raíces histórico-políticas de la Constitución italiana	203
8.2. Los problemas de compatibilidad entre el Código Penal fascista y los principios del Estado democrático de derecho	204
8.3. Primeras referencias sobre el contenido de las disposiciones penales de la Constitución.....	207
8.4. Méritos y responsabilidades de la orientación técnico-jurídica	209
8.5. El fatigoso inicio de la valoración de los principios constitucionales en materia penal	212
8.6. Los presupuestos coyunturales de un cambio	216
8.7. Las modalidades de influencia de las normas constitucionales en el derecho penal.....	217
8.8. La consolidación del rostro constitucional del ilícito penal.....	219
8.9. Sobre la herencia de Franco Bricola.....	225
8.10. Conclusiones (en claroscuro).....	227
Bibliografía.....	231

ABREVIATURAS

ACES	: Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios
AFP	: Administradoras de Fondos de Pensiones
art. / arts.	: artículo / artículos
CC Col.	: Corte Constitucional de Colombia
CDN	: Convención de los Derechos del Niño
CEDH	: Convención Europea de Derechos Humanos
<i>cf.</i>	: confróntese
CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
cit.	: citado
comps.	: compiladores
CONICYT	: Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica
coord. / coords.	: coordinador / coordinadores
Cost.	: Costituzione
CP	: Código Penal
CPR	: Constitución Nacional de la República
D.O.	: Diario Oficial
dir.	: director
ed. / eds.	: editor / editores
FACSO	: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile
fasc.	: fascículo
<i>i. e.</i>	: <i>id est</i> (esto es)
inc.	: inciso

INDH	: Instituto Nacional de Derechos Humanos
INJUV	: Instituto Nacional de la Juventud
IIN	: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.
LOCE	: Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza
NNA	: Niños, Niñas y Adolescentes
OEA	: Organización de los Estados Americanos
p. / pp.	: página / páginas
PIB	: Producto Interno Bruto
PNUD	: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Consejo Nacional de la Infancia
Sec.	: sección
SENAME	: Servicio Nacional de Menores
(s.f.)	: sin fecha / año de publicación
ss.	: siguientes
STC	: sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	: Código Penal alemán
TC	: Tribunal Constitucional
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	: traducción / traductor
UE	: Unión Europea
UNICEF	: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
USD	: dólar
v. <i>gr.</i>	: verbigracia, por ejemplo
vol.	: volumen
VV. AA.	: varios autores

PRÓLOGO

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

El libro que me complace prologar tiene su origen en un coloquio sobre derecho penal y nueva Constitución para Chile en que intervinieron algunos de sus autores y se realizó en la Universidad de Trento a finales del mes de enero de 2020.

Llamativo es que sobre este asunto, que en el fondo atañe a las relaciones entre derecho penal y derecho político, se haya escrito poquísimo en nuestro país y que recién en 2021, forzados por las circunstancias, universidades e institutos científicos proyecten realizar cónclaves y cursos para enseñarlo o discutirlo.

Hecho llamativo, pero explicable.

Las constituciones nacionales no fueron gestadas democráticamente. Todas, cual más, cual menos, fueron documentos otorgados a la comunidad previa preparación por grupos reducidos de individuos. El formalismo de la mentalidad jurídica vernácula los dio por válidos y vinculantes, con la aprobación implícita o la resignación pasiva del jurista promedio ante sus contenidos y orientación política.

La parte penal de estos textos está anclada en el constitucionalismo decimonónico. Se trata de disposiciones que consagran el principio de legalidad de delitos y penas, pero dejando a la voluntad del legislador

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso.

determinar libérrimamente los delitos en particular y la clase de pena para castigarlos, sin excluir la capital, las perpetuas y la confiscación. Los propios criminalistas, que no hemos investigado los vínculos entre derecho penal y política, en los contados estudios dedicados al segmento penal de la constitución evidenciamos que el anacronismo atraviesa todo el sistema de fuentes del derecho chileno, de la legislación, pasando por la doctrina, hasta la jurisprudencia constitucional. Tampoco esta va más allá de la garantía de legalidad, a la que entiende en términos proclives a tipicidades abiertas, delitos legalmente incompletos o sin una ley que los sancione explícitamente.

Esto aparte, el país carece de derecho constitucional predeterminado desde 1973. La deficiencia explica el fracaso de los proyectos de reforma global al Código Penal promovidos por los ministerios de justicia en los últimos lustros, cuya facción se confió a comisiones cada vez más reducidas y homogéneas de penalistas. De hecho, el problema de estas iniciativas nunca fue técnico, sino político. El *ius dare* es actividad política, razón por la cual no puede obedecer a otras directrices generales que las fijadas por los representantes del pueblo. En lugar de ello, los gobernantes delegaron la función política en particulares engañados acerca del verdadero sentido de su tarea, elaborar unos diseños de código a los que el poder político nunca daría su aprobación.

¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que es imposible aprobar democráticamente un código penal en el marco de un simulacro de constitucionalidad. Mejor que nosotros, simples criminalistas, lo percibieron las masas en revuelta social a partir de octubre de 2019, de cuya boca rugió como inmediata exigencia, antes que mejores salarios o pensiones, un genuino pacto social. Esperamos que el pacto se formalice al concluir el proceso constituyente iniciado mediante un referéndum en las postrimerías de 2020. Sin embargo, para que exista el contrato social es indispensable que la nueva Constitución sea preparada por mandatarios del pueblo de Chile, que no la escriban los sempiternos descreídos de la democracia universal y la igualdad efectiva de los chilenos ante la ley, ni los amantes del poder por el poder habituados a urdir acuerdos unilaterales.

Y para que el contrato goce de perdurabilidad es necesario que el contenido de la constitución mire hacia el futuro, que no quede enclaustrado en las miserias de una discusión jurídica que interesa realmente a los pocos que crearon o conservan el sucedáneo constitucional.