

PRESENTACIÓN DE *JUSTICIA CRIMINAL Y DOGMÁTICA PENAL*  
*EN LA ERA DE LOS DERECHOS HUMANOS. ESTUDIOS EN HOMENAJE A*  
*JORGE MERA FIGUEROA\**

COUSO, JAIME; HERNÁNDEZ, HÉCTOR; LONDOÑO, FERNANDO (EDS.),  
THOMSON REUTERS, MAYO DE 2021, 818 PP.

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN\*\*  
*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

El libro se inicia con un hermoso prólogo de sus editores, quienes efectúan una reseña biográfica del profesor Jorge Mera Figueroa, en la que destacan, entre otros aspectos, la arbitraria interrupción de su carrera académica en su *alma mater* poco después del golpe de Estado; su intensa dedicación a las causas de derechos humanos pese a los riesgos que ello suponía, y la producción de libros y artículos imprescindibles para la teoría y práctica del Derecho penal chileno, trabajos que han permitido que el homenajeado sea reconocido en nuestro medio jurídico-penal por su inteligencia singular, su independencia de juicio, su espíritu crítico y su originalidad. Añaden los editores que Jorge Mera fue el primer profesor de Derecho Penal que hizo de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales su domicilio académico fijo, tanto en la docencia como en la investigación, lo que, además de permitirle desarrollar una notable producción científica, le llevó a formar varias generaciones de abogados, quienes pudieron, al igual que los académicos que por años compartieron con él, aprender de su trabajo académico y de su obra, de su compromiso con sus convicciones democráticas, de los personajes que aparecen en sus casos docentes, de sus poemas, de su conversación culta, de sus anécdotas y de su humor. Estas notas explican el cariño y la admiración que se profesan al profesor Mera

---

\* El presente trabajo corresponde a una versión levemente ampliada del texto que leí en el acto de presentación del libro en homenaje al profesor Jorge Mera Figueroa, en su presencia, el miércoles 18 de agosto de 2021, en la Universidad Diego Portales. Agradezco a los profesores Jaime Couso Salas, Héctor Hernández Basualto y Fernando Londoño Martínez, editores de dicho libro colectivo, por el honor que supuso para mí que me hayan solicitado presentarlo en la referida ceremonia, tarea que realicé con mucho gusto, atendida mi admiración por la trayectoria y por la obra del homenajeado. Agradezco también al director de la *Revista de Ciencias Penales*, el profesor Luis Emilio Rojas Aguirre, por su interés en publicar el texto en esta revista.

\*\* Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho. Dirección electrónica: guillermo.oliver@puev.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

y la inmediata adhesión que concitó la idea del libro que hoy se presenta en su homenaje.

Para la elaboración del texto se recibieron contribuciones de casi treinta profesores, las que aparecen repartidas en las cuatro secciones en que se divide (I. Dogmática penal y política criminal, II. Derechos Humanos y derecho penal, III. Sistema de justicia penal y IV. Filosofía y teoría del Derecho), secciones que representan las principales preocupaciones intelectuales del homenajeado a lo largo de toda su trayectoria.

La primera sección, que es la más extensa, se abre con el trabajo “Entre academicismo y rebeldía: aproximación al momento político en la dogmática penal chilena”, de FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ (pp. 3-32). Se trata de una contribución programática que se inserta en un proyecto de investigación de largo aliento y que examina la pugna contemporánea existente entre lo que se ha venido en llamar la dogmática penal liberal y el populismo punitivo, fenómeno que no es nuevo, pero que se ha agudizado en los últimos años, existiendo a juicio de Londoño manifestaciones de ello en el campo preventivo-policial, en el ámbito de la ejecución de la pena y en algunos sectores de la parte especial del Derecho penal. En un plano general-teórico, Londoño invita a formular una pregunta acerca de la autoconcepción de quienes cultivan la dogmática penal: ¿solo cultores de una disciplina? ¿O agentes de cambio social? Advierte el autor que en el siglo XX fue notorio en nuestro medio un tránsito desde el positivismo de la primera época, interesado en lo extranormativo y orientado a cambios sociales, hacia la dogmática penal, más despolitizada e interesada en el dato normativo, inaugurada por Pedro Ortiz y continuada por los principales autores de la segunda mitad del siglo. Pero añade que en pleno siglo XXI, es reconocible una ola guiada por el signo de la repolitización, lo que le lleva a preguntarse qué tan permeable ha de ser la dogmática a las pulsiones político-sociales, en qué medida ello envuelve un riesgo de vulgarización del Derecho y cuánto de conocimiento experto y cuánto de sentido común debe haber en la dogmática.

La sección continúa con el trabajo “Derechos del paciente psiquiátrico, suicidio y responsabilidad médica”, de MIGUEL VIVEROS VERGARA (pp. 33-57). Se trata de un análisis de la eventual responsabilidad penal del médico psiquiatra por el suicidio de su paciente. Después de poner de relieve las dificultades propias de un diagnóstico psiquiátrico y de la identificación de un riesgo de suicidio, el autor destaca, en primer lugar, la incidencia que en la responsabilidad del médico tiene la evitabilidad de un eventual error en la evaluación y en el juicio diagnóstico. Enseguida, a propósito de un caso real de la jurisprudencia chilena, examina la posibilidad de apreciar en estos casos un homicidio culposo omisivo. En su análisis, Viveros destaca la relevancia que tiene la conducta del titular del bien jurídico afectado, en cuanto a si adoptó su decisión suicida

en forma libre y voluntaria o no. En el primer caso, su comportamiento no es imputable al psiquiatra, en tanto que en el segundo sí lo es. Y para distinguir entre decisiones suicidas libres y decisiones faltas de libertad, propone aplicar las reglas legales sobre imputabilidad, por ser reglas conocidas que la ley utiliza para determinar si una persona puede ser responsable de sus actos.

Dos situaciones adicionales son analizadas: la del paciente que se suicida en imputabilidad disminuida y la del paciente plenamente imputable que se quita la vida en un estado de alteración psíquica severa que lo priva del dominio de sí mismo.

La sección continúa con tres trabajos destinados a una de las principales líneas de investigación de nuestro homenajeado: los delitos contra la propiedad. El primero de ellos es “Delitos de hurto y robo: las propuestas de reforma del profesor Jorge Mera versus la política criminal chilena”, de don CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER (pp. 59-80). En él, su autor, a propósito de los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa, pasa revista a una serie de proposiciones efectuadas por el profesor Mera a lo largo de su trayectoria en orden a modificar la regulación de dichos delitos y examina el modo en que tales propuestas han sido o no recogidas en los diversos anteproyectos de Código Penal que hemos conocido en los últimos años. En relación con el hurto, Künsemüller recoge y hace suya la crítica de nuestro homenajeado a la irritante casuística de su regulación, así como al criterio exclusivamente monetarista para determinar la pena aplicable, criterio que abandonan los referidos anteproyectos. Asimismo, adhiere a la tesis del profesor Mera de exigir la producción de un perjuicio para entender que un hurto está consumado.

En relación con el robo con fuerza en las cosas, Künsemüller se pliega a la denominada “vía germánica”, propuesta en su día por nuestro homenajeado, consistente en reservar la calificación como robo únicamente a la apropiación violenta o intimidatoria y considerar la fuerza en las cosas solo como una agravación del hurto, vía que ha sido recogida por la mayoría de los mencionados anteproyectos. Además, hace propia la crítica del profesor Mera a la exorbitante penalidad del robo con fuerza, especialmente en lugar habitado, la que le lleva a considerarla vulneradora del principio de proporcionalidad.

Por último, en relación con el robo por sorpresa, Künsemüller adhiere a la propuesta de nuestro homenajeado en orden a eliminarlo como robo y tratarlo como lo que es, un hurto, camino que siguen todos los mencionados anteproyectos.

El segundo de los trabajos vinculados con estos delitos es “Problemas básicos de los delitos contra la propiedad”, de ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (pp. 81-131). Se trata de un estudio que busca demostrar la tesis de que la configuración del delito de hurto corresponde a un sistema caracterizado por un cuádruple proceso de “desconsolidación”, entendiendo por esta última un

modelo de sucesivas diferenciaciones sistemáticas. Según Bascuñán, cuatro diferenciaciones permiten comprender el injusto típico del moderno concepto de hurto y distinguirlo del concepto originario de *furtum* del derecho romano: 1) según la posición jurídica susceptible de constituir un objeto de protección, la distinción entre a) el *statu quo* de la tenencia de cosas corporales, b) la tenencia legítima de cosas corporales, a cualquier título, o c) la propiedad; 2) la distinción entre delitos de desplazamiento y delitos de mera lesión; 3) al interior de los delitos de desplazamiento, la distinción entre delitos con quebrantamiento de una custodia preexistente sobre la cosa y delitos sin ese quebrantamiento, subdistinguiendo en este último caso según si la cosa se encuentra custodiada por el autor del ataque o si no se encuentra custodiada por nadie, y 4) también al interior de los delitos de desplazamiento, la distinción entre delitos de desplazamiento transitorio y delitos de desplazamiento indefinido. En la explicación de cada una de estas distinciones, Bascuñán pasa detallada revista al modo en que ellas se recogen o no en cada uno de los anteproyectos de Código Penal elaborados por distintas comisiones en las dos últimas décadas.

El tercer trabajo sobre este grupo de delitos es “Algunos problemas del nuevo sistema de determinación de pena de los delitos de hurto y robo”, de GUILLERMO OLIVER CALDERÓN (pp. 133-153). Se trata de un estudio que, tras formular un muy breve juicio crítico contra la incorporación en el Código Penal, por la Ley N° 20.931, de las severas reglas de determinación de pena contenidas en su artículo 449, reglas que para la mayoría de los delitos contra la propiedad que se cometen en el país establecen lo que en la práctica ha venido en llamarse “marco rígido” de penalidad, examina varios problemas interpretativos que la aplicación de tales reglas ha originado en la práctica, a saber: a) el de si se aplican o no al delito de receptación; b) el de si solamente se aplican cuando los delitos concernidos se cometen en calidad de autor y alcanzan la consumación; c) el de si es procedente o no compensar racionalmente la reincidencia con alguna atenuante; d) el de si es necesario o no, para aplicar la segunda regla del citado artículo 449 –que obliga a excluir el grado mínimo o el *minimum* en caso de reincidencia–, que concurren copulativamente las reincidencias genérica y específica, y e) el de si es exigible o no, para aplicar la severa regla prevista para el caso de reincidencia, que la condena anterior se haya dictado con posterioridad a la Ley N° 20.931. El trabajo finaliza con la confesión de un sinsabor, debido a que las soluciones que se ofrecen para los problemas interpretativos reseñados “cierran la puerta” a loables intentos jurisprudenciales de restringir la severidad de las mencionadas reglas de determinación de pena. En cualquier caso, su autor señala que, al menos, tales soluciones pueden servir para desnudar y dimensionar, en su real magnitud, algunas manifestaciones de la excesiva e injustificada dureza de la segunda “agenda corta antidelincuencia” y expresa su deseo de que nunca padezcamos una tercera.

En el siguiente trabajo, “Algunas consideraciones sobre el tráfico de drogas y otras figuras penales de la Ley N° 20.000”, de JUAN PABLO HERMOSILLA (pp. 155-178), se denuncia una serie de inconsistencias que presenta la ley que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y se ofrecen argumentos para solucionar, a veces *de lege lata*, otras veces *de lege ferenda*, algunas de tales inconsistencias. Su autor se preocupa especialmente por distinguir y separar el tráfico ilícito de drogas de sus actos preparatorios y del consumo, así como de diferenciar el tráfico del microtráfico, en todo lo cual tiene incidencia la tesis que asume, en el sentido de que se trataría de un delito de peligro concreto. En su análisis, además, Hermosilla pone en duda la constitucionalidad de la Ley N° 20.000 en cuanto ley penal en blanco, califica como una torpeza la decisión legislativa de incorporar al tipo penal una referencia a la falta de autorización para realizar la conducta, propone sustituir la referencia a “pequeñas cantidades” de droga por criterios objetivos para efectos del microtráfico y tacha de inconstitucional la prohibición contenida en la ley de que abogados que trabajan para el Estado puedan intervenir en la defensa de imputados por delitos allí tipificados.

El siguiente trabajo es “Eximentes incompletas y art. 73 del Código Penal. El caso de la atenuante de imputabilidad parcial”, de MARTÍN BESIO HERNÁNDEZ (pp. 179-209). En él se examina un aspecto debatido y de mucha importancia práctica en la aplicación de las reglas del sistema de determinación de la pena del Código Penal chileno: la procedencia o improcedencia de aplicar el artículo 73 de dicho código en las hipótesis de eximente incompleta por imputabilidad disminuida. Después de constatar la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre la materia y de discusión también en la doctrina, en la que la opinión aparentemente mayoritaria se decanta por la negativa –aunque para Besio no es evidente que sea mayoritaria–, el autor del trabajo se suma a la tesis defendida por el profesor Mera –tesis que, si es minoritaria, es cada vez menos evidente que lo sea–, ofreciendo argumentos formales y materiales para sostener que el citado artículo 73 sí es aplicable a los casos de imputabilidad parcial.

El trabajo concluye con el análisis de algunos problemas interpretativos del régimen de individualización de la pena previsto en la indicada disposición, entre los cuales destaca el espinudo tema, sobre el cual la ley, en general, guarda silencio, del orden en que deben ser aplicadas las reglas de determinación del castigo cuando, junto con el artículo 73, concurren otros supuestos que permiten u obligan a alterar el marco penal abstracto, en especial la presencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de eficacia ordinaria, tema de la mayor relevancia, porque según el orden que se siga puede llegarse a penas diferentes.

En “Las penas, el sistema penitenciario y la codificación penal en Chile. La Comisión de 1846-1848”, de JAVIER BARRIENTOS GRANDON (pp. 211-249), se exa-

mina un interesante y poco conocido fragmento de la historia del derecho penal chileno. Se trata del encargo de redactar un Código Penal para la República de Chile, que el gobierno del presidente Manuel Bulnes, mediante decreto de 18 de diciembre de 1846, formuló a una comisión integrada por Antonio Varas, José Victorino Lastarria, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal. Con independencia de que tal iniciativa no resultó exitosa, pues la comisión dejó de reunirse a fines de 1848 sin culminar su labor, lo que Barrientos, apoyado en muchos antecedentes históricos, busca demostrar, es la existencia de una conexión, desde la tercera década del siglo XIX, entre las, a la sazón, nuevas concepciones de la pena, que exigían su determinación en una cierta escala de penas, y la existencia de un sistema penitenciario. Conforme a la legislación penal heredada de la monarquía española, la cárcel no era un recinto creado para la ejecución de penas, sino un establecimiento ideado para la seguridad de los reos durante el proceso penal. Pues bien, una de las primeras finalidades que el Código Penal debía alcanzar era la creación de una escala de penas, pero para ello era necesaria la existencia previa de un sistema penitenciario que permitiera el cumplimiento efectivo de dichas penas. Según Barrientos, esa relación (penas-sistema penitenciario-Código Penal) operaba como un factor que desincentivaba proyectos de codificación penal y explica que la referida comisión redactora haya sido creada justamente en momentos en que estaba habilitándose una parte de la nueva Penitenciaría de Santiago, que estaba inspirada en aquellas nuevas concepciones de la pena, y también que la tarea de crear un Código Penal no se hubiera abordado con anterioridad.

Siguen dos trabajos vinculados con la denominada pena natural. En el primero, “De la pena natural (en referencia a la sentencia pronunciada por la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RUC N° 1510022971-1, y de los fallos que le siguieron)”, de LUIS ORTIZ QUIROGA (pp. 251-274), se reflexiona acerca de la procedencia o improcedencia de absolver en los supuestos de *poena naturalis* en Chile, a propósito de un caso conocido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (en adelante, TJOP) de Arica.

El autor del trabajo pone de relieve que el modo en que se solucionen casos de pena natural depende de la forma en que el tribunal argumente. Si, por sobre la ley, les da preeminencia a los principios generales de la legislación y a los derechos fundamentales, podrá invocar la figura de la pena natural. Si le da preeminencia a la ley, por ser expresión de la voluntad democrática, no podrá aplicar dicha figura.

A juicio de Ortiz Quiroga, debe aceptarse, en principio, la *poena naturalis* como forma supralegal de cumplimiento anticipado de la pena aplicable. A partir de la idea de necesidad preventiva de la pena, postula la improcedencia de aplicar la pena cuando, por el daño sufrido por el autor con la comisión del delito, el castigo se muestra innecesario. Pero reconoce la existencia de ciertos

requisitos o límites, a saber: a) el daño sufrido por el autor debe ser físico o moral, no patrimonial ni de imagen; b) el daño debe ser relevante y afectar en forma determinante el curso de su vida futura; c) el daño debe provenir de un hecho del propio autor y no de un tercero; d) la probabilidad de reincidencia no debe ser alta, etc.

En el segundo trabajo, “Pena natural y conmensuración de la pena”, de JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (pp. 275-300), su autor, después de considerar como un fracaso los varios intentos doctrinales por asignar una naturaleza jurídica precisa a la denominada pena natural, afirma que el lugar que le corresponde a esta categoría es el del sistema de factores de conmensuración de la penalidad. Se trataría, concretamente, de un factor indirecto, por no tomar como baremo el delito y sus elementos, sino cuestiones que atañen a la pena. Añade Guzmán que el fundamento de la pena natural yace en la compasión, la que, afirma, no debe ser confundida con la piedad, con la clemencia ni con la caridad.

Agrega que la prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y la obligación de tratar con dignidad a toda persona privada de libertad, establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, permiten reconocer la pena natural como un factor de concreción de la pena judicial, pues, a su juicio, una pena judicial impuesta sin respeto de la pena natural puede constituir un tratamiento cruel, e incluso, inhumano.

El trabajo concluye señalando que la pena natural no tiene por qué conducir necesariamente a la prescindencia de la pena forense, ya que bien puede operar como factor atenuante en la concreción judicial. Para ello, añade Guzmán, podría utilizarse la cláusula de la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, prevista en el artículo 69 del Código Penal, aplicándola a la estimación del daño que cayó sobre el autor.

En “Los derechos del niño como límite al derecho penal adolescente. Una revisión a partir del pensamiento ilustrado” (pp. 301-346), MIGUEL CILLERO BRUÑOL presenta un estudio de cuestiones conceptuales sobre el vínculo sistemático entre los derechos humanos y el sistema penal juvenil. El trabajo da cuenta de una tensión dialéctica entre, por una parte, el control y la protección de la infancia, y por otra, el respeto a la autonomía y a las libertades, tensión que, en opinión de su autor, es crucial para comprender la evolución de la responsabilidad penal de adolescentes y las respuestas del Estado ante la llamada delincuencia juvenil. Después de fundar la idea de que no es posible ejercer el poder punitivo estatal de un modo que no sea autoritario si no se reconoce la existencia jurídica y la protección reforzada de los derechos de los niños y adolescentes, Cillero analiza una serie de fuentes filosóficas y normativas que han inspirado el reconocimiento de los derechos del niño y su influencia en los diferentes programas normativos de respuesta penal a la delincuencia juvenil. Entre las fuentes filosóficas, revisa los puntos de vista de Locke y

de Rousseau, cuyos planteamientos constituyeron los cimientos de lo que en materia de protección de la infancia pasó a conocerse después con el nombre de tesis proteccionistas y tesis liberacionistas. También examina dos ideas del planteamiento de Kant (la dignidad humana y la diferencia entre moralización y castigo), ideas que fueron relevantes para la posterior teoría de los derechos de los niños y para la limitación del sistema penal. Del mismo modo, revisa los aportes de Rawls y Dworkin al denominado liberalismo igualitario. Y entre las fuentes normativas, se examina la más importante: la Convención sobre los Derechos del Niño. Según Cillero, esta convención establece un “proteccionismo renovado o liberal”, que busca conciliar los derechos subjetivos de los niños con el reconocimiento de su autonomía progresiva para ejercerlos, lo que correspondería al resultado de una síntesis de las ideas de Locke, Rousseau y Kant examinadas en el trabajo.

En el siguiente trabajo, “Jóvenes privados de libertad en Chile: ¿al margen del proceso de civilización?” (pp. 347-377), ÁLVARO CASTRO MORALES revisa críticamente la evolución de lo que él llama el “proceso civilizatorio” de la ejecución de medidas y sanciones privativas de libertad juvenil, esto es, un distanciamiento, en dicha privación de libertad, de las prácticas y las lógicas de la ejecución de la pena privativa de libertad de los adultos. Después de sintetizar la sucesión de distintas formas de privación de libertad de niños y adolescentes que han existido en nuestro país, Castro afirma que tal evolución no ha logrado cambiar sustancialmente los criterios y prácticas de la ejecución de la sanción privativa de libertad de los adultos, pues varios son los aspectos que siguen teniendo en común: déficit de legalidad en la ejecución y una sobrerregulación reglamentaria, déficit de control judicial y comunitario, desconocida eficacia de las actividades de reinserción, escaso perfeccionamiento de los funcionarios, condiciones deficientes de la infraestructura de algunos centros. El trabajo finaliza con el análisis de algunas razones que pueden explicar este estancamiento: la comprensión de la privación de libertad juvenil como un simple subsistema de la ejecución de la prisión de adultos, la comprensión de la ejecución de sanciones y medidas como una cuestión meramente administrativa y sin contrapesos, la privatización del castigo y cierta indiferencia del Estado por los adolescentes infractores, los vaivenes en los esfuerzos de reinserción y las dudas sobre la efectividad de los modelos de encierro y la escasa comprensión acerca del significado de la especialidad en la ejecución de la sanción de régimen cerrado.

La sección se cierra con el trabajo “Juzgamiento de adultos mayores en el sistema penal”, de FRANCISCO MALDONADO FUENTES (pp. 379-410). Su autor da cuenta de antiguas manifestaciones de indulgencia en el tratamiento penal de la criminalidad de los adultos mayores, reconocidas en el ordenamiento jurídico comparado, las que prácticamente han desaparecido a contar de los procesos decimonónicos de codificación. Pero agrega que esta actual ausencia de reco-



nocimiento de tratamiento punitivo benevolente para los adultos mayores no ha impedido la existencia de beneficios al margen de la ley, en la aplicación de criterios de oportunidad, en la utilización de alternativas al proceso, en la dictación de la condena o en la determinación de la pena aplicable.

Maldonado rechaza la posibilidad de fundar *a priori* en caracteres prototípicos de la vejez la posibilidad de establecer reglas especiales que incidan en la declaración de culpabilidad de los adultos mayores o en las consecuencias de su responsabilidad penal y rebate cada uno de los fundamentos que se han invocado para justificar un estatuto diferencial. Sin embargo, se muestra proclive a una argumentación que tome en cuenta la mayor afflictividad que representa para los adultos mayores el hecho de someterse al sistema penal. La idea de una reacción proporcional que evite un tratamiento desigual le parece atendible, considerando que las condiciones padecidas por los adultos mayores obedecen a causas naturales que, por ello, no pueden ser atribuidas como carga a quienes las sufren. Sobre la base de esa idea, Maldonado propone considerar la aplicación de regímenes alternativos de cumplimiento de la pena, que eviten la efectiva privación de libertad, y sugiere algunas adecuaciones en el proceso seguido contra adultos mayores, entre otros ámbitos, en la programación de las audiencias y en la extensión de los juicios.

La segunda sección (*Derechos Humanos y derecho penal*) se abre con “Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas”, de HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE (pp. 413-441). Se trata de un trabajo que, junto con establecer los fundamentos del principio de prohibición de la impunidad para los autores de violaciones de derechos humanos constitutivas de delitos internacionales, principio que obliga a los Estados en estos casos a investigar, enjuiciar y, si procede, condenar y, si hay condena, a garantizar el cumplimiento efectivo de la pena, da cuenta de ciertos obstáculos fácticos y jurídicos que favorecen la impunidad, como las autoamnistías, la prescripción, la cosa juzgada fraudulenta, la litispendencia fraudulenta y los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales.

El trabajo efectúa una distinción entre crímenes internacionales que constituyen las más graves violaciones de derechos humanos (el genocidio y el delito de lesa humanidad), los cuales son de competencia complementaria de la Corte Penal Internacional, y otros crímenes que son de trascendencia para la comunidad internacional, pero que son violaciones de derechos humanos de menor gravedad y que, por lo mismo, son de exclusiva competencia de los tribunales nacionales, que suelen calificarlos como delitos comunes. Para evitar esta última calificación, Hormazábal propone, *de lege ferenda*, incorporar en los códigos penales nacionales un capítulo, bajo el epígrafe “Crímenes contra los derechos humanos”, que incluya estos últimos delitos junto con las más graves violaciones de derechos humanos, modificación que a su juicio permitiría

extender a las violaciones simplemente graves de derechos humanos el principio de prohibición de la impunidad y contribuiría a evitar cualquier forma de favorecimiento de la impunidad.

En “La responsabilidad penal del superior por los delitos de sus subordinados cometidos en dictadura. Jurisprudencia nacional y aspectos de derecho penal internacional y comparado”, de SABRINA PERRET NEILSON (pp. 443-485), se efectúa un análisis de varios problemas y desafíos que plantea la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal de los superiores en los delitos cometidos por miembros de organizaciones represivas y de seguridad durante la última dictadura cívico-militar chilena. La autora del trabajo afirma que, si bien la doctrina nacional suele calificar el rol de los superiores en funciones no ejecutivas como inducción, se trata de una tendencia que ha ido cambiando en los últimos años, orientándose a facilitar la calificación como autor, y no como simple partícipe, de quien tiene autoridad en la organización criminal, pese a su falta de proximidad con el hecho delictivo y a la intermediación de terceros responsables, siempre que concurren algunos elementos contextuales.

Enseguida, sobre la base de lo afirmado en sentencias dictadas por la Corte Suprema, Perret examina la corrección o incorrección de la invocación de distintos títulos de imputación que la jurisprudencia nacional ha utilizado en el establecimiento de la responsabilidad de los superiores por crímenes cometidos durante la dictadura: la coautoría, la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la omisión. En el análisis de cada uno de estos títulos de imputación, se contrastan las ideas expuestas por la jurisprudencia nacional con el desarrollo de las mismas en el Derecho penal internacional y en el Derecho comparado.

En “Responsabilidad penal por la intervención en crímenes de la dictadura en el ejercicio de roles judiciales. Perspectivas comparadas para una exploración en Chile” (pp. 487-510), JAIME COUSO SALAS presenta un trabajo de naturaleza exploratoria, en el que se examinan los principales problemas que plantea la posibilidad de imputar homicidios, secuestros y torturas a quienes, desempeñándose como jueces o fiscales con competencia penal durante la dictadura cívico-militar chilena, permitieron que tales delitos se cometieran, así como la posibilidad de imputarles homicidios o privaciones ilegales de libertad por imponer penas de muerte o de presidio en resoluciones judiciales injustas, sin perjuicio del delito de prevaricación, uno de los temas menos tratados por la literatura relativa a la justicia de transición. El autor del trabajo constata la existencia de una evolución en el planteamiento de la Corte Suprema acerca de la responsabilidad de los jueces ante las violaciones de derechos humanos, que partió con un rechazo radical de los reproches formulados en el *Informe Rettig*, en 1990; continuó con una respuesta más matizada ante las críticas planteadas en el *Informe Valech*, en 2004; siguió con una declaración con un

histórico *mea culpa*, en 2013, y culminó, el mismo año, con una sentencia de extradición pasiva en contra de un exjuez argentino, aunque existen también algunas decisiones judiciales contra exintegrantes de consejos de guerra que concluyeron con condenas a muerte.

Couso revisa antecedentes extraídos del llamado “juicio a los juristas”, seguido en Nüremberg, así como de los procesos seguidos ante tribunales alemanes, primero, contra jueces nacionalsocialistas y, más tarde, contra jueces de la ex República Democrática Alemana, con la finalidad de examinar algunos presupuestos de la imputación penal para comportamientos judiciales funcionales a las violaciones de derechos humanos y distintas alternativas de imputación posibles de invocar en estos casos.

En “La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización”, de HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO (pp. 511-564), se efectúa un detallado análisis que se adentra en el espinudo tema de la distinción entre la tortura y los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el ordenamiento chileno. Después de mostrar la tensión que en el tratamiento de la tortura existe entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal, especialmente en la determinación de lo que deba considerarse como tortura, y de describir la evolución en el tratamiento de la tortura en la legislación penal chilena, incluyendo un excursus acerca de las posibles formas de comprender el lugar que ocupa el delito de violencias innecesarias tras dicha evolución, Hernández constata que el Derecho internacional no ofrece una delimitación clara y segura entre la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, pese a lo cual no le parece exagerado afirmar que el criterio de la gravedad o intensidad de los dolores irrogados es el que más se aplica para trazar esa distinción. Añade el autor del trabajo que, con todo, ni ese ni ninguno de los otros criterios de delimitación que se encuentran en el debate internacional, como la indefensión asociada al sometimiento de la víctima al control del victimario, son de utilidad en el Derecho chileno, bien por su falta de plausibilidad, bien por su falta de apego a la legalidad, por lo que, a su juicio, se hace necesaria una corrección legislativa en la materia, que se base precisamente en aquellos criterios.

En el siguiente trabajo (“Libertad de expresión, responsabilidades ulteriores y derecho penal en el sistema interamericano”, pp. 565-590), FELIPE GONZÁLEZ MORALES revisa los hitos de la evolución jurisprudencial de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos acerca del establecimiento de responsabilidades ulteriores mediante el empleo del Derecho penal por determinados ejercicios de la libertad de expresión. González examina pronunciamientos del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre, entre otros temas, el nivel legítimo de protección del honor de las autoridades públicas; la diferencia entre el tratamiento del honor de tales autoridades y el del

honor de los particulares, y la relevancia del interés público. El autor del trabajo analiza, especialmente, el tratamiento que se ha dado a las leyes de desacato, señalando que tales leyes no son consideradas como legítimas limitaciones a la libertad de expresión. Examina asimismo el modo en que la Comisión y la Corte Interamericanas han comprendido el uso del Derecho penal ante la conducta de proferir expresiones, poniendo de relieve que la Comisión ha planteado la necesidad de derogar las sanciones penales cuando se trate de funcionarios públicos o de expresiones formuladas sobre asuntos de interés público, y que la Corte, si bien inicialmente se limitaba a acotar el uso de las sanciones penales en esta materia, recientemente también ha propuesto su exclusión general.

En “Fines de la pena y prescripción gradual de la acción penal en crímenes de lesa humanidad” (pp. 591-610), ANGÉLICA TORRES FIGUEROA aborda el problema de determinar si es o no aplicable a los delitos de lesa humanidad la denominada “media prescripción”. La autora del trabajo, después de delimitar el concepto de crímenes de lesa humanidad, de exponer el fundamento de su imprescriptibilidad y de desentrañar el basamento de la prescripción gradual, ofrece una novedosa solución al problema planteado, consistente en examinar la coherencia de la aplicación de la media prescripción a los delitos de lesa humanidad, con cada una de las teorías que se han propuesto acerca de los fines de la pena. Sin tomar partido por ninguna de estas teorías —no es esa la finalidad de su trabajo—, Torres sostiene que la aplicación de la prescripción gradual a los crímenes de lesa humanidad no es sostenible desde el punto de vista de ninguna de las teorías sobre los fines de la pena, por lo que critica a aquel sector de nuestra jurisprudencia que ha aceptado tal aplicación.

La sección se cierra con el trabajo de MARÍA INÉS HORVITZ LENNON, “La jurisdicción militar hoy: balance y tareas pendientes” (pp. 611-635), que ofrece una reseña de las modificaciones efectuadas en la jurisdicción militar desde la promulgación del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM) hasta nuestros días. Examina, primero, la situación de la jurisdicción militar chilena desde el origen del CJM hasta el término de la dictadura; enseguida, las vicisitudes que atravesó desde el retorno a la democracia hasta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a Chile en el año 2005 en el caso *Palamara*, y luego la incidencia de ese fallo en la Ley N° 20.477, dictada cinco años después, que excluyó de la jurisdicción militar a civiles y menores de edad, como imputados y como víctimas. Horvitz concluye su trabajo con una crítica fundada en los varios problemas que la jurisdicción militar, pese a esta evolución, aún presenta, como el hecho de que sigue abarcando casos que van más allá de delitos cometidos por militares en contra de bienes jurídicos estrictamente militares, y la circunstancia de que posee varios defectos estructurales que minan las bases del debido proceso y la tutela judicial efectiva. En este último sentido, Horvitz llama la atención acerca del mecanismo de nombramiento de

los jueces militares, la sujeción a la cadena de mando, la ausencia de inamovilidad, la falta de formación jurídica y el régimen disciplinario militar, todo lo cual, unido a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Penal de 1906, constituye una grosera violación del derecho del imputado a ser juzgado por un juez independiente e imparcial.

La tercera sección (*Sistema de justicia penal*) se abre con el trabajo de CRISTIÁN RIEGO, “Carabineros en crisis” (pp. 639-653). Se trata de una revisión de distintos factores que pueden explicar la suerte de “caída libre” que ha experimentado en la última década la confianza de la ciudadanía en Carabineros. Dentro de esos factores, Riego identifica, entre otros, algunos escándalos de corrupción, que han puesto de relieve la excesiva autonomía en el manejo de las finanzas de Carabineros. Identifica también una gran cantidad de denuncias de abusos policiales. Asimismo, señala como factor de la crisis el surgimiento de una tensión en la relación entre Carabineros y un sector de la ciudadanía, tensión que ha crecido con el incremento que en los últimos años ha experimentado el control de identidad.

Riego afirma que las propuestas que hasta el momento se han formulado para enfrentar esta crisis, que en general apuntan al respeto de los derechos humanos y a aumentar el control por parte del poder civil, responden a una visión superficial del tema, pues no abordan problemas estructurales que explican la crisis, como la falta de profesionalización de Carabineros y otros aspectos que se encuentran en la base de sus malas relaciones con un amplio sector de la población. A su juicio, esta falta de abordaje sustancial del problema puede deberse a que la actual estructura de la policía uniformada es funcional a los intereses de la cúpula policial, la que mantiene influencia en los grupos políticos que han gobernado el país en las últimas décadas.

En el siguiente trabajo (“Formas procesales y política criminal”, pp. 655-670), ALBERTO BINDER nos regala una síntesis de reflexiones que giran en torno a la idea del rol de la política criminal en la justicia penal. El autor del trabajo da cuenta de la existencia de varios problemas en el diseño de la política criminal, en los organismos encargados de ejecutarla y en la tarea de evaluación de tales diseño y ejecución. Entre las causas de esos problemas, Binder identifica una suerte de confusión entre los aspectos político-criminales en sentido estricto y los aspectos vinculados con las garantías; una infundada creencia en que la política criminal solo apunta a modificar la ley en uno u otro sentido, sin analizar cómo será su puesta en funcionamiento o la estructura institucional que aplicará las nuevas disposiciones, y una tendencia a comprender la política criminal bajo un parámetro cientificista, olvidando su carácter de política pública.

Binder pone de relieve la función político-criminal del proceso penal, para apreciar la cual, afirma, debe atenderse al conflicto que subyace tras la infracción

de la norma penal y tenerse presente que el monopolio de la violencia punitiva en manos del Estado se debe a la prohibición de la autotutela.

El trabajo concluye con un reconocimiento de las funciones político-criminales de las formas procesales, las que, según su autor, no solo sirven para proteger garantías. Entre tales funciones, se destaca la absorción y la reconversión de la violencia social, es decir, la pacificación, en lo cual cumple un importante papel el juicio oral.

En “Garantismo y reforma procesal penal. Un desafío en construcción” (pp. 671-688), RODRIGO DE LA BARRA COUSIÑO nos ofrece una personal visión retrospectiva de lo que han sido las dos primeras décadas de aplicación del actual sistema procesal penal. Tras una breve referencia a algunos factores que permitieron abandonar el sistema regido por el Código de Procedimiento Penal, el autor del trabajo identifica ciertos aspectos problemáticos del actual proceso penal, aludiendo a situaciones que le correspondió vivir en los primeros años de su aplicación, cuando se desempeñaba como fiscal del Ministerio Público. Entre otros aspectos problemáticos, De la Barra menciona las facultades de la policía de interrogar sospechosos sin la presencia de abogado y la presencia de testigos de oídas de confesiones, como temas faltos de claridad en la jurisprudencia de los tribunales superiores. Alude también a los riesgos que genera la ausencia de control para velar por la fidelidad de los registros policiales y a la monopolización de fiscales y policías en la construcción del relato durante toda la etapa de investigación (“narradores omniscientes”, les denomina De la Barra). Según sus palabras, esto último hace que el sistema funcione diariamente sobre “prueba no confrontada, levantada por un interviniente que selecciona, redacta, instruye y define de modo unilateral”.

En el siguiente trabajo (“Algunas consideraciones para mejorar la situación de las víctimas en el proceso penal chileno. Una aproximación restaurativa”, pp. 689-714), de ALEJANDRA MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, se abordan las posibilidades de incorporar mecanismos de justicia restaurativa en el proceso penal chileno. Después de aludir a las distintas clases de necesidades de las víctimas en el proceso penal, la autora del trabajo afirma que, aunque hay buenas razones para satisfacer las necesidades de participación de las víctimas en el proceso, su incorporación en forma más significativa es difícil en un sistema de persecución penal pública. Pese a ello, Alejandra Mera estima viable una participación más intensa de las víctimas, pero no necesariamente designándoles un abogado que las represente o aumentando sus facultades como querellantes, sino por la vía de un sistema restaurativo que complemente al sistema tradicional. En sus palabras, “las víctimas en el proceso penal chileno no necesitan *más* proceso penal, o *más* abogados que las representen, sino que espacios de participación *más* significativos”. En apoyo de esa idea, la autora del trabajo examina una serie de textos normativos e iniciativas en los ámbitos internacional, comparado

y nacional, en los que se han implementado algunos mecanismos de justicia restaurativa.

El trabajo finaliza con algunas sugerencias de reforma, entre otras, el aumento del ámbito de aplicación de los acuerdos reparatorios, la ampliación del régimen de los delitos de acción penal privada y la incorporación, como nueva salida alternativa, de acuerdos obtenidos en procesos restaurativos, todas las cuales, según su autora, podrían contribuir, además, a incrementar la confianza en las instituciones.

En “El surgimiento de un nuevo rol judicial en los juicios orales penales” (pp. 715-739), CLAUDIO FUENTES MAUREIRA nos describe algunos resultados de una investigación empírica que demuestra la existencia de ciertas prácticas en las audiencias de juicio oral del procedimiento penal ordinario que dan cuenta de un rol activo de los jueces que limita el desarrollo de la actividad probatoria de los intervinientes, especialmente en los juicios que, por recaer sobre muchos hechos, por comprender mucha prueba o por ser muchos los intervinientes, son de duración considerable. Entre tales prácticas, alude a la imposición de límites de tiempo para los alegatos de clausura, a la limitación en la extensión de los interrogatorios, a la coordinación previa al juicio para ordenar la presentación de la prueba o para reducir el número de abogados que harán interrogatorios, etc. Fuentes afirma que tales prácticas no significan un regreso al juez del sistema inquisitivo, porque no se orientan a la búsqueda de la verdad de los hechos, sino que aparentemente constituyen manifestaciones incipientes de *judicial case management*, esto es, citando a Ramón García Odgers, “un mecanismo de eficiencia procesal, según el cual, el sistema judicial, en general, y los jueces, en los casos particulares se constituyen en responsables del desarrollo de la litigación, cuyo objetivo es asegurar, en la operatoria misma del sistema, el cumplimiento de diversos objetivos procesales”. El trabajo concluye con la afirmación de que son necesarios más estudios empíricos para definir si estas prácticas son solo simples anécdotas circunstanciales o señales de surgimiento de un auténtico *judicial case management*, cuya eventual masificación no estará exenta de polémica.

La tercera sección se cierra con el trabajo de MAURICIO DUCE JULIO, “La indemnización por condenas e imputaciones erróneas en el derecho internacional de los Derechos Humanos. ¿Un derecho de verdad?” (pp. 741-769). Se trata de un estudio que revisa la regulación contenida en el sistema de protección internacional de derechos humanos (básicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la jurisprudencia internacional de derechos humanos sobre el derecho a obtener una indemnización por quien ha sufrido una condena errónea o ha sido objeto de una imputación errónea que no alcanzó a originar una condena. Tras exponer el contenido y

el origen de las disposiciones pertinentes de los referidos tratados, así como la doctrina internacional que ha interpretado tales preceptos, Duce afirma que este aspecto del sistema de protección internacional de derechos humanos no brinda una oportunidad real para reparar a la mayoría de las víctimas de condenas e imputaciones erróneas. En el caso de las condenas erróneas, ello se debe a las altas exigencias que los tratados formulan, lo que puede constituir un desincentivo para acudir a los tribunales internacionales y explicar el escaso desarrollo jurisprudencial sobre la materia. Y en el caso de las imputaciones erróneas, pese a que los tratados regulan el derecho a indemnización en forma algo más generosa (salvo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no lo regula), la exigencia de que tenga lugar una infracción del ordenamiento legal o internacional deja fuera muchos casos en que se incurre en un error sin que se verifique una ilegalidad.

La cuarta y última sección (*Filosofía y Teoría del Derecho*), la más breve, se inicia con “Respeto y meritocracia: sobre el valor moral de la ignorancia” (pp. 773-783), de CARLOS PEÑA. Se trata de una serie de reflexiones acerca de la relación existente entre el ideal del respeto que se deben recíprocamente los miembros de toda sociedad democrática y el ideal meritocrático, reflexiones cuyo autor justifica en que la trayectoria intelectual de nuestro homenajeado convoca a la vez respeto y mérito. En su trabajo, después de ocuparse de ciertas particularidades de la meritocracia desde el prisma de la literatura sociológica y de algunas objeciones que en su contra se formulan en la literatura filosófica, Peña sugiere que es posible encontrar en Kant caminos que permiten conciliar el respeto con el mérito, entendiendo que ambos pueden convivir sin que necesariamente uno menoscabe al otro.

En “Violencia y chivo expiatorio” (pp. 785-791), ABEL GONZÁLEZ nos regala un análisis del fenómeno de la violencia, a través de la teoría antropológica del filósofo francés René Girard. Revisando distintos momentos de la historia, como la muerte de Sócrates, el repudio a Spinoza, el desprecio a Sartre y el juicio a Adolf Eichmann, González constata en todos ellos la elección de un “chivo expiatorio”, mecanismo consistente en que, por unanimidad, se culpa a alguien cuya muerte o exclusión libera las responsabilidades de los inculpadores y provoca la paz de la comunidad. El autor del trabajo advierte este mismo fenómeno en la crisis de las izquierdas y derechas chilenas de las últimas décadas, que han buscado culpables de sus propios fracasos para reinventarse y seguir adelante, sin autocrítica por los errores cometidos.

La sección se cierra con el trabajo de MATÍAS VILLALÓN AGUIRRE, “Sobre el razonamiento de Jorge Mera. Intuyendo teorías de la argumentación jurídica” (pp. 793-818). A propósito de dos de los más emblemáticos planteamientos en la obra de nuestro homenajeado (su concepción del robo con intimidación y su propuesta de modificación de la justicia penal militar en tiempo de paz),



Villalón sugiere que, en el tratamiento de ambos temas, Jorge Mera se anticipó en el uso de herramientas que entonces no se encontraban disponibles en la cultura jurídica nacional y latinoamericana, pero que hoy son conocidas como parte de las teorías de la argumentación jurídica de Neil MacCormick y de Manuel Atienza, lo que revela una gran originalidad de su parte, además de mucho rigor.

El trabajo finaliza con las siguientes bellas palabras, que retratan la estampa humana de nuestro festejado: “estudiar las investigaciones de Mera acercará inevitablemente al lector hacia el hombre detrás de la pluma [...]. [S]u *ethos* benévolo, prudente y honesto, no es sino la fuente de muchísimos bienes, entre los que, por cierto, se encuentra su obra. Así que también su producción jurídica es una puerta de entrada para conocer su extraordinaria historia, no solo académica, sino personal; nadie que entre por este portal se arrepentirá”.

Llego así al final de mi presentación. Permítaseme concluir con el recuerdo de una anécdota que creo que refleja fielmente la calidad humana de nuestro homenajeado. A fines de 2012, me puse en contacto con el profesor Jorge Mera para pedirle que prologara un libro que acababa de terminar de escribir, sobre los delitos contra la propiedad. Recuerdo que cuando fui a verle para entregarle una copia impresa y anillada del texto, nervioso porque conocería personalmente al autor del libro de culto “Hurto y robo”, ocurrió algo que nunca olvidaré: tras las presentaciones y saludos de rigor, me preguntó si estaba realmente seguro de pedirle a él que escribiera el prólogo, porque, afirmó, existían otros autores que podían hacerlo mejor que él. “La modestia de los grandes”, pensé. Por supuesto, le respondí que estaba muy seguro. Su enorme modestia me impactó, me recordó una famosa frase atribuida a Ernest Hemingway (“*El secreto de la sabiduría, del poder y del conocimiento es la humildad*”) y confirmó lo que ya intuía, tras haber leído buena parte de su producción científica y que motiva la presencia de todos quienes, con cariño y admiración, le acompañamos hoy en este merecido homenaje: ¡Jorge Mera Figueroa es un auténtico maestro! ¡Es mucho lo que el Derecho penal chileno le debe! ¡Muchas gracias, don Jorge! Y a ustedes, muchas gracias por su atención.