

POLÍTICA CRIMINAL EN CHILE: ENTRE LÓGICAS TECNOCRÁTICAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

CRIMINAL POLICY IN CHILE: BETWEEN TECHNOCRATIC LOGICS AND CITIZEN PARTICIPATION

Jörg Stippel*

Trabajo recibido el 04 de febrero 2019 y aprobado el 4 de diciembre de 2019

RESUMEN

El presente artículo aborda la producción de instrumentos jurídicos en Chile, como revelador de las tensiones entre las lógicas tecnocráticas¹ y las demandas de participación ciudadana, que interpelan el modelo de gestión pública en el país. Con este fin, toma la experiencia del Anteproyecto de Código Penal presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile a fines de 2018, planteando la pregunta por el componente participativo en su elaboración. Si bien la perspectiva es fundamentalmente nacional, revisamos algunas experiencias comparadas. No discutiremos en detalle cuestiones dogmáticas que se ven reflejadas en las propuestas normativas. Partimos del supuesto que el método condiciona el resultado y que por ello es un factor determinante². Nos preguntamos por la pertinencia de ampliar la participación ciudadana en la elaboración de propuestas normativas en materia penal y qué ventajas y/o dificultades se encuentran aquí presentes. Nuestra hipótesis es que mientras más participativo sea el proceso de construcción de un proyecto de Código Penal, mayor va a ser su potencial impacto social. Indagamos si existen experiencias previas de participación ciudadana en la elaboración de propuestas de política criminal, como también si el nivel de “punitividad” de la población constituye un argumento aplicable en contra de una mayor participación ciudadana. Concluimos que varios de los anteproyectos de Código Penal presentados en los últimos años, encarnan una concepción tecnocrática de la gestión pública, contribuyendo a una despolitización de los conflictos sociales³. Como consecuencia, los ciudadanos se alejan de la política y las instituciones del Estado pierden legitimidad y prestigio⁴.

1 Dietrich Herzog define el término como una forma de gobierno en la que no son los representantes electos, sino expertos con una formación científica, especialmente técnicos e ingenieros, quienes toman las decisiones de facto. Para efectos de nuestro estudio, nos apoyamos en esta definición. Para la crítica y un análisis detallado del concepto de tecnocracia empleado especialmente en las ciencias políticas se puede consultar a Haring (2010).

2 Aquí coincidimos con Jorge Correa Sutil cuando afirma -en el contexto de la discusión sobre una nueva Constitución para Chile- ante la pregunta: ¿es importante el método que se defina para una nueva constitución? “Muy importante. El método ayudará a que podamos deliberar y concordar, reconocernos como país o demostrar que no tenemos capacidad de ser uno”. Continúa señalando que “El método ... condiciona el resultado”. La Tercera (2019), p. 9.

3 Thomas Raiser señala que quien le da al Estado poco crédito o no le otorga ninguna competencia regulatoria, se opondrá o evadirá más fácilmente y sin escrúpulos a algunas de sus regulaciones. Una variable estructural importante para las posibilidades de efectividad de las disposiciones legales es, por lo tanto, la actitud general de la población hacia la ley y el Estado que las respalda. Esto viene determinado sobre todo por la apertura y la conciencia crítica de los responsables políticos. Raiser (2013), p. 261.

4 El trabajo tiene un carácter exploratorio y se inscribe al interior de la sociología jurídica. Felipe Fucito define que “la sociología del derecho es una rama de la sociología que trata de describir, explicar y predecir los modos en que las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas jurídicas. Este estudio involucra cómo crean, por qué aplican, derogan o

* Jörg Stippel. Abogado alemán, Doctor en derecho, Universidad de Bremen. Profesor Investigador por la Universidad Autónoma de Chile. Correo de contacto: jorg.stippel@uautonoma.cl.

Agradezco la lectura y los valiosos comentarios de Paula Medina González, Juan Enrique Serrano y Daniel Grimaldi.

Palabras clave: Política criminal, Anteproyecto de Código Penal, tecnocracia, participación ciudadana, Chile.

ABSTRACT

This paper deals with the production of legal instruments in Chile, as a revelation of the tensions between technocratic logics and the demands of citizen participation, which challenge the model of public management in the country. To this end, it takes the experience of the Preliminary Draft Criminal Code recently presented by the Ministry of Justice and Human Rights of Chile (2018), posing the question of the participatory component in its elaboration. Although the perspective is fundamentally national, we reviewed some comparative experiences. We will not discuss in detail dogmatic issues that are reflected in the normative proposals. The reason is our assumption that the method conditions the result and that therefore it is a determining factor. We wonder about the pertinence of broadening citizen participation in the elaboration of normative proposals in criminal matters and what advantages and/or difficulties could derive from it. Our hypothesis is that the more participatory the process of constructing a draft Penal Code is, the greater its potential social impact will be. We investigate whether there are previous experiences of citizen participation in the elaboration of criminal policy proposals, as well as whether the levels of “punitivity” of the population constitute an applicable argument against greater citizen participation. We conclude that several of the drafts of the Penal Code presented in recent years reveal a technocratic conception of public management, contributing to the depoliticization of social conflicts. Consequently, citizens turn away from politics and state institutions lose legitimacy and prestige.

Keywords: Crime policy, Draft Criminal Code, technocracy, citizen participation, Chile.

“En Latinoamérica se está dando el fenómeno creciente de la adopción de un Derecho Penal carente de sustrato democrático y altamente arbitrario. Para enfrentar lo anterior... es menester que la persona de la calle sea partícipe en la conformación de un sistema más racional, que tenga como finalidades no sólo el limitar ese ejercicio punitivo, sino también garantizar un ámbito creciente de libertades para el propio ciudadano”.

José Fernando Botero Bernal⁵

1. ¿MÁS GOBIERNO ABIERTO Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA?⁶

A fines de octubre del 2018, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile envió el documento de Anteproyecto de Código Penal al conjunto de facultades de derecho del país. Esto, con el propósito de recibir sus observaciones. A partir de esta convocatoria de consulta, las comunidades académicas se

eluden en su vida social esas normas, y cómo se relacionan en la conducta tales normas creadas, aplicadas, derogadas o eludidas con otros sistemas normativos que también guían la acción humana”. Fucio (1999), p. 26.

⁵ Botero Bernal (2008), p. 25.

⁶ La OECD explica que “La democracia participativa es una de las dimensiones más recientes de la democracia; incorpora mecanismos adicionales de consulta e interacción con los ciudadanos en el proceso de formulación de políticas públicas”. Este organismo enfatiza, además, que el Tratado de Lisboa de la Unión Europea (Art. 10 y 11) “consagra la complementariedad entre la democracia representativa y la democracia participativa”. OCDE (2017), p. 3.

STIPPEL, Jörg. Política criminal en Chile: entre lógicas tecnocráticas y participación ciudadana. *Revista Justicia y Derecho*, Santiago, v. 2, n° 2, 2019

organizaron para enviar sus comentarios⁷. En este texto analizamos la dimensión participativa en el proceso de construcción de este instrumento jurídico y con ello la forma cómo se diseña la Política criminal chilena⁸.

El tema de la participación ciudadana en procesos prelegislativos y legislativos es relativamente reciente. Surge con lo que se ha denominado la crisis de las democracias representativas. La politóloga argentina María Laura Eberhardt resalta que especialmente aquellas democracias occidentales atravesadas por la “llamada crisis de representación desde finales de los años ‘80, que prosiguió a la ruptura del modelo de Estado de Bienestar y al paso al Estado de la era global” incluyeron mecanismos de participación ciudadana. Entre ellos, enumera la iniciativa popular, la consulta popular, la audiencia pública, el presupuesto participativo, los consejos consultivos, los jurados ciudadanos, el plan estratégico y la revocatoria de mandato⁹.

En Chile, en cambio, todo ese proceso recién comenzó a gestarse después de la vuelta a estructuras democráticas de gobierno. Gonzalo Delamaza analiza el tema de la participación ciudadana en el contexto chileno. Plantea que “ha estado presente en el debate político desde los años noventa, generándose diversas políticas públicas, programas, iniciativas legales y convocatorias amplias para abordar el tema”¹⁰. El proceso gana fuerza especialmente desde el año 2010, cuando Chile como primer país sudamericano se convierte en miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹¹. En esta dirección, podemos revisar algunas de las orientaciones que entrega este organismo internacional a sus países miembros.

La OCDE¹² estima que la participación ciudadana es una “condición para una gobernanza efectiva”. Señala que “los ciudadanos exigen un papel más proactivo en el que se conviertan no sólo en beneficiarios, sino en socios principales en la formulación de políticas”¹³. Fundamenta que la participación ciudadana se considera además como un elemento central del gobierno abierto que es el que ostenta “una cultura de gobierno centrada en el ciudadano, que utiliza herramientas, políticas y prácticas innovadoras y sostenibles para promover la transparencia, la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas del gobierno para fomentar la participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo”¹⁴.

En esta dirección, adoptó también todo un conjunto de recomendaciones sobre la “política regulatoria”¹⁵. El Comité de Política Regulatoria sugirió a los países miembros adherirse a los principios de gobier-

7 Ejemplo de esto fue el Seminario “Un nuevo Código Penal para Chile”, organizado el 28 de noviembre de 2018 por la Universidad Autónoma en Temuco, al que fui invitado a participar junto a otros expositores. Agradezco esta oportunidad de intercambiar opiniones, el texto es fruto de esta jornada.

8 Pablo Sánchez-Ostiz nos entrega la siguiente definición: “la Política criminal es un sector de la Política, de las decisiones sobre la vida en la polis; en concreto, de las decisiones sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en peligro la subsistencia de la vida social.” Sánchez-Ostiz (2012), p. 23.

9 Eberhardt (2015), p. 84.

10 Delamaza (2011), p. 46.

11 Véase OCDE (2010).

12 Según su presentación institucional, la misión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas en todo el mundo. Véase: <http://www.oecd.org/about/>

13 Del mismo modo, este estudio sobre actividad legislativa participativa (“Partizipative Gesetzgebungsverfahren”) señala que muchas ciudadanas y ciudadanos no sólo quieren votar, sino también expresar su opinión en cuestiones políticas específicas y tener voz en las decisiones. Brettschneider/Renkamp (2016), p. 12.

14 OECD (2017), p. 4.

15 Esta se entiende como “el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia”. OCDE (2012), p. 8.

no abierto, “considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones”¹⁶.

Vemos que cumplir con estas recomendaciones, implicaría un trabajo previo de consulta y discusión y ofrece oportunidades significativas para que los ciudadanos puedan contribuir a la preparación de anteproyectos de ley. Sin embargo, si nos fijamos en el proceso de elaboración del anteproyecto de Código Penal para Chile (2018) encontramos, que hasta la fecha (diciembre 2019), se ha quedado en manos de técnicos quienes, tras presentar su anteproyecto, han pedido opiniones a la comunidad académica del derecho. No sólo se ha excluido en su producción a las mujeres, como con justa razón ha indicado un grupo de académicas¹⁷, sino que también a todo un conjunto de otros actores sociales. Coincidimos con los académicos de la Universidad Autónoma cuando afirman que la falta de participación no se limita solo a las mujeres, sino que “se extiende a profesionales pertenecientes a la judicatura, fiscales, defensores, abogados litigantes, políticos, servidores públicos, fuerzas policiales y del orden, así como individuos pertenecientes a otras culturas¹⁸ tales como los pueblos indígenas”¹⁹. Consideramos especialmente preocupante que ningún legislador estuvo involucrado en la elaboración del anteproyecto actual.

Cumplir con este repertorio participativo requiere además de una ampliación de sus actores territoriales. Habría que preguntar a la ciudadanía en general (es decir a los habitantes de Arica, Iquique, Coquimbo etc.), por ejemplo; ¿Qué comportamiento genera conflictos sociales en su ciudad o comuna, requiriendo (o haciendo indispensable) una reacción penal y qué respuesta consideraría justa en un caso concreto?²⁰

Es por lo menos dudable si tras una consulta de este tipo emanarían propuestas como la de castigar con libertad restringida, reclusión o prisión conductas como el plagio²¹, los delitos contra el derecho de autor²² o 26 artículos (art. 184-210) que regulan la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por otro

16 OCDE (2012), p. 4.

17 La Tercera del 24.09.2018 publicaba: “Una veintena de académicas suscribieron una carta al Gobierno cuestionando la ausencia de mujeres entre los expertos que definieron el anteproyecto del nuevo cuerpo legal. Destacan que durante años las ciencias penales fueron un nicho machista, pero que Chile está cambiando y hacen llamado a las autoridades a dar una explicación razonable. „No existe justificación alguna para semejante proceder: quizás la hubo en el siglo XIX, pero ciertamente no en el siglo XXI”.

18 Luis Francia, en el caso del Perú, habla de “un desencuentro existente entre una realidad pluricultural y un discurso jurídico oficial irreal” ve un problema en “...la actuación del Estado frente a sistemas de regulación social y resolución de conflictos no oficiales” y en “la actuación o reacción del derecho penal frente a los delitos cometidos por individuos con patrones culturales distintos a los expresados en el derecho penal oficial”. Francia (1993), p. 494.

19 Ellos consideran que es necesario “modificar el procedimiento de discusión pre-legislativa e introducir una segunda etapa de estudio, que permita la participación de estos grupos en la elaboración del texto, y así generar una propuesta inclusiva que recoja diversas realidades”. Universidad Autónoma (2018), p. 3.

20 Raiser analiza factores que inciden en la efectividad de las normas. Considera que las leyes cuyas disposiciones son coherentes con los conceptos morales, religiosos, políticos o sociales del derecho o los valores generalmente aceptados por la población y pueden basarse en ellos tienen buenas posibilidades de ser obedecidas voluntariamente. Raiser (2013), p. 260.

21 Conducta sancionada con libertad restringida (véase artículo art. 354 del anteproyecto 2018). Pablo Sánchez-Ostiz argumenta que la Política criminal es “aquel saber que tiene por objeto la acción humana con el fin de evitar las consideradas gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad”. Habría que cuestionar como el plagio o la responsabilidad penal de la persona jurídica pueden ser comprendidas en esa definición. Sánchez-Ostiz (2012), p. 25.

22 Véase Art. 353 a 364 del anteproyecto 2018. Díez-Ripollés critica la incorporación de estas figuras delictivas. Afirma que “Es, sin duda, uno de los sectores donde más se aprecian las presiones de los organismos internacionales y de EEUU, los cuales a veces fuerzan a modificaciones legales, por ejemplo, en propiedad intelectual e industrial, que entran en contradicción con el amplio sector de economía informal existente en ciertos países y que no constituyen en caso alguno una demanda social en el país respectivo”. Díez-Ri-

lado, podrían surgir ideas como las que contempla el anteproyecto de Código Penal para Argentina (2013)²³, que codifica por ejemplo delitos contra la libertad y dignidad del trabajo²⁴, o aquellas del Código Penal brasileño, que castiga el impedir a alguien de participar en un sindicato o en una asociación profesional²⁵. Se podría cuestionar el sistema de sanciones existente, y, apoyándose en resoluciones de las Naciones Unidas²⁶ y en algunos ejemplos del derecho comparado²⁷, poner énfasis en la justicia restaurativa²⁸.

Falta señalar que la OCDE solicita a su vez que las reglas sean comprensibles y claras y que los ciudadanos puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones. En ese punto, coincidimos con las críticas esbozadas por los académicos de la Universidad Autónoma al Anteproyecto. Afirman que su redacción “se revela como un texto con vocabulario avanzado, de estructura sintáctica compleja que, pese a ser correcta en la redacción, dificulta la comprensión al lector. Ello puede generar serias dificultades al intérprete para desentrañar el verdadero sentido y alcance de las normas”. Pero más allá de estas preocupaciones interpretativas, señalan que “este problema adquiere suma relevancia en relación con operadores jurídicos, cuya interpretación de las normas no es realizada a través de los lentes académicos, sino que de su efectividad práctica en el foro”. Resaltan el peligro que “la diferencia en enfoques puede acarrear la inaplicabilidad de las normas jurídicas dada su ininteligibilidad, redundando en la ineffectividad del sistema”. Es por eso que consideran que urge “modificar el lenguaje del anteproyecto, simplificando en lo posible la redacción de los preceptos para su mejor interpretación y aplicación”²⁹.

Vemos que tanto en el proceso de elaboración del ante-proyecto de Código Penal (2018) como en la redacción de su contenido, no se han recogido las orientaciones aportadas por la OCDE. Si bien éstas no se refieren particularmente a normas penales, reflejan un consenso sobre los estándares básicos que debería observarse en un proceso prelegislativo a fin de enfrentar lo que se ha denominado como crisis de representación.

pollés (2008), p. 7.

23 El “Anteproyecto de la Nación de Código Penal - Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12). Esta comisión fue presidida por E. Raúl Zaffaroni.

24 Véase el artículo 124 (Contrataciones y condiciones laborales ilegales) del anteproyecto argentino (2013). Al normar los delitos contra la libertad y dignidad del trabajo ampliamente y en un capítulo aparte, un énfasis del anteproyecto argentino está puesto en este tema. La pregunta sería ¿Qué diría la ciudadanía chilena si se preguntara, por ejemplo, si la protección de la dignidad en el trabajo requiere de una norma penal?

25 Código Penal de Brasil, Atentado contra a liberdade de associação, Art. 199.

26 Las Naciones Unidas ya han dictado diferentes resoluciones referidas a la justicia restaurativa en materia penal (véase: Resolución 2002/12 Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal del Consejo Económico y Social; y la Resolución 2016/17 sobre Justicia restaurativa en asuntos penales aprobada por el Consejo Económico y Social el 26 de julio de 2016.

27 Otros países miembros de la OCDE, como Alemania, han promovido elementos de justicia restaurativa en su legislación penal. El arreglo entre autor y víctima (Täter Opfer Ausgleich) se encuentra normada desde 1994 en apartado de fijación de la pena del Código Penal (§ 46a. StGB). De manera transversal, la idea de la justicia restaurativa se encuentra también en el abrogado Código del Sistema Penal de Bolivia (véase aquí los artículos 6 y 7).

28 José Fernando Botero Bernal explica que el modelo de reparación y/o restauración: “Esta respuesta del Estado, a diferencia de la anterior cuya operatividad supone la exclusión real de quienes son los protagonistas del conflicto social, implica la presencia, igualmente real, de quienes intervinieron en el conflicto social para brindar una solución: sea ella la restitución y/o la reparación del daño generador de aquel conflicto. En ese sentido, ella privilegia a la persona real. En consecuencia, esta respuesta es racional y debe convertirse en la regla general para los problemas sociales, siendo la respuesta punitiva residual”. Botero Bernal (2008), p. 33.

29 Universidad Autónoma (2018), p. 2.

2. ¿ORIENTACIONES POLÍTICAS?

Si bien los representantes políticos no han participado directamente en la elaboración del anteproyecto, cabe la duda si el equipo técnico ha contado con orientaciones acerca de la política criminal³⁰ a seguir, o si las han definido a criterio propio.

Al revisar el programa de gobierno del Presidente Sebastián Piñera, vemos que menciona en tres ocasiones la necesidad de un nuevo Código Penal. Sin embargo, no entrega orientaciones claras en cuanto al contenido y el lineamiento estratégico deseado. Lo que promete es “retomar el proyecto que ajusta el Código Penal a la política criminal actual, incorporando los delitos reconocidos en los últimos años.” A su vez, la única orientación de contenido que da es cuando afirma su pretensión de “analizar la posibilidad de que en algunos delitos de alta connotación pública se establezca una pena efectiva en proporción a la pena respectiva”³¹. Todas las demás decisiones de política criminal, por ejemplo, sobre el sistema sancionatorio deseado, quedan sin respuesta. De este modo, el equipo técnico parece haber tenido amplios márgenes de decisión para definir la futura política criminal del país.

Ahora bien, leyendo la breve carta con la que el equipo redactor entrega el anteproyecto al Ministro de Justicia y Derechos Humanos³², no encontramos ninguna referencia a que el Ministro, Presidente o algún representante del gobierno o del Congreso les haya encomendado que el proyecto siga una orientación de política criminal determinada. Si bien, efectivamente el equipo menciona su propósito de contribuir a cinco objetivos transversales de política pública, no indica quién ni cómo se han definido estos ejes de trabajo³³. Lo que en cambio expresa ya al inicio, es su deseo de “poner la legislación penal sustantiva chilena al día con los más altos estándares técnicos disponibles en nuestra ciencia jurídica”³⁴.

La cita ilustra parte de la ideología tecnocrática del trabajo. Como señala el profesor holandés de historia latinoamericana moderna Patricio Silva, “si existe un rasgo ideológico común en los tecnócratas chilenos desde comienzos del siglo XX hasta el día de hoy, ha sido su idolatría por el progreso y la modernidad (raramente definida por ellos) y su intento de lograrla a toda costa”³⁵. No estamos cuestionando el que se quiera recurrir al estándar técnico más alto posible, pero ello no constituye un fin en sí, este

30 Entendemos con Fernández Carrasquilla que: “*todo el Derecho penal -por tanto, delito y pena- es la concreción de una determinada política criminal; delito y pena son entonces fenómenos sociales de índole político - jurídica. El establecimiento legal de delitos y penas no es una actividad especulativa, sino política, en cuya virtud el Estado, interpretando o acogiendo las valoraciones de la comunidad o de los sectores predominantes de esta, otorga protección penal a determinados intereses, generalmente conocidos como bienes jurídicos*”. Fernández Carrasquilla (1988), p. 391.

31 Piñera Echenique (2017), p. 144.

32 Sorprende que un equipo de abogados y profesores universitarios presenten un anteproyecto de Código Penal con una fundamentación tan escueta. Compartimos el escepticismo ante la actividad intelectual humana expresada por Pablo Sánchez-Ostiz, quien argumenta que éste se justifica “*más aún si se trata de saberes normativos como el Derecho*” y le “*lleva a dudar de autoproclamadas verdades supuestamente evidentes, si de ese modo se pretende cerrar la confrontación de la justificación que se proponga*”. Sánchez-Ostiz (2012), p. 29.

33 Según la carta, los objetivos transversales de política criminal intencionados son: “*diferenciar y contribuir a adecuar las penas que se utilizan en el sistema de justicia penal en Chile; mejorar las prácticas de determinación de la pena; modernizar y regular el sistema de ejecución de las penas; consolidar los estatutos penales relativos al crimen organizado y a la criminalidad económica y ajustar la legislación penal a las valoraciones culturales que subyacen al sistema, así como actualizar las técnicas de protección de los intereses vinculados a ellas*”. Equipo Redactor (2018), p. 2.

34 Frase que recuerda una crítica enunciada por José Luis Díez-Ripollés, quien ve una cierta tradición en que “*la mayor parte de los países latinoamericanos tengan la suficiente agilidad política e inquietud intelectual como para acomodar su legislación penal a las últimas corrientes del pensamiento jurídico-penal. De ahí que sea común encontrar códigos penales, códigos de procedimiento penal y otra legislación básica que recoge acertadamente las más recientes propuestas doctrinales. Pero es asimismo frecuente que estas modificaciones legislativas no pasen del texto escrito, y coexistan con sistemas de aplicación de la ley o de administración de justicia inoperantes o sectarios*”. Díez-Ripollés (2008), p. 3. La cita se encuentra en Equipo Redactor (2018), p. 1.

35 Silva (2006), p. 184.

estándar debe estar al servicio de una determinada política criminal. Incluso, a nivel de estructura institucional, normalmente existen: políticas que se organizan en planes, los cuales a su vez se concretan en programas (como unidades de acciones base). Un conjunto de instrumentos aislados o acciones sin continuidad, no constituyen en sí mismas una política.

La falta de directrices políticas se evidencia también cuando se analizan las reacciones al primer cuestionamiento público del anteproyecto. Nos referimos a la discusión sobre la regulación de los delitos contra la libertad sexual³⁶. Ante la crítica, no salieron en su defensa los funcionarios/as del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o las diputadas o diputados, sino que fueron los mismos miembros del equipo redactor quienes debieron responder por sus propuestas normativas³⁷. Lo hicieron convencidos que su trabajo era el primer paso en el proceso prelegislativo. Afirmaron que “un anteproyecto no es la última palabra, sino la primera, y en ese sentido la discusión recién comienza”³⁸.

Es efectivo que la discusión recién comienza, pero un anteproyecto no debería ser la “primera palabra”. La participación debería darse antes, en el trabajo previo, y durante la elaboración de un anteproyecto. Un Anteproyecto (2018) refleja muchas decisiones de política criminal³⁹ (en el tema aborto, eutanasia, drogas, sistema sancionatorio etc.), por ello no es un tema apolítico o meramente técnico (como hace creer la carta con la que se entrega el documento). Más bien, en éste, fueron los técnicos jurídicos quienes tomaron las decisiones políticas. Podemos decir que el proceso se ha desarrollado de manera inversa a lo postulado por Feuerbach: más allá de verificar que el contenido formal de la ley coincidiera con la voluntad de los ciudadanos, los científicos del derecho perfilaron y predeterminaron esa voluntad, esperando que ahora la ciudadanía (por medio de sus representantes en el Congreso) avalen su decisión⁴⁰. Sin embargo, en el caso del Anteproyecto que nos ocupa (2018), la responsabilidad no es de los expertos sino de los actores políticos que no se involucraron activamente en el proceso⁴¹.

El proyecto de Código Penal presentado el último día de la primera gestión presidencial de Sebastián Piñera (10.03.2014) ha sido elaborado de manera similar. Jean Pierre Matus relata que la Comisión nombrada por el Gobierno de Piñera para redactar el anteproyecto de la época “se redujo a media docena de juristas, quienes trabajaron en solo un año bajo un régimen de reserva y sigilo, escuchando eso sí informes de otros colegas, pero sin involucrarlos en la elaboración de los textos prelegislativos”⁴². Matus contrapone a esta experiencia, el trabajo prelegislativo en el Anteproyecto de Código Penal de 2005.

36 Artículos 261 a 270 del anteproyecto (2018). Olivares (2018), El Mercurio del 06.12.2018.

37 Véase la carta de respuesta del equipo redactor, La Tercera del 12.12.2018.

38 La Tercera del 12.12.2018.

39 Se decide, entre otros, sobre la necesidad de una norma penal. Gloria Patricia Lopera Mesa explica que “el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva”. Lopera Mesa (2008), p. 280.

40 El historiador y jurista alemán Oliver Rosbach, explica que para Feuerbach determinar el contenido sustantivo de las leyes penales era una cuestión política, que correspondía al legislador. La ciencia del derecho sólo podía verificar si el contenido formal de la ley coincidía con la voluntad de los ciudadanos. En el proceso de determinar el contenido de las normas, la política estaba condicionada al desarrollo cultural, al juicio público y la pre-configuración del ordenamiento jurídico por los ideales de justicia preestablecidos por los tratados burgueses, como la salvaguardia de la libertad individual. Rosbach (2000), punto 38.

41 Preocupa, en todo caso, que el equipo redactor ni siquiera haya entregado una justificación detallada de todas sus propuestas. Con Pablo Sánchez-Ostiz se podría argumentar que el Anteproyecto (2018) carece, por ello, de plausibilidad. Sánchez-Ostiz argumenta que “difícilmente podremos asumir políticamente una decisión, si no goza de plausibilidad, si no es susceptible de aceptación por ser razonable”. Explica que la obtención del consenso y con ello de la aceptación “se presenta como un fin a alcanzar: se trata de hacer “intersubjetivo” lo que nació como “subjetivo-valorativo”. Al no entregar una fundamentación detallada, el equipo redactor ni siquiera ha intentado hacer “intersubjetivo” y con ello plausibles sus propuestas. Sánchez-Ostiz (2012), p. 30.

42 Matus, El Mercurio-Legal del 25.03.2014.

Describe que, en esa ocasión, se creó un Foro Penal⁴³ donde más de una veintena de juristas “trabajaron formalmente durante 3 años precedido por otros dos de reuniones más de discusión que de elaboración prelegislativa, con propuestas públicas que se discutían y votaban en sesiones donde cada miembro podía ofrecer alternativas de redacción”⁴⁴. No obstante, Matus, quien en ese entonces fungía como parte de la Secretaría Técnica del Foro⁴⁵, constata un error en su composición, pues se nombraron integrantes, principalmente profesores de Derecho Penal. Resalta que “no se designaron Ministros o Subsecretarios, Diputados o Senadores, o Miembros de los Tribunales Superiores de Justicia. Tampoco se designaron representantes nominativos de la Fundación Paz Ciudadana o de la Corporación de Promoción Universitaria, tan relevantes para el proceso de recodificación procesal”. A pesar de ello, hubo “invitaciones a personas de instituciones como el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública”⁴⁶. Matus observa en las diferentes metodologías de trabajo en el anteproyecto de 2005 y el proyecto de Código Penal de 2014 “una muestra de las diferencias políticas entre los gobiernos de la Concertación y el de Piñera”⁴⁷. Sin embargo, tiene una visión crítica de su propia labor. Percibe que el anteproyecto de 2005 era principalmente un “trabajo de revisión, fijación y unificación “técnica” del Derecho penal vigente a la época de su elaboración, fundado en el derecho comparado, la literatura e investigaciones previas disponibles, pero sin pretensiones de transformación o adecuación a una clara *nueva* política criminal”. Considera que, “una fijación “técnica” no parece ser el principal propósito de un Código Penal”⁴⁸. A su vez, afirma que un Proyecto de Código Penal “no puede ser sólo el reflejo del pensamiento de un grupo de profesores del ramo, una solución “técnica”, sino el crisol de las valoraciones de la sociedad a la que regirá. Y por eso es necesario el compromiso y la participación del cuerpo político al momento de prepararse un nuevo Proyecto”⁴⁹.

En vista de esta experiencia, si revisamos el proceso de elaboración del anteproyecto actual (2018), pareciera que los informes de colegas, que se recibieron durante el trabajo pre-legislativo del Proyecto de Código Penal (2014), han sido reemplazados por aquellos pedidos a las Universidades⁵⁰. En lo demás, han sido casi los mismos expertos que han elaborado su propuesta esta vez en solo medio año (entre los días 27 de marzo y 8 de octubre del 2018⁵¹). Igualmente, en este proceso pre-legislativo, hasta el momento, los responsables políticos brillan por su ausencia. Probablemente se presentará otro anteproyecto de Código Penal al Congreso, que, nuevamente es sólo el reflejo del pensamiento de un grupo de profesores del ramo.

3. ¿PARTICIPACIÓN MEDIANTE DISCUSIÓN PARLAMENTARIA?

Se podría argumentar, que la discusión ciudadana se da en otro momento y de manera indirecta por medio del debate parlamentario. Aquí los representantes políticos pueden modificar un proyecto de ley

43 La “Comisión de Estudio Para la Elaboración de un Anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal”, fue formalmente creada por Decreto Nº 443 de 12 de junio de 2003.

44 En su artículo, Matus analiza en detalle todo el procedimiento de elaboración del anteproyecto de 2005. Véase Matus, (2010), pp.189 y sgtes. Nuestra cita aquí es de Matus, El Mercurio-Legal del 25.03.2014.

45 Los otros integrantes fueron Héctor Hernández (quien ha estado cooperando en cada uno de los anteproyectos redactados desde el año 2005) y los funcionarios del Ministerio: Francisco Maldonado F., Fernando Londoño L. y, el último año, la Nelly Salvo. En detalle Matus (2010), p. 190.

46 Matus (2010), p. 191.

47 Matus pronuncia la crítica cuando el nuevo Ministro de Justicia del segundo gobierno de Michelle Bachelet (José Antonio Gómez Urrutia) anuncia el retiro del Congreso el Proyecto de Código Penal presentado.

48 Matus, El Mercurio-Legal del 25.03.2014.

49 Matus, El Mercurio-Legal del 25.03.2014.

50 Disponibles en: <http://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>

51 Equipo Redactor (2018), p. 1.

de acuerdo con la política criminal que quieran implementar.

Habría que contestar que la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Ley 20.500) es justo una respuesta a lo que se ha llamado la “crisis del sistema representativo”. El cientista político chileno-estadounidense Arturo Valenzuela percibe que en Chile existe “un creciente desajuste entre una sociedad que ha experimentado cambios económicos y sociales, por un lado, y estructuras y liderazgos políticos que aparecen más y más distantes de la población, por otro”. Explica el desencanto con la política en Chile “con lo que puede entenderse como una seria crisis del sistema de representación”. Explica esta “surge cuando los vínculos entre la ciudadanía, que es el soberano en democracia, y las instituciones del poder gubernamental se resquebraja”⁵². Según Valenzuela, una causa de esta crisis sería “el hiper presidencialismo que introdujo la Constitución de 1980, donde el ejecutivo tiene la responsabilidad no sólo de implementar las leyes, sino que un papel fundamental en su formulación en desmedro de las atribuciones del legislativo”. Desde esta perspectiva entiende que “el parlamento deja de ser una arena importante para formular y estructurar acuerdos, convirtiéndose o en instrumento dócil del ejecutivo (cuando éste logra conformar mayorías para apoyar su gestión) o en un instrumento que se dedica mayormente sólo a ejercer su poder rechazando iniciativas del ejecutivo”⁵³.

En el marco de este trabajo no podemos profundizar sobre el tema. Sin embargo, la apreciación de Valenzuela permite relevar por un lado la necesidad de generar espacios para disminuir la distancia entre los ciudadanos y los representantes políticos y de gobierno; por el otro el hecho que no parece ser suficiente que un proyecto de ley se discuta recién en el Congreso.

Hay además un argumento práctico. Por las características propias de un Código Penal y particularmente del reciente anteproyecto parece difícil que exista un debate importante en el Congreso. La discusión en detalle de 611 artículos de un Código Penal más sus disposiciones finales y transitorias ocuparía probablemente la agenda legislativa de todo el año. El Congreso no podría trabajar en otras materias indispensables para el desarrollo del país. Si se quisiera garantizar una amplia discusión en el congreso, habría que irse por partes. En vez de presentar un proyecto que abarca la totalidad de las normas penales, se podría iniciar el trabajo parlamentario discutiendo una ley reformativa del sistema de sanciones. En un paso siguiente se podría presentar una ley reformativa de las normas que regulan los delitos medio ambientales, y consecuentemente se podría reformar paso por paso todo el Código Penal vigente. Esta forma de proceder le permitiría al Congreso organizar la agenda legislativa de acuerdo con las prioridades en vez de estar dedicado exclusivamente durante mucho tiempo a la discusión de un Código Penal. Experiencias comparadas muestran que este proceder promete mayores éxitos que una reforma integral.

El profesor alemán Albin Eser describe como después de la Segunda guerra mundial se decidió trabajar en una reforma integral del Código Penal (1953). Como primer paso, se elaboró un estudio sobre el derecho penal alemán y comparado que se publicó (1954) en siete volúmenes. Sobre esta base, el Ministro Federal de Justicia convocó una „Gran Comisión de Derecho Penal“ (Große Strafrechtskommission) compuesta por profesionales, políticos y teóricos, que presentó varios borradores (hasta el año 1959). Cuando el „Proyecto de Código Penal“ oficial (1962)⁵⁴ llega finalmente al Congreso alemán (Bundestag), las

52 Valenzuela (2011), pp. 2 y 4.

53 Las discusiones que se dieron en relación con la necesidad de una Asamblea Constituyente después del estallido social causado inicialmente por el alza del *ticket* del metro (06 de octubre 2019) son una muestra de ese “desencanto” con la política en Chile. En las manifestaciones no se reclama tener un Congreso Constituyente o una Convención Constituyente (que combinaría representantes políticos y sociales), sino se quiere un nuevo inicio garantizado con una Asamblea Constituyente. Valenzuela (2011), p. 16.

54 Eser considera que el proyecto se caracterizaba por la exhaustividad y exactitud en la formulación de los requisitos generales de la responsabilidad penal y la precisión de sus descripciones de los hechos, pero carecía de un concepto moderno de

posibilidades de aprobación pronto se redujeron al mínimo. Es cuando en el siguiente gobierno (1966) el Ministro de Justicia decide cambiar de estrategia optando por una reforma paso por paso (Reform in Raten). Eser ve en eso un alejamiento de la tradición alemana de las codificaciones más exhaustivas y sistemáticas posibles para seguir en su lugar el modelo más bien inglés de la legislación gradual. Afirma que esta estrategia ha resultado ser una bendición, porque el ritmo frenético de la vida parlamentaria moderna deja poco tiempo y energía para las codificaciones exhaustivas y, por otro, porque las reformas parciales más pequeñas se pueden adaptar más fácilmente al curso del cambio social. El camino de reformas parciales, indica Eser, se reflejó inicialmente, sobre todo, en la despenalización de ciertos delitos menores, reduciéndolos a faltas administrativas (1968). Sin embargo, los principales elementos de la reforma se encuentran en las llamadas „leyes sobre la reforma del derecho penal“ (StrRG), de las cuales seis han sido promulgadas hasta la fecha (2 en 1969 y luego en 1970, 1973, 1974, 1998).

Considerando el hecho de que en Chile se hayan elaborado hasta la fecha cuatro anteproyectos de Código Penal (2005, 2013, 2015, 2018) -de los cuales sólo uno ha sido ingresado al Congreso para ser retirado poco después- habría que preguntarse si no es tiempo de cambiar de estrategia. Presentar proyectos de reformas parciales, quizás comenzando con el sistema sancionatorio, permitiría además discusiones parlamentarias más exhaustivas y así un involucramiento político mayor.

4. ¿EXPERIENCIAS PREVIAS?

Si revisamos la experiencia chilena en un contexto histórico más amplio, vemos que existen varias experiencias de trabajo prelegislativo con mayor participación.

El ejemplo más estudiado es la reforma procesal penal⁵⁵. Mauricio Duce considera la reforma como producto de una iniciativa de la “sociedad civil”⁵⁶, por la decisiva participación de la Corporación de Promoción Universitaria⁵⁷(CPU) y la Fundación Paz Ciudadana (FPC)⁵⁸ en su elaboración. Según esa lectura, el Estado asumió la reforma recién cuando el debate público sobre el tema ya estaba muy avanzado⁵⁹. La académica

política penal. A consecuencia un grupo de profesores presentaron un proyecto alternativo, cuya Parte General se presentó por primera vez en 1966 y a la que pronto siguieron otros diseños para ciertas áreas de la Parte Especial. Eser (1991), p. 55.

55 La historia de la elaboración de los proyectos de ley es relatada por HORVITZ LENNON/LÓPEZ (2003), pp. 17-24, así como por Duce, *La Reforma Procesal Chilena*, 196-226. Riego también describe la elaboración de la reforma en Riego, Cristián, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina - Chile*. Publicado en, Maier, Ambos, Woischnik, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000), p. 178.

56 Duce habla de “sociedad civil” sin definirla con precisión. En Chile se habla generalmente de sociedad civil para separarla de las instituciones del Estado, sin que ello implique necesariamente un sesgo ideológico.

57 La CPU fue fundada en 1968. Se trata de una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro. El objetivo de la CPU es fomentar el desarrollo social a través del conocimiento científico y técnico. Sobre su propia presentación véase la exposición en Internet (referencia en bibliografía).

58 La Fundación Paz Ciudadana (FPC) fue creada en abril de 1992 por Agustín Edwards Eastman, empresario de los medios periodísticos. Según Marcela Ramos y Juan Guzmán de Luigi la intención del „Magnate de la comunicación“ al fundar *Paz Ciudadana* fue combatir a los únicos enemigos posibles: terroristas y delincuentes. Edwards había vivido una experiencia personal al respecto: en septiembre de 1991 el Frente Patriótico Manuel Rodríguez secuestró a su hijo Cristian. El hijo de Agustín Edwards fue liberado el 1 de febrero de 1992, después del pago de un rescate de 1 millón de dólares. Algunas semanas después, en marzo de 1992, fueron detenidos cinco militantes del FPMR acusados del secuestro. Ramos/Guzmán de Luigi (2000), p. 55.

59 Como hemos señalado antes la lectura de Mauricio Duce no es del todo convincente a nuestro juicio. Es indiscutible la decisiva participación de la CPU y la FPC en la elaboración del proyecto de reforma, sin embargo, difícilmente se puede hablar de que ésta haya sido el producto de la visión de la sociedad civil. Las actividades de una fundación privada junto al poder organizado de un medio de comunicación y de sus agentes no pueden equipararse a una iniciativa emanada desde la sociedad civil organizada, más aún si estas actividades fueron promovidas por una ONG cuyo financiamiento dependía de instituciones extranjeras. Véase Stippel (2013) y Duce (2004), p. 197.

María Inés Horvitz destaca que la contribución de los medios de comunicación, especialmente el apoyo del medio escrito más importante, „El Mercurio“, fue decisiva para el éxito de la reforma⁶⁰. Jorge Correa Sutil y María Angélica Jiménez añaden una argumentación similar, respecto a la contribución, determinante, de las páginas editoriales de este diario, en la difusión de la propuesta de reforma, asegurando el apoyo de los sectores más conservadores de la sociedad. Junto con esto, señalan que la CPU y la FPC lograron congregarse a los más diversos sectores de la sociedad. En su opinión, existió otro factor que aportó al éxito de la reforma: los estudios empíricos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, que permitieron evidenciar el deficiente funcionamiento del sistema, lo que permitió fundamentar la necesidad de la reforma⁶¹.

Otro ejemplo de un trabajo prelegislativo más amplio y participativo es la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes⁶². El ex director del Servicio Nacional de Menores (SENAME), Francisco Estrada, señala que la ley se aprobó “después de años de estudios previos y tramitación parlamentaria”⁶³. Luis Ignacio de Ferari analiza en detalle todo el proceso de elaboración de la Ley de Responsabilidad del Adolescente⁶⁴. Relata que primero, el Ministerio de Justicia, convocó a una comisión de expertos (1994) cuya misión consistía en realizar un diagnóstico de la legislación nacional con el objeto de formular las propuestas necesarias para su modernización. A su vez, el propio Ministerio de Justicia, comenzó a trabajar en los lineamientos básicos del modelo de responsabilidad que guiaría a la reforma en conjunto con abogados de Unicef (1994). A partir de estas orientaciones, se elaboró una “Pauta para la Redacción de un Proyecto de Ley sobre Infracciones Juveniles a la Ley Penal” (1994). Luego se organizaron eventos públicos para ampliar la discusión y “someter a un amplio debate las orientaciones que guiarían la creación del sistema de reemplazo e identificar nuevas alianzas estratégicas”. Asimismo, se realizaron reuniones de coordinación con organizaciones de la sociedad civil. Ferari resalta que es en ese contexto que se inicia la redacción de un Anteproyecto de ley “que tras ocho borradores es dado a conocer a mediados de 1998”. Señala que el Anteproyecto se difundió tanto entre académicos y especialistas de distintas universidades, como entre ONGs. A su vez, “se encargaron estudios particulares para asuntos especialmente controvertidos o difíciles”. Nombra como ejemplo la fijación de la edad de la responsabilidad desde un punto de vista psicológico y de derecho comparado, la evaluación de costos y el análisis de los tipos penales⁶⁵. Finalmente, el Presidente Ricardo Lagos envía el proyecto al congreso (02.08.2002).

Otro ejemplo, lo encontramos en la elaboración de propuestas para una Ley de Ejecución de Penas. En otro texto hemos descrito en detalle la elaboración de los dos primeros anteproyectos de Ley de Ejecución⁶⁶. Aquí podemos resaltar el trabajo prelegislativo desarrollado actualmente por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En este caso, sus responsables ministeriales, invitaron a mesas de trabajo a representantes de diferentes organizaciones de la sociedad civil y a académicos, para la formulación de un anteproyecto de Ley de Ejecución⁶⁷. En ellas recogieron sistemáticamente las observaciones y propuestas de la sociedad civil en torno a un futuro anteproyecto de Ley.

La mayor experiencia de participación ciudadana se dio en el marco de la elaboración de una propuesta para una nueva Constitución para Chile⁶⁸. En la fundamentación con que la Presidenta Michelle

60 Véase Horvitz Lennon/ López (2003), p. 21.

61 Correa Sutil/Jiménez (1995), p. 155. Ambos autores participaron en la realización de diversos estudios empíricos que fueron integrados en el proceso legislativo.

62 Ley de Responsabilidad de Adolescentes (Ley N° 20.084).

63 Estrada (2015), p. 1.

64 Véase de Ferari (2006).

65 De Ferari, pp. 120-123.

66 Véase Stippel (2013).

67 El formato de consulta se denomina “Diálogos Participativos”.

68 El llamado “Comité de Sistematización” ordenó los resultados de este proceso. Su informe contempla de manera descriptiva

Bachelet, presenta el proyecto de Nueva Constitución ante el Congreso Nacional (el 06.03.2018)⁶⁹ destaca que “se realizaron más que 9 mil instancias de discusión constitucional, y participaron 204.402 personas, ciudadanos chilenos o extranjeros residentes en Chile y también chilenos residentes en el extranjero, mayores de 14 años”⁷⁰. Señala que “debemos ampliar el consenso constitucional fundante” y que “esto se logra únicamente a través de una Nueva Constitución elaborada desde abajo hacia arriba, que genere una conciliación entre la ciudadanía y el sistema representativo, promoviendo un diálogo político plural y abierto”⁷¹. La OCDE califica este proceso como una “consulta ciudadana sin precedentes y sin duda loable”⁷².

Es poco entendible entonces que no se han aprovechado las experiencias exitosas acumuladas en los procesos de trabajo prelegislativo en materia procesal penal, de justicia penal adolescente y de preparación de una nueva Constitución. ¿Qué razones justifican (hasta la fecha) limitar la participación en la redacción de un anteproyecto del Código Penal?⁷³

5. ¿LA “PUNITIVIDAD DE LA GENTE?”

Se podría criticar esta propuesta de ampliación en la participación ciudadana argumentando que dejar la decisión sobre la política criminal en manos de “la gente” podría llevar a extremos como reintroducir la pena de muerte. Este argumento supone que “la opinión pública”⁷⁴ siempre pedirá sanciones y castigos más severos que “los expertos”. Es un tema que se ha investigado en diferentes estudios criminológicos desde los años 70 del siglo pasado⁷⁵ y plantea la discusión bajo el concepto de “punitividad”⁷⁶.

los resultados de la participación ciudadana del Proceso Constituyente, incluyendo la Consulta Individual, los Encuentros Locales, los Cabildos Provinciales y los Cabildos Regionales. En total se sistematizaron 90.804 consultas individuales, 7.964 encuentros locales autoconvocados (entre ellos 137 convocados por comunidades u organizaciones indígenas), 656 mesas de Cabildos Provinciales y 491 mesas de Cabildos Regionales.

Comité de Sistematización (2017).

69 Mediante Mensaje 407-365 del 06 de marzo 2018.

70 Mensaje 407-365 del 06 de marzo 2018, p. 16.

71 Mensaje 407-365 del 06 de marzo 2018, p. 20.

72 La OECD destaca algunos problemas. Indica que “los ciudadanos de los países de la OCDE solicitan constantemente ser informados sobre la manera en la que sus opiniones son tomadas en cuenta... el Gobierno de Chile pudo haber informado de forma activa y sistemáticamente a todos los ciudadanos, en particular aquellos directamente involucrados en el proceso sobre los resultados... mostrar el impacto de los ciudadanos es vital para ganar y mantener su confianza: los ciudadanos necesitan comprobar que su participación ha sido influyente y que sus insumos se reflejarán en la nueva Constitución...”. A pesar de esta crítica, el organismo destaca que el proceso dejó una buena práctica. Considera que los encuentros locales autoconvocados “son una muestra de buena práctica que permite nivelar el campo de juego participativo y promover la inclusión”. Igual hacen notar que, “si un mecanismo de consulta abierto no se dirige activamente a los grupos minoritarios, aquellos ciudadanos que apoyan el gobierno actual podrían estar más abiertos a participar en la consulta, aun cuando se les dé esa oportunidad a todos los ciudadanos.” OECD (2017), p. 17.

73 Si ponemos atención en otras experiencias regionales, encontramos -por ejemplo- que el Código del Sistema Penal en Bolivia se abrogó por falta de socialización con actores de sociedad civil. En este caso, el presidente Evo Morales señaló que asume la decisión de abrogar la normativa “frente a la falta de socialización al pueblo” reconociendo que hubo un “descuido de la Asamblea (Parlamento), también descuidamos como Gobierno, Poder Ejecutivo”. El Telégrafo del 21.01.2018

74 Matthews critica que se tome como referencia para la punitividad la “opinión pública” pues “siempre existe el peligro de que los cientistas sociales, más que informar sobre esta noción la construyan”. Matthews (2016), p. 22.

75 Para una descripción detallada del desarrollo y de los métodos empleados véase Kuhn (2004), p. 2.

76 El criminólogo inglés Roger Matthews critica el uso del concepto de la “punitividad”. Cuestiona la definición de la punitividad y “su relación con otros conceptos claves tales como la crueldad, la venganza y la tolerancia”. Afirma que se trata de un concepto que permanece “en un estado “frágil” y poco teorizado”. Constata que “su naturaleza en buena medida indefinida y la vaguedad general que lo rodea no han sido un impedimento para su adopción. De hecho, su falta general de especificidad parece haber contribuido a su extendida aceptación ya que aparenta, a primera vista, tener la capacidad de “explicar” toda una gama de desarrollos penales”. Aquí no podemos profundizar sobre el tema, recurrimos a la definición ofrecida por Kuhn. Matthews (2016), pp. 7 y 9.

El criminólogo suizo André Kuhn explica que en cuanto a la llamada „punitividad“ se pueden considerar dos niveles. El primero, a nivel microsociológico, se refiere a la la „punitividad objetiva“, es decir, la severidad de las penas impuestas por los jueces a los condenados. El segundo, más microsociológico, se refiere a la „punitividad subjetiva“ como el rasgo característico de la opinión pública, es decir, la actitud de los miembros de una sociedad relativa a crímenes y castigos, así como su deseo de castigos más severos -o más leves-. En estas investigaciones la cuestión central es si la punitividad subjetiva corresponde o no a la punitividad objetiva, es decir, si las sentencias impuestas por los jueces responden a las expectativas de la población⁷⁷.

Kuhn explica que, inicialmente, los estudios se limitaron a preguntar al público si las penas impuestas por los jueces eran demasiado severas, apropiadas o indulgentes. Señala que en Suiza, todos los estudios en los que se formuló esa pregunta concluyeron que la opinión mayoritaria era que los jueces no castigaban a los autores con la severidad suficiente⁷⁸. Según el criminólogo, una solución metodológica más prudente es presentar casos reales (donde se conozcan las sentencias impuestas por el tribunal) a un sector representativo de la población, pedir a los encuestados que comenten la sentencia y finalmente comparar las respuestas de la audiencia con las de los jueces. La desventaja de este método, sin embargo, sería que no permite las respuestas de un grupo de población representativo con la única respuesta de un tribunal. Es por ello que Kuhn en su estudio optó por un tercer enfoque. Presentó los mismos casos (en forma de juicios simulados) a un grupo del público y a un grupo de la judicatura. En este ejercicio, Kuhn reconoce que este método también poseía una desventaja: era sólo una simulación⁷⁹.

En concreto, Kuhn presentó 4 casos criminales a un total de 654 jueces, así como a un grupo representativo de 606 personas residentes en Suiza⁸⁰. Encontró que comparando la duración media de las sentencias dictadas, que el público resultó ser más punitivo que el poder judicial. No obstante, hace notar que las sentencias extremas -en particular las sentencias de muy larga duración- tienen una influencia significativa en este promedio. Si uno se fija en lo que la mayoría de los grupos de la población encuestados querían, tenemos que pedían sentencias más bajas que la sentencia promedio impuesta por los jueces. De eso, concluye que la mayoría de la opinión pública está satisfecha con las sanciones impuestas por los jueces e incluso podría aceptar sanciones más leves que las que se imponen hoy en día⁸¹. En un segundo momento, Kuhn analizó las características sociales de las personas que pedían sentencias extremas. Encontró que las personas particularmente punitivas suelen vivir en grandes ciudades, provienen de hogares relativamente modestos, no pueden identificarse claramente dentro del espectro político, son incapaces de responder si el poder judicial es generalmente demasiado estricto o demasiado suave, y tienen un nivel de educación bajo. En base a ello formula la hipótesis que el grado de conocimiento del sistema judicial es un prerrequisito básico para su aceptación⁸².

En otro estudio realizado en Inglaterra y Walis (2010), los investigadores Barry Mitchell y Julian V. Roberts, indagaron acerca de la opinión pública sobre la pena en casos de asesinatos. Ellos explican que desde que se abolió la pena de muerte (1965) en Inglaterra y Walis, se ha exigido a los jueces de primera instancia que impongan una cadena perpetua a todas las personas condenadas por asesinato. Se suponía que cualquier cosa que no fuera el encarcelamiento automático indefinido socavaría la confianza del

77 Kuhn (2004), p. 2.

78 Similar al estudio GfK ADIMARK (2016).

79 Kuhn (2004), pp. II y III.

80 Kuhn (2004), pp. II y III.

81 Kuhn ha seguido en esa línea de investigación. Realizó el mismo estudio en los años 2000, 2007 y 2015 con resultados similares. Véase el artículo: <http://www.snf.ch/de/fokusForschung/newsroom/Seiten/news-170915-horizonte-von-wegen-kuscheljustiz-wenn-sich-bevoelkerung-und-richter-einig-sind.aspx>

82 Kuhn (2004), pp. IX y siguiente.

público en el sistema de justicia penal. Sin embargo, esta suposición nunca se ha puesto a prueba. Ese era el objetivo que persiguieron con su estudio.

La exploración de las actitudes del público hacia las sentencias en casos de homicidio comenzaba con preguntas que se ocupaban de los fines perseguidos de una sanción penal en general. Los investigadores explican que en el cuestionario se pidió a los encuestados que identifiquen el propósito más importante de condenar a los delincuentes. Se les dio una lista de posibles propósitos para seleccionar una sola opción. En caso de que los propósitos no fueran familiares para los encuestados, se proporcionó una breve definición. Como resultado encontraron que el 35 % de los encuestados opinaba que el castigo en sí era el fin principal de la pena. La rehabilitación salió con un 25 % como segunda finalidad única más importante. En cambio, la disuasión e incapacitación atrajo proporciones significativamente menores de encuestados: 18% (general 11% e individual 7%) y 16%, respectivamente. Los investigadores encontraron sorprendente que un porcentaje tan pequeño de la muestra (4%) haya escogido „enmendar a la víctima“ como objetivo principal de la sanción. Lo explican con la estructura de la pregunta, pues muchas personas pueden ver la compensación a las víctimas como un objetivo importante de la sentencia, sin necesariamente considerarla como el propósito más importante. Cuando en un segundo paso se pidió a los encuestados que consideraran penas en casos de asesinato, cambiaron las prioridades. Encontraron un aumento en el apoyo al castigo como finalidad única (40%) y a la incapacitación (en un 25%), mientras que el apoyo a la rehabilitación disminuyó (de una cuarta parte de la muestra a una décima parte)⁸³. Concluyen que como resultado general no habían encontrado evidencia de un apoyo público abrumador o generalizado para enviar automáticamente a todos los asesinos convictos a cadena perpetua. Hacen notar que la dimensión del malentendido del público y la inexactitud de sus creencias acerca del asesinato y la cadena perpetua obligatoria es significativa. Proponen instar a agencias del estado para que incluyan el tema del asesinato en las iniciativas de educación legal pública. Similar a Kuhn opinan, que es probable que la mayor conciencia y mejor comprensión de la respuesta del Estado al asesinato produzca una mayor confianza en el sistema de justicia penal⁸⁴.

¿Qué es lo que podemos aprender de estas experiencias? Que no existe un nexo necesario entre punitividad y opinión pública o pueblo. Los ciudadanos no son necesariamente más punitivos que los expertos en derecho. A su vez, mucho parece indicar que un proceso más participativo de consulta popular podría contribuir a mejorar el conocimiento del sistema judicial y con ello su aceptación general. La experiencia comparada permite esbozar la hipótesis que la situación en Chile no es muy distinta, tema que analizamos a continuación.

6. ¿PUNITIVIDAD SUBJETIVA EN CHILE?

Si nos fijamos en el caso chileno, encontramos que el tema de la punitividad subjetiva de la sociedad no ha sido suficientemente investigado⁸⁵. Uno de los estudios más recientes y discutidos es el licitado por el Ministerio de Justicia (2015) y desarrollado no por un centro de investigación universitaria sino por una consultora especializada en estudios de mercado. Algunos de sus hallazgos sorprenden.

83 Mitchell/Roberts (2010), pp. 23 y siguiente y tabla No. 8.

84 Mitchell/Roberts (2010), pp. 3 a 6.

85 En cambio, existen estudios interesantes sobre la opinión de las chilenas y chilenos acerca de la violencia. Aquí podemos mencionar los trabajos realizados por el Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES). El equipo analiza los motivos de la justificación de la violencia en Chile. COES (2017).

El estudio “Percepciones punitivas de la sociedad chilena” consultó a un grupo representativo de 1928 habitantes⁸⁶ acerca de su opinión sobre las causas inmediatas de la delincuencia. En la encuesta se entregaron 10 respuestas posibles sin que haya existido la opción de mencionar otra causa no contemplada en el listado. Los encuestados tenían la posibilidad de mencionar hasta dos causales⁸⁷. Como resultado el estudio indica:

“que la principal causa, mencionada por la mitad de las personas ya sea como primera o segunda mención (50%), son las sanciones débiles que los jueces aplican a las personas que cometen delitos, seguida por la falta de preocupación y control de padres y madres con un 31% del total de menciones, el consumo de drogas con un 26% y la falta de vigilancia policial con un 24%... Luego, siguen en importancia la falta de oportunidades laborales y la deficiente o mala investigación efectuada por las policías o fiscalías, con 17% cada una, la mala calidad de la educación con un 11%, las condiciones de extrema pobreza con 9%, la escasa posibilidad de reinserción con 8% y la falta de prevención y organización por parte de la población con 5%”⁸⁸.

En base a ello concluyen que “la mayoría de la población considera la debilidad de los jueces como la principal causa de la delincuencia”⁸⁹. Vamos a poner en duda la validez de este resultado al final de este apartado. Otro resultado de la encuesta nos parece aún más interesante. Encontraron que en general ante un victimario mayor de 18 años que por primera vez comete un delito:

“las sanciones que la población cree que deberían ser asignadas a cada uno de los delitos son similares o inferiores a las que se establecen en el marco de la legislación vigente. En efecto, en ninguno de los ocho delitos la mayoría de población creyó que se debían asignar penas superiores a lo establecido en la ley. Por el contrario, en tres de siete delitos (excluyendo la colusión que no está tipificado), la sanción modal fue inferior a lo establecido en la ley. Este fenómeno se dio específicamente en los casos de homicidio, robo con intimidación y manejo en estado de ebriedad. Ante un homicidio, un 41% de la población sancionó con una pena inferior al rango de prisión establecido en la normativa vigente. En esta misma línea se encontraron los delitos de asalto amenazando con un arma y manejo en estado de ebriedad, en el caso del primero, un 46% sancionó con duraciones de prisión inferiores a las establecidas en la ley, mientras que en caso del segundo esta cifra fue de 15%. Por su parte, cuatro delitos fueron sancionados por la mayoría de población con sanciones que estaban ajustadas al marco legal, exactamente un 45% en el caso de violación a una mujer, un 35% respecto al tráfico de gran cantidad de droga, un 32% ante una agresión física a la pareja y un 14% cuando se trató de sacar artículos del supermercado”.

Los investigadores concluyen sobre este punto que “esta brecha entre lo que se cree que debe ser sancionado y lo que la ley sanciona (lo que está tipificado en la ley) trae consigo una paradoja y es que, a pesar de que las personas sancionan con penas iguales o inferiores a las establecidas en el marco legal, existe la percepción que los tribunales asignan sanciones inferiores a las de ellos”⁹⁰. Por lo tanto, un hallaz-

86 El estudio indica que, según las comunas seleccionadas para el estudio, la representatividad alcanza un 70%. GFK ADIMARK (2016), p. 34.

87 La pregunta decía lo siguiente: “De acuerdo con su percepción, ¿cuál diría usted que es la principal causa de los niveles de delincuencia que actualmente existen en nuestro país?” Véase el cuestionario pregunta 7, GFK ADIMARK (2016), p. 119.

88 GFK ADIMARK (2016), p. 50, cuadro 33.

89 GFK ADIMARK (2016), Punto 2.2.3, p. 52.

90 Algo similar arrojó el estudio sobre violencia realizado por el COES. En su gráfico (Figura 5) muestran el porcentaje de personas que están de acuerdo con que “los jueces debieran dar condenas mucho más largas a quienes han cometido asaltos”. Según sus resultados, “el 88% de las personas se encuentra de acuerdo con el uso de condenas mucho más largas a personas que han cometido asaltos. Este apoyo es mayor entre personas de derecha (89%) y entre personas de clase social subjetiva baja (89%), media-baja (88%)”.

go del estudio es que los tribunales están considerados como instituciones que asignan sanciones inferiores a lo que la población considera como justo, a pesar de que contraviene la legislación. Esto significa que la sociedad civil no está debidamente informada respecto a las sanciones que existen al interior del sistema penal⁹¹. El estudio arrojó igualmente:

“que los resultados mostraron que, a medida que se contextualizaron los escenarios de los delitos, hubo una tendencia a asignar penas menos punitivas. Este último hallazgo se vio expresado en el tiempo dado a cada una de las sanciones de encierro en la cárcel, ya que la duración de la misma, especialmente de la condena perpetua y de la cárcel por más de 10 años, fue menor a medida que los encuestados contaron con información de los hechos. Dicha variación fue especialmente significativa en los delitos de homicidio y violación⁹².”

Si ahora analizamos los hallazgos de este estudio, cabe señalar lo siguiente: En cuanto al primer resultado mencionado, que es el que más se ha discutido en los medios, caben algunas dudas. La conclusión que la mayoría de la población considera la supuesta debilidad de los jueces como principal causa de la delincuencia, parece más inducida por la voluntad de los autores que por los datos. En primer lugar, sorprende que se haya incorporado la opción que las sanciones débiles que los jueces aplican a las personas que cometen delitos sea una causa de los niveles de delincuencia. Se podría pensar en incorporar alguna opción similar si se tratará de indagar causas de reincidencia, pero es difícil imaginarse cómo los jueces inciden con sanciones aún no dictadas en delitos cometidos por “primerizos”. Si se hubiera ofrecido otras opciones como “la inoperancia de los políticos” o “la envidia social causada por los medios de comunicación masiva” a lo mejor estas opciones hubieran salido como principales causas de la delincuencia. Desde este punto de vista, el resultado es reflejo de una pregunta tendenciosa, o al menos mal construida.

Por otro lado, al agrupar las distintas causas sociales, como la falta de preocupación y control de padres y madres (31%), la falta de oportunidades laborales (17%), la mala calidad de la educación (11%) y las condiciones de extrema pobreza (9%), llegamos a que éstas representan al 68 % de las respuestas. En este sentido se podría perfectamente argüir que la desigualdad social y la falta de un Estado de bienestar social sólido, es el detonante de la criminalidad⁹³.

Por último, y en relación con este punto, es necesario contextualizar los resultados. Al momento de la interpretación, habría que tomar en cuenta que el poder judicial es actualmente una de las instituciones peor evaluadas en Chile⁹⁴. Es decir, el poder judicial tiene una mala imagen *pública*. Independiente

y media (90%). Se observa un porcentaje levemente mayor entre mujeres (89%) que entre hombres (87%). A modo general, el apoyo de la violencia para el control social es bastante alto cuando la violencia es aplicada contra delincuentes (linchamientos y castigo penal) y más bien baja cuando es aplicada contra manifestantes”. Sin embargo, estos datos no permiten mayores conclusiones sobre la punitividad de las personas encuestadas. Muestran más bien la mala percepción que las personas tienen del funcionamiento de la justicia y de los jueces en general. A su vez, el resultado parece de alguna manera inducido. No se pregunta si las penas deberían ser más altas, sino si deberían ser “mucho más altas” eso induce a pensar que “sí” deberían ser más altas. De ahí -a nuestro juicio- que un número mayor haya respondido indirectamente con “totalmente de acuerdo”, no sorprende. COES (2017), pp. 6 y 7.

91 GFK ADIMARK (2016), p. 106.

92 GFK ADIMARK (2016), p. 87.

93 Esta interpretación sería además coincidente con otro hallazgo del estudio. Encontraron que “Respecto de las causas mediáticas o basales definidas como las causas que están en el origen de la delincuencia, los grados de acuerdo son amplios respecto de que la delincuencia es producto de una decisión individual y racional con un 69% de acuerdo; la delincuencia es consecuencia de una adicción al alcohol y las drogas con 66% y que la delincuencia es producto de factores sociales con 64%. Luego, le sigue en porcentaje de acuerdo la afirmación de que la delincuencia es producto de factores económicos, con un 51%; mientras que la frase que generó un menor grado de acuerdo es respecto de que la delincuencia es consecuencia de una deficiencia o enfermedad psíquica, con solo un 20% de acuerdo, y un 61% de desacuerdo”. GFK ADIMARK, (2016), p. 51, cuadro 34.

94 Los datos del llamado “barómetro de la política” levantados por MORI y CERC Chile indican que el poder judicial “inicia la transición con 44% de confianza, luego se mantiene la mayor parte del tiempo en torno al 20% hasta el año 2016. A partir de los casos de corrupción, tiene altos (40% 2016) y bajos (20% 2017) aumentando 11 puntos porcentuales llegando a 31% en abril de

de las razones que contribuyan a ello, parece entendible que un porcentaje mayor de los encuestados esté culpando una institución mal evaluada por un fenómeno complejo como “la delincuencia”. Más aún porque es esa la institución que generalmente tiene que “dar la cara” ante los medios de comunicación, resolviendo casos mal investigados por la policía o la fiscalía.

En cuanto al resultado sobre las actitudes punitivas en relación con victimarios primerizos y mayores de 18 años, coincidimos con que los datos muestran que la sociedad no está debidamente informada respecto a las sanciones que existen al interior del sistema penal. Los datos entregan así otro argumento que está en línea con lo expresado por Kuhn y Mitchell/Roberts: es necesario un esfuerzo mayor de educación cívica sobre el tema de la criminalidad y los roles de los distintos actores para mejorar la percepción de la justicia. Es desde esta perspectiva que no existe una “paradoja” entre lo que la gente estima justo y las supuestas sanciones débiles de los jueces. Menos aún se puede inferir que los datos digan que la actuación judicial “contraviene la legislación”. Todo lo contrario. Se podría interpretar que por lo menos en la hipótesis de un victimario primerizo mayor de 18 años, los datos indican que la punitividad de los encuestados equivale a la de los jueces, aunque los primeros no estén conscientes de ello. En todo caso, no se preguntó si los jueces violaban la ley, por eso no se puede llegar a conclusión alguna sobre una supuesta acusación de contravención legal, tal como lo hace el estudio.

Concluyendo, queremos resaltar el último resultado del estudio en cuestión. El hecho que a medida que se contextualizaron los escenarios de los delitos, produjera una tendencia a asignar penas menos punitivas, indica que el juicio de la población en materia penal es diferenciado. El contexto importa. No podemos suponer que siempre se va a pedir “mano dura” contra “la delincuencia”. La punitividad depende de la información de contexto que se entregue, incluso en delitos de homicidio y violación.

Consistentemente con ello, también el Presidente Piñera estipula en su programa de gobierno: “nuestra aspiración es gobernar con y para la gente, partiendo de sus anhelos, demandas e inquietudes, es que la seguridad ciudadana ocupa un lugar central en nuestro programa de gobierno y será una preocupación absolutamente prioritaria de nuestra gestión”⁹⁵. Siendo así, hace falta un esfuerzo de recopilación y sistematización de los anhelos, demandas e inquietudes de la gente en materia penal y eso antes de presentar un anteproyecto de nuevo Código Penal⁹⁶.

7. ¿IDEOLOGÍA O REALIDAD?

Otro argumento a favor de una mayor participación ciudadana es que evita una justificación meramente ideológica de las propuestas plasmadas en un anteproyecto de Código Penal.

El profesor de derecho penal y teorías criminológicas José Ángel Fernández Cruz, explica 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”⁹⁷. El académico chileno, sostiene

2018”. Así: http://morichile.cl/wp-content/uploads/2018/04/INFORME_DE_PRENSA_ABRIL_2018-1.pdf

95 Piñera Echenique (2017), p. 134.

96 Aquí no vamos a referirnos al problema del “populismo penal” que puede incidir en la política criminal. Hemos analizado su posible impacto para el caso de Bolivia. Véase Stippel/Serano (2018).

97 Lopera Mesa explica que “Exigir al legislador que sólo dicte medidas que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas empíricas seguras implicaría reducir al mínimo su competencia decisoria...”. Sin embargo “... desde un punto de vista externo, la falta de certeza sobre las premisas que justifican la intervención se traduce en un déficit de legitimidad, pues en tanto no logre acreditarse con certeza que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, no se pueden dar por satisfechas las condiciones necesarias para reputarla como un ejercicio legítimo del ius puniendi, aun cuando haya sido

que ese principio de correspondencia con la realidad constituye una de las características fundamentales de la modernidad y lo ve como un principio penal estructural de la política criminal. Afirma que forma parte del principio de racionalidad “donde frente actitudes morales similares a consideraciones religiosas o mágicas ya superadas, predomina una aproximación empírica en el conocimiento de las relaciones sociales”⁹⁸. Es desde esta perspectiva que opina que “la pretensión de resolver problemas prácticos exige conocer el contexto social donde se va a aplicar la norma penal”. Explica que esa “necesidad de aproximarse a la realidad social conecta directamente con el principio moral de no-maleficencia: la prohibición de causar un daño sin consentimiento válido.”⁹⁹ Recuerda que la política criminal “no sólo se ocupa de proteger penalmente a la sociedad, sino también proteger a ésta del derecho penal”¹⁰⁰. Desde su perspectiva, una adecuada evaluación de una ley penal y los respectivos estudios empíricos pueden “arrojar información valiosa para una eventual reforma normativa e, incluso, para una despenalización de un conflicto social”¹⁰¹.

A pesar de ello, en su análisis de la política legislativa penal iberoamericana, José Luís Díez-Ripollés critica que los estudios preparatorios “suelen ser rudimentarios, cuando existen”. Echa de menos especialmente unos “análisis contrastados estadísticos sobre la realidad social sobre la que se va a incidir y proyecciones rigurosas sobre los resultados a obtener, carencia sobre la que se llama la atención en numerosos países, como Chile y Perú”¹⁰². En el mismo sentido, Fernández Cruz sostiene que “gran parte de las decisiones político-criminales suelen llevar aparejado la inversión de una ingente cantidad de recursos financiero y humanos, los estudios sobre su implantación han brillado por su ausencia y a lo sumo se han ceñido a la mera contabilidad financiera”¹⁰³.

Una forma de conocer la realidad social sobre la que se va a legislar sería involucrar a la ciudadanía en el proceso de definición de los contenidos de un anteproyecto de Código Penal, similar al proceso constituyente analizado previamente. Otra vía para aproximarse a la realidad es la realización de estudios empíricos. Por ejemplo, se estima que alrededor del 10% de la población nacional está constituido por personas que se autodefinen como indígenas¹⁰⁴. Habría que indagar, entre otras dimensiones, ¿qué tipo de sanción conoce el derecho mapuche (el Az Mapu) y cómo estas podrían ser incorporadas en un Código Penal¹⁰⁵? La investigadora chilena Myrna Villegas señala que “es preciso dar un enfoque intercultural al derecho penal chileno, devolviendo a los indígenas el derecho de resolver por ellos mismos las infracciones a sus reglas, con fuerza vinculante para el Estado y con efecto de cosa juzgada, especialmente aquellas que son típicamente relevantes para la justicia oficial”¹⁰⁶. A pesar de ello constata que en Chile existía

declarada válida e incluso aunque cuando provenga de un poder democráticamente legitimado. Lopera Mesa (2008), pp. 294 a 296.

98 Fernández Cruz (2009), p. 236.

99 Fernández Cruz (2009), aquí pp. 235 y siguiente.

100 Fernández Cruz (2009), p. 250.

101 Fernández Cruz (2009) p. 250.

102 Díez-Ripollés (2008), p. 34.

103 Fernández Cruz (2009), p. 250.

104 “Si bien no existe información actualizada confiable sobre su tamaño poblacional, se ha señalado que estaría integrado por más de un millón quinientas mil personas (INE, 2013) y constituiría cerca del 10% de la población nacional, formando parte del 84% del total de las personas indígenas reconocidas en Chile”. Aravena Reyes/ Jara Santis (2016), p. 323.

105 Myrna Villegas Díaz analiza las diferencias entre el sistema de justicia indígena y el sistema occidental. “En general los sistemas sancionatorios indígenas, así también el mapuche, se caracterizan porque el centro de protección es la comunidad, diferenciándose del derecho penal occidental (...) en gran parte de las ocasiones la sanción se aplica por la forma de conducción de vida del individuo en relación a su comunidad, incluyendo su mera peligrosidad. Siendo el grupo lo que prima, el principio de personalidad también se inclina ante la responsabilidad grupal. En no pocas ocasiones la conducta cometida por un individuo acarrea responsabilidad también para sus familiares”. Villegas Díaz (2014), pp. 217 y siguiente.

106 Villegas Díaz (2014), p. 244.

una “visión monista de una única justicia oficial” habla de visiones “negacionistas” de la justicia indígena¹⁰⁷.

El anteproyecto de Código Penal (2018) está redactado en esa línea. No existe referencia alguna al derecho indígena o a la dimensión intercultural. El informe del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile sobre el anteproyecto critica que “en cuanto a los temas de cultura, interculturalidad y antijuridicidad, se constata la ausencia total de regulación relativa a la adecuación de la conducta a la norma según contexto sociocultural, o de la prueba de ésta (v.gr. el procedimiento estándar de los peritajes antropológicos)”¹⁰⁸.

Pero conocer la realidad sobre la que se legisla también requiere saber ¿qué funciona en materia penal?¹⁰⁹ Habría que investigar, por ejemplo ¿qué impacto tienen penas altas en evitar robos cometidos en casas? Investigaciones hechas en Alemania muestran que el rango de la pena es, en la mayoría de los casos, irrelevante para los autores o que éstos no lo consideran antes de cometer el delito¹¹⁰. Un factor más decisivo era el riesgo de descubrimiento. También se evidenció, que los autores no conocían el rango de pena. En este sentido, los resultados hablan a favor de la conclusión general en criminología¹¹¹ de que no son los castigos más altos sino el riesgo de ser capturado por la policía lo que desalienta la perpetración del delito¹¹².

Pero las apenas siete páginas de explicación con que la Comisión entrega el anteproyecto (2018) no hacen referencia a estudio alguno¹¹³. Ni siquiera parece existir una estimación sobre el posible impacto financiero e institucional de la reforma propuesta. No sabemos, entre otros: ¿cómo se proyecta qué va a cambiar la composición de la población condenada y particularmente carcelaria y qué impacto sobre el personal en Gendarmería de Chile se espera? Desde esta perspectiva parece poco serio, de parte del Ministerio del rubro, pedir opiniones a las facultades de derecho sobre un anteproyecto de ley cuyo posible impacto social, institucional y financiero no se ha proyectado.

La crítica al anteproyecto elaborado por los académicos de la Universidad Diego Portales tiene un enfoque similar. Observa el poco tiempo que el Ministerio había otorgado para analizar el proyecto, pero en lo principal critica la falta de información entregada que impedía un trabajo en profundidad. Los académicos echan “de menos la existencia de actas de la Comisión (públicas al menos) o cuanto menos

107 Myrna Villegas refuta este “negacionismo” con base en una investigación cualitativa. Afirma que “*En el ámbito penal chileno se cree que ya no existen sistemas sancionatorios indígenas, creencia que se debilita al hacer referencia a pueblos andinos (aymaras), pero que se afirma, a nuestro juicio, sin base, respecto del pueblo Mapuche*”. Villegas Díaz (2014), p. 213.

108 Universidad de Chile (2018), p. 117.

109 Sobre esa pregunta y experiencias en el mundo anglosajón véase Fernández Cruz (2009), p. 250.

110 Basombrío y Dammert llegan a una solución similar en su estudio sobre el populismo punitivo en América Latina. Afirma que: “*La sanción penal como alternativa de solución no ha mostrado evidencias de funcionar y ha ocasionado problemas colaterales de enorme magnitud*”. A su vez destaca que “*Ningún país de América Latina puede mostrar resultados en la reducción del delito sólo a partir del endurecimiento de penas. Es más, en países como El Salvador donde esta opción fue llevada al límite vía las políticas oficialmente denominadas de “mano dura” y “súper mano dura”, las consecuencias de ese sobredimensionamiento unilateral y poco balanceado de la opción penal han sido negativas*”. Basombrío/ Dammert (2013), p. 11.

111 Así también Entorf y Spengle: “*Als wichtigster kriminalitätsreduzierender Faktor erweist sich die Verurteilungswahrscheinlichkeit von polizeilich ermittelten Tatverdächtigen*”. Entorf/Spengle (2005), p. 13.

112 Wollinger/Jukschat (2017), pp. 115 y 119

113 En comparación vemos que el anteproyecto de Código Penal de la Nación (2014) preparado bajo la presidencia de Raúl Zaffaroni en Argentina cuenta con 330 páginas de fundamentación. Tiene un largo listado de especialistas, organizaciones no gubernamentales y organismos de gobierno convocados por la Comisión. También el informe de la comisión del Ministerio de Justicia de Alemania (marzo 2000) sobre reformas al sistema de sanciones del Código Penal cuenta con más que 200 páginas que entregan un resumen de las discusiones y decisiones de la Comisión y dos libros complementarios que contienen las exposiciones hechas a la comisión. La comisión estaba compuesta por personal ministerial, operadores del sistema (jueces, fiscales y defensores), académicos y políticos; 13 miembros permanentes, 2 de ellos mujeres; 11 sesiones; trabajaron desde enero 1998 a febrero 2000. Encargaron dos estudios de derecho comparado.

una explicación más profunda de la justificación de las distintas opciones sistemáticas, valorativas y político-criminales que subyacen al texto que se nos ha presentado”. A eso agregan „la inexistencia (que nos conste al menos) de un diagnóstico de corte empírico, análisis de flujo y, particularmente, análisis de impacto que justifiquen y cuantifiquen probables consecuencias que tendrían las propuestas”. Afirman que les “resulta imprescindible avanzar en estudios de esta naturaleza para permitir que el debate legislativo sea mínimamente informado. ... En caso contrario se corre el serio riesgo de legislar a ciegas y desaprovechar una enorme oportunidad para dar un salto sustancial en nuestra legislación penal sustantiva”¹¹⁴.

Coincidimos plenamente con esta crítica. Lo que queda en evidencia es que en el caso del anteproyecto de Código Penal (2018) las prioridades de la política criminal propuesta no están basadas en información sobre la realidad social y en la autoconsciente decisión tomada en base a esa información¹¹⁵. Se trata de un ejercicio dogmático loable cuyas propuestas no se apoyan en un esfuerzo de constatar empíricamente problemáticas de la realidad social.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

El anteproyecto de Código Penal (2018) se aloja en una larga tradición jurídica que confiaba la elaboración de Códigos a un grupo selecto de expertos. Muestra así una desconfianza en las opiniones y juicios de los ciudadanos comunes. Esta impresión no cambia sustancialmente a pesar de la iniciativa de recoger las opiniones de toda la comunidad académica de derecho¹¹⁶. No siempre se hace un esfuerzo de esta envergadura para elaborar una nueva normativa penal. Aun así, nos cabe la duda ¿por qué se entiende que solo los abogados pueden tener una opinión válida sobre un proyecto de *Código Penal*? Siguiendo esta lógica de restringir la producción de política pública a los agentes técnicos del campo, deberíamos pedir a los médicos que se hagan cargo de todas las normas relativas a la salud y a los deportistas las que afectan al deporte, los politólogos se dedicarían a ver legislación que lleva relación con los partidos políticos etc. Quedarían algunas profesiones y así facultades sin ámbito legislativo propio. ¿Qué ley comentarían, por ejemplo, los sociólogos o filósofos? Estas interrogantes dejan ver que la sola consulta (hasta la fecha) a las facultades de derecho, parte de una concepción errónea de participación, que pone en el centro a los saberes expertos por sobre la visión ciudadana. Muestra lo que Patricio Silva ha señalado como característica del modelo chileno donde “la ideología tecnocrática se ha mezclado con la idea democrática”. La consecuencia es “que se haya ido formando una creciente democracia tecnocratizada en donde los problemas sociales son traducidos en términos técnicos y en donde la despolitización se ha convertido en una característica central del modelo chileno”¹¹⁷.

Pero las leyes penales no son un tema técnico a ser resuelto exclusivamente por los abogados, ni las de salud no son de competencia única de los médicos. El discurso tecnócrata se sobrepone a las discusiones políticas y hace pensar que no existen diferencias en cuanto a las definiciones de la política

114 Universidad Diego Portales (2018), pp. 3 y siguiente.

115 Basombrio y Dammert encuentran como una de las características de la política criminal en América Latina que “En la mayoría de casos la información disponible para elaboración de diagnósticos es débil, fragmentada y poco sistemática. Las prioridades de política no están basadas en evidencia sólida”. Basombrio/ Dammert (2013), p. 10.

116 El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pide en su carta del 18.10.2018 expresamente “Observaciones de Facultades y Escuelas de Derecho de universidades chilenas al Anteproyecto de Código Penal 2018”.

117 Silva (2006), p. 188.

criminal¹¹⁸, Pero si las hay, comenzando con el tema de la utilidad de sanciones privativas de libertad¹¹⁹, seguido por preguntas sobre la penalización o despenalización de determinadas conductas.

Pero antes de trabajar en otro anteproyecto de Código Penal, sería importante hacer una evaluación lo más participativa posible, de las problemáticas en la aplicación del Código Penal vigente y de las necesidades de reforma. Caso contrario se está “legislando a ciegas”, tal como lo han indicado los académicos de la Universidad Diego Portales. Parece por lo menos inconsecuente que el gobierno cree (con el fuerte apoyo de la OCDE¹²⁰), al seno de la Cámara de Diputados, un Departamento de Evaluación de la Ley (2011) para conocer su eficacia y adoptar medidas para perfeccionarlas¹²¹, pero que no haga estudios previos para su diseño y a fin de proyectar su posible impacto. Según la OCDE el “proceso político regulatorio” tiene principalmente cuatro etapas: la evaluación ex ante para la elaboración y el diseño, la adopción, la implementación y seguimiento, y la evaluación ex post con lo que vuelva a comenzar el ciclo¹²². Sin embargo, el Departamento de Evaluación de la Ley modificó el ciclo regulatorio diseñado por el organismo internacional. En su propio flujograma el proceso no comienza con una evaluación ex ante para la elaboración y el diseño, sino con un proyecto de ley¹²³. Eso hace entendible que la OCDE vea como reto institucional importante para Chile “la necesidad de vincular la evaluación ex-post a la valoración ex-ante, lo cual no existe en el país actualmente”¹²⁴.

Es de esperar que esta práctica se institucionalice, que no se quede en experiencias aisladas, como las que se han vivido durante la reforma procesal penal, donde los legisladores sí podían trabajar y tomar decisiones en base a información de la realidad social. Supuesto que no se da si se comienza a legislar en base al reciente anteproyecto de Código Penal (2018). Chile posee todo el marco institucional y la experiencia para hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAVENA REYES, Andrea; JARA SANTIS, Francisco (2016): “Antropología jurídica y superposición de sistemas normativos estado/nación-pueblos indígenas: El caso actual del pueblo Mapuche”, *Revista de Antropología Iberoamericana* (www.aibr.org), Volumen 11, Número 3, septiembre - diciembre 2016, pp. 319 – 340. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/447182>

BASOMBRÍO, Carlos; DAMMERT, Lucía (2013): “Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes”, Wilson Center 2013. Disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/publication/seguridad-y-populismo-punitivo-en-america-latina>

BOTERO BERNAL, José Fernando (2008): “El Derecho Penal en Latinoamérica”, *Revista de Ciencias Penales Iter*

118 Como bien señala el sociólogo y político chileno Alberto Mayol Miranda en el discurso tecnocrático “*está la promesa de una política unívoca, definitiva, incuestionable y operacionalizable, la promesa de que el sentido de la historia encuentra en la razón técnica la orientación fundamental.*” Mayol Miranda (2003), p. 95.

119 Véase la discusión plasmada en el libro “No prison” editado por Massimo Pavarini y Livio Ferrari (2018).

120 Así lo plantea la Cámara de Diputados de Chile. Véase : http://www.evaluaciondelaley.cl/apoyo-de-la-ocde/foro_ciudadano/2012-11-05/171918.html

121 Véase la presentación del departamento en: http://www.evaluaciondelaley.cl/como-la-camara-de-diputados-de-chile-evalua-las-leyes/foro_ciudadano/2013-01-02/162420.html

122 Véase el flujograma contenido en el gráfico 2 del documento “La Evaluación de las Leyes en Chile”, p. 2. Disponible en: <https://www.oecd.org/about/50194073.pdf>

123 Así en el gráfico del ciclo regulatorio disponible en: http://www.evaluaciondelaley.cl/evaluacion-ciudadana-de-la-ley/foro_ciudadano/2012-11-09/113129.html

124 OCDE (2012-2), p. 7.

Criminis, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp. 25 a 46. Disponible en: <https://itercriminoisopcion5.files.wordpress.com/2009/06/iter-criminis-3-cuarta-epoca1.pdf>

BRETTSCHEIDER, Frank; RENKAMP, Anna (2016): "Partizipative Gesetzgebungsverfahren Bürgerbeteiligung bei der Landesgesetzgebung in Baden-Württemberg", Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2016. Disponible en: https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/Dokumente/Studie_Partizipative-Gesetzgebungsverfahren.pdf

COES, Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social - COES (2017): "Resultados Primera Ola, Estudio Longitudinal Social de Chile (ELSOC). Módulo 2: Conflicto Social. Los motivos de la justificación de la violencia en Chile", en *Notas COES de Política Pública*, N°5 (Santiago, Chile, COES). Disponible en: <http://www.elsoc.cl/publicaciones-elsoc/informes/>

COMITÉ DE SISTEMATIZACIÓN (2017): "La Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía", Comité de Sistematización, enero 2017. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/destacados/comision/docs/Sistematizacion_Proceso_Constituyente.pdf

CORREA SUTIL, Jorge y JIMÉNEZ, María Angélica (1995): „Acceso de los pobres a la justicia en Chile“, *Franz Vanderschueren Franz y Enrique Oviedo, Acceso de los Pobres a la Justicia* (Santiago, Ediciones SUR).

CILLERO BRUÑOL, Miguel (2006): "Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes", *Anuario de Derechos Humanos*, 2006. Disponible en: www.anuariodch.uchile.cl

DE FERARI, Luis Ignacio (2006): "Quince años de espera... hacia la creación de un sistema de reemplazo: notas sobre la génesis y desarrollo de la Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes", *Justicia y Derechos del Niño*, Nr. 8, UNICEF 2006, pp. 113 a 158. Disponible en: http://www.unicef.cl/cursos/docs/bloques.php?f=Hacia_la_creacion_de_un_sistema_de_reemplazo.pdf

DELAMAZA, Gonzalo (2011): "Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades", *Polis (Santiago)*, 10(30), pp. 45-75. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682011000300003>

DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis (2008): "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI", *Polít. crim.*, N° 5, 2008, A7-5, pp. 1-37. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf

DUCE, Mauricio (2004): „La Reforma Procesal Chilena: Gestación y Estado de Avance de un Proceso de Transformación en Marcha“, *En Busca de una Justicia Distinta - Experiencias de Reforma en América Latina* (Lima, Consorcio Justicia Viva), pp. 195-248.

ESER, Albin (1991): "Strafrechtsreform in Deutschland mit Blick auf die polnischen Reformtendenzen", *Strafrechtsreform in Polen und Deutschland, Untersuchungshaft, Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht: viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie* (Baden-Baden, Nomos), pp. 47 – 86. Disponible en: <https://freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/3660>

EBERHARDT, María Laura (2015): "Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción", *Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 17, n° 33. Primer semestre de 2015, pp. 83-106. Disponible en: <http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%20C3%B1o%2017%2020%20N%C2%BA%2033%20202015/Democracias%20representativas%20en%20crisis.pdf>

ENTORF, Horst; SPENGLER, Hannes (2005): "Als wichtigster kriminalitätsreduzierender Faktor erweist sich die Verurteilungswahrscheinlichkeit von polizeilich ermittelten Tatverdächtigen", *Ökonometrie der Kriminalität, ifo Schnelldienst* 16/2005 – 58. Jahrgang.

ESTRADA V., Francisco (2015): "Apuntes sobre la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente", Material docente para el Curso del Programa de Formación de la Academia Judicial 2015. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/280235968_Apuntes_sobre_la_Ley_de_Responsabilidad_Penal_Adolescente_Material_docente_para_el_Curso_del_Programa_de_Formacion_de_la_Academia_Judicial_2015

EQUIPO REDACTOR (2018): "Carta de entrega del Anteproyecto de Código Penal", 17.10.2018. Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Carta-entrega-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Penal-2018.pdf>

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2009): "La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, Valparaíso, Chile, pp. 231 – 259. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n33/a06.pdf>

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1988): "Alternativa en la política criminal de las drogas en América Latina", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc./Mes 2, 1988, pp. 387-412. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46326>

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von (1801): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (Giessen). Texto original disponible en: http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/feuerbach_recht_1801?p=48

FRANCIA, Luis (1993): "Pluralidad Cultural y Derecho Penal", *Derecho* 47/1993, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 493 a 523. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6687/6792>

FUCITO, Felipe (1999): *Sociología del Derecho - El orden jurídico y sus condicionantes sociales* (Editorial Universidad, Buenos Aires).

GFK ADIMARK (2016): "Percepciones punitivas de la sociedad chilena". Disponible en: <https://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/661>

HARING, Sophie (2010): "Herrschaft der Experten oder Herrschaft des Sachzwangs?-Technokratie als politikwissenschaftliches "Problem Ensemble", *Zeitschrift für Politik (ZfP)*, 3/2010, pp. 243-263. Disponible en: https://www.zfp.nomos.de/fileadmin/zfp/doc/ZfP_10_03.pdf

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ, Julian (2003): *Derecho Procesal Penal Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica) Tomo I.

KOMMISSION ZUR REFORM DES STRAFRECHTLICHEN SANKTIONENSYSTEMS (03.2000): "Abschlußbericht". Disponible en: <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf>

KÜPER, Wilfrid (2012): *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, de Gruyter

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (1984): *Del Espíritu de las Leyes I* (Madrid, Ediciones SARPE).

KUHN, André (2004): "Verlangt die öffentliche Meinung strengere Strafen?", en André Kuhn, Patrice Villettaz, Aline WilliJayet, Florian Willi, Öffentliche Meinung und Strenge der Richter: Vergleich zwischen den von schweizerischen Richtern ausgesprochenen Strafen und den von der Öffentlichkeit gewünschten Sanktionen, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, N° 1/2004, 28-32. Disponible en: <http://www.paulus-akademie.ch/ressourcen/download/20070314120714.pdf>

LOPERA MESA, Gloria Patricia (2008): "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes

penales”, en Miguel Carbonell (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Quito, Ecuador), pp. 269-306. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>

MARTÍ, José (1891): “Nuestra América”, *La Revista Ilustrada de Nueva York*, Estados Unidos, el 10 de enero de 1891. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal27/14Marti.pdf>

MATTHEWS, Roger (2016): “El mito de la punitividad”, *Delito Y Sociedad*, 2(28), 7-30. Disponible en: <https://doi.org/10.14409/dys.v2i28.5603>

MATUS, Jean Pierre (2010): “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, *Política criminal*, Vol. 5, Nº 9 (Julio), pp. 143-206. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A4.pdf.

MAYOL MIRANDA, Alberto (2003): “La Tecocracia: el falso profeta de la Modernidad”, *Revista de Sociología*, Nº 17 – 2003 Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Chile, pp. 95- 123.

MITCHELL, Barry; ROBERTS, Julian V. (2010): “Public opinion and sentencing for murder - An Empirical Investigation of Public Knowledge and Attitudes in England and Wales”, Report for the Nuffield Foundation, October 2010. Disponible en: [https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Public%20Opinion%20and%20Sentencing%20for%20Murder_Mitchell&Robertsv_FINAL\(1\).pdf](https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Public%20Opinion%20and%20Sentencing%20for%20Murder_Mitchell&Robertsv_FINAL(1).pdf)

OCDE (2017): “Informe la participación ciudadana en el proceso constituyente 2017”, Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE, Chile. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>

OCDE (2012): “Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria”. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

OCDE (2012-2): “La Evaluación de las Leyes en Chile”, OCDE. Disponible en: <https://www.oecd.org/about/50194073.pdf>

OCDE (2010), “Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE”, 11.01.2010. Disponible en: <http://www.oecd.org/chile/chileprimerpaissudamericanomembrodelaoecd.htm>

PAVARINI, Massimo; FERRARI, Livio (2018): *No prison* (Wales, EG Press limited).

PUGA, Ismael; GERBER, Mónica (2016): “Control Social y Justificación de la Violencia en Chile. Resultados Encuesta Nacional UDP 2015”, *Documento de Trabajo ICSSO – Nº 22 / 2016 Serie Encuesta Nacional UDP*, Santiago, enero 2016.

PINEDA GARFIAS, Rodrigo (2009): “Teoría de la legislación algunos planteamientos generales”, *Universidad de Viña del Mar - Nº 3* (2009), pp. 137-156. Disponible en: <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/03.137-156.Pineda.pdf>

PIÑERA ECHENIQUE, Sebastián (2017): “Programa de gobierno 2018-2022 - Sebastián Piñera Echenique Construyamos tiempos mejores para Chile”, Chile 2017. Disponible en: <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf>

RAISER, Thomas (2013): *Grundlagen der Rechtssoziologie* (Tübingen, Mohr Siebeck UTB, 6ª ed.).

RAMOS, Marcelo; GUZMÁN DE LUIGI, Juan (2000): *La Guerra y la Paz Ciudadana* (Santiago, LOM).

RIEGO, Christian (2000): “Las Reformas Procesales Penales en América Latina - Chile”, en Maier, Ambos, Woischnik, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina* (Buenos Aires, Ad-Hoc).

ROSBACH, Oliver (2000): “Strafrecht und Gesellschaft bei Anselm von Feuerbach”, *forum historiae iuris*, di-

ciembre 2000. Disponible en: <https://forhistiur.de/2000-12-rosbach/>

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2012): *Fundamentos de Política Criminal - Un retorno a los principios* (Madrid, Marcial Pons).

SILVA, Patricio (2006): "Los tecnócratas y la política en Chile: pasado y presente", *Revista de Ciencia Política*, Volumen 26, Nr. 2, pp. 175-190. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v26n2/art10.pdf>

STIPPEL, Jörg (2013): *Derecho, Cárcel y Política* (Santiago, LOM Editores).

STIPPEL, Jörg; SERRANO MORENO, J. (2018): "Explanations for the punitive turn of crime policy in Bolivia (2006-2016)", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 7, no. 4 (2018). Disponible en: <https://www.crimejusticejournal.com/article/view/1075>

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA (2018): "Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018" Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UA_Observaciones_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf

UNIVERSIDAD DE CHILE (2018): "Observaciones del Centro de Derecho Humanos al Anteproyecto de Código Penal 2018", del 18.10.2018. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2018): "Observaciones al Anteproyecto de Código Penal", Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 29.11.2018. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UDP_Observaciones_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf

VALENZUELA, Arturo (2011): "Crisis de Representación y Reforma Política en Chile", trabajo presentado en el marco del proyecto para la reforma de los partidos en Chile patrocinado por el Centro de Estudios Públicos (CEP) y la Corporación de Estudios para Latinoamérica (CIEPLAN), Santiago de Chile, 26 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/297/Estudio_A_Valenzuela.pdf

VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2014): "Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?", *Política criminal*, Vol. 9, Nº 17 (Julio 2014), pp. 213-247. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100007

WOLLINGER, Gina Rosa; JUKSCHAT, Nadine (2017): "Reisende und zugereiste Täter des Wohnungseinbruchs - Ergebnisse einer qualitativen Interviewstudie mit verurteilten Tätern", *Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V., Forschungsbericht Nr. 133*.

PERIÓDICOS

El Diario

EFE, Santiago de Chile: "Mujeres reivindican sus derechos con masivas manifestaciones en Chile", publicado en el diario español *El Diario* del 07.06.2018. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/Mujeres-reivindican-derechos-manifestaciones-Chile_0_779722021.html

El Mercurio

Matus, Jean Pierre (2014): "Hacia un nuevo Código Penal, otra vez", *El Mercurio-Legal* del 25.03.2014. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902865&Path=/0D/C6/>

STIPPEL, Jörg. *Política criminal en Chile: entre lógicas tecnocráticas y participación ciudadana*. *Revista Justicia y Derecho*, Santiago, v. 2, nº 2, 2019

Olivares, Lilian (2018): "Polémica por tipificación de delitos sexuales en futuro Código Penal: Cómo sancionaría a „La Manada“, jueves, 06 de diciembre de 2018, C7. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=527675>

El Mostrador

EL MOSTRADOR: "Comunidades mapuche anuncian un mes de manifestaciones tras muerte de Camilo Catrillanca", en *El Mostrador* del 25.09.2018. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/11/25/comunidades-mapuche-anuncian-un-mes-de-manifestaciones-tras-muerte-de-camilo-catrillanca/>

La Tercera

Ayala C., Leslie (2018): "Prestigiosas abogadas critican a Justicia por marginarlas de comisión por nuevo Código Penal", *La Tercera* del 24.09.2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/prestigiosas-abogadas-critican-a-justicia-por-marginarlas-de-comision-por-nuevo-codigo-penal/328753/>

LA TERCERA PM (2018): "Polémica por anteproyecto de Código Penal: Abogados de la comisión explican postura en delitos sexuales", miércoles 12 de diciembre 2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/polemica-por-anteproyecto-de-codigo-penal-abogados-de-la-comision-explican-postura-en-delitos-sexuales/441709/>

La Tercera (2019): Entrevista a Jorge Correa Sutil, *La Tercera* del 11 de noviembre de 2019, p. 9.

Galarce, Jonathan; Reyes; Carlos (2018): "Quintero y Puchuncaví: Manifestantes se enfrentan con FF.EE. tras protesta por contaminación", *La Tercera* del 08.09.2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/quintero-y-puchuncavi-manifestantes-se-enfrentan-con-ff-ee-tras-protesta-por-contaminacion/313018/>

El Telégrafo

EFE: "Evo Morales decide anular la ley penal que ha ocasionado protestas en Bolivia", del *El Telégrafo* 21.01.2018. Disponible en: <https://www.letelegrafo.com.ec/noticias/mundo/8/evo-morales-decide-anular-la-ley-penal-que-ha-ocasionado-protestas-en-bolivia>

NORMAS CITADAS

Nacional

Ley N° 20.500 (16.02.2011), Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023143>

Ley N° 20.084 (07.12.2005), Ley de Responsabilidad de Adolescentes.

Ley N° 18.575 (05.12.1986), Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>

Decreto N° 443 (12.06.2003): Decreto que crea la Comisión de Estudio Para la Elaboración de un Anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=212038>

Instructivo presidencial sobre participación ciudadana (06.08.2014). Disponible en: <http://www.minjusti->

cia.gob.cl/media/2015/05/Instructivo-Presidencial-sobre-Participaci%C3%B3n-Ciudadana.pdf

Mensaje 407-365 (06.03.2018) Proyecto de Nueva Constitución. Disponible en: https://www.unaconstitucionparachile.cl/proyecto_de_ley_nueva_constitucion.pdf

Boletín N° 9.274-07, Proyecto de Código Penal. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07

Anteproyecto de Código Penal 2018 (22.10.2018). Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf

Internacional

Código del Sistema Penal de Bolivia (14.12.2017). Disponible en: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%201005%20C%C3%B3digo%20del%20Sistema%20Penal%2014-12-17%20PL%20122-17-18.pdf>

Código Penal de Brasil (Decreto-Lei n° 2.848 de 07.12.1940 modificado por la Ley n° 9.777 de 26/12/98). Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos (10.12.1948). Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Resolución 2002/12 Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal del Consejo Económico y Social.

Resolución 2016/17 sobre Justicia restaurativa en asuntos penales aprobada por el Consejo Económico y Social el 26 de julio de 2016.

Anteproyecto de la Nación de Código Penal - Comisión para la Elaboración del Proyecto de

Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12). Disponible en: <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/04/53598b9463e9b.pdf>