

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

Polít. Crim. Vol. 20 N° 39 (julio 2025), Doc. 1, pp. 438-454

<https://politcrim.com/wp-content/uploads/2025/07/Vol20N39doc1.pdf>

“Decidí dejarla cuando una noche desperté y la vi que se lanzaba sobre mí con unas tijeras de podar sus matas mientras me juraba que no iba a ver a otra mujer jamás.

Me puse la ropa y salí corriendo entre amenazas que no puedo repetir;

Me puse la ropa y salí corriendo sin sueños dorados, pero a salvo el honor.”
(Silvio Rodríguez, “Cierta historia de amor”, Mujeres, 1978)

¿Derecho penal anti discriminación?

Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad*

Dr. Fernando Londoño Martínez
Profesor Titular de la Universidad Diego Portales
fernando.londono@udp.cl

Fecha de recepción: 26/12/24.

Fecha de aceptación: 07/03/25.

Resumen

El presente ensayo ofrece una crítica al denominado “derecho penal antidiscriminación”, entendiendo por tal aquel que utiliza la intervención punitiva como herramienta para combatir la desigualdad sustantiva. En otros términos, aquel derecho penal que se vale de “la intervención punitiva como acción positiva contra tipos de autor y a favor de tipos de víctima” (Perin, 2024, 306). La crítica se sitúa en dos planos distintos: de justicia y de utilidad. Por lo que toca a la justicia, se tematiza el principio de *justa distribución de las cargas*, así como el principio de *culpabilidad* a la luz de un caso que puso a prueba el alcance de la atenuante de arrebató y obcecación del art. 11 N° 5 del Código Penal chileno. Por lo

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1201281, del cual el suscrito es investigador principal. El texto constituye una versión ampliada de la presentación ofrecida en el seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado el jueves 22 de agosto de 2024, en comentario al libro del profesor Andrea Perin, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie* (Torino, 2024). Por aquella valiosa ocasión, el autor agradece al profesor Juan Pablo Castillo, anfitrión del seminario, así como – muy especialmente – al propio Andrea Perin. El autor quisiera igualmente agradecer al colega Adán González, por una valiosa ayuda con literatura comparada.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

que toca al plano de la utilidad, la crítica gira en torno al principio de *subsidiariedad*, vinculándolo con las nociones de demagogia penal y populismo penal.

Palabras clave: derecho penal anti discriminación, culpabilidad, atenuante pasional, arrebató y obcecación, demagogia penal, populismo penal, principio de subsidiariedad, principio de distribución justa de las cargas, art. 390 quinquies

Abstract

This essay offers a critique of the so-called “anti-discrimination criminal law”: i.e., that which uses punitive intervention as a tool to counter substantive inequality. In other words, criminal law that uses “punitive intervention as a positive action against types of perpetrators and in favor of types of victims” (Perin, 2024, 306). The critique stands on two different levels: justice and utility. As to justice, the principle of fair distribution of burdens is discussed, as well as the principle of culpability in the light of a case that tested the scope of the mitigating circumstance of outburst and obsession of Art. 11 N° 5 of the Chilean Penal Code. As for utility, the criticism focuses on the subsidiarity principle, linking it to the notions of penal demagogia and penal populism.

Key words: anti-discrimination criminal law, culpability, “heat of passion” defense, mitigating circumstance of outburst and obsession, penal demagogia, penal populism, subsidiarity principle, principle of fair distribution of burdens, art. 390 quinquies

En una reciente excelente monografía (Perin, 2024), el *derecho penal anti discriminación* se define como aquel derecho penal calibrado sobre la base de la *igualdad sustantiva*¹. Así, este derecho penal “recurre a discriminaciones positivas previendo regímenes diferenciados en razón de las desigualdades ‘estructurales’ [...] que se buscan superar mediante la pena”². Con otras palabras, más elocuentes: se trataría de aquel derecho penal que se vale de “la intervención punitiva como acción positiva contra tipos de autor y a favor de tipos de víctima”³.

Un concepto semejante, tan decisivo para la comprensión de la cultura penal contemporánea, invita a una toma de posición. El presente ensayo constituye precisamente aquello, amén de

¹ PERIN, Andrea, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell’offesa alla pari dignità*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2024, pp. 293 ss.

² PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 293-294.

³ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 306. El autor emplea otras nociones que, conjuntamente, permiten captar el contenido de este derecho penal antidiscriminación; a saber: aquel derecho penal que se esfuerza en “reequilibrar desigualdades estructurales por medio de la pena” (cit., p. 301); el “recurso punitivista a la igualdad sustantiva” (cit., p. 303); y, en fin, la “reacción penal de lucha contra las desigualdades” (cit., p. 304), todo lo cual se deja también describir, a mi juicio, bajo la fórmula *derecho penal para la tutela de la igualdad sustantiva*.

una proyección práctica de algunos planteamientos defendidos por Perin en la aludida monografía, especialmente en su importante capítulo quinto (pp. 293-317). En esto, me serviré especialmente de un nudo problemático del derecho chileno⁴ – el espacio valorativo de la atenuante pasional del art. 11 N° 5 – que muestra muy eficazmente de qué modo la comprensión del derecho vigente (y ni hablar del derecho futuro) puede verse modificada por una cultura penal volcada a la tutela de la igualdad sustantiva, para la cual el rol hermenéutico del principio de culpabilidad puede ser relegado a un segundo plano, lamentablemente. La segunda parte de este ensayo retoma el *principio de subsidiariedad* defendido por Perin, conectándolo con la crítica a la *demagogia penal* (hoy tematizada bajo la ambigua fórmula *populismo penal*).

1. Críticas al “derecho penal anti discriminación” en razón de justicia

Conforme a mi lectura, la crítica de Perin al *derecho penal anti discriminación* se deja esquematizar en dos grandes dimensiones: críticas en el orden de la *justicia* y críticas en el orden de la *utilidad*. Con cargo a la primera dimensión, Perin apela a la noción de *solidaridad*. Con cargo a la segunda dimensión nuestro autor rescata el *principio de subsidiariedad*. Observemos de cerca todo esto, comenzando por las críticas en razón de justicia.

Ya se ha dicho que para nuestro autor una característica central del llamado *derecho penal antidiscriminación* es la utilización de *la pena como acción positiva con miras a la igualdad sustantiva*. Nada más igualitario, tendería uno a pensar. Y, sin embargo, Perin afirma que semejante uso de la pena “no es, en definitiva, igualitario”⁵. ¿Por qué no lo es?

“No lo es en la medida que subvierte el significado solidario de la igualdad sustancial, dirigiendo prioritariamente la *vis* “polémica contra el presente” sobre la persona individual (*ella misma producto*^[6] *de aquel presente...*), en lugar de dirigirla antes que nada hacia medidas edificadoras de igualdad de oportunidades”⁷.

Esta visión – clara y eficaz, por lo demás – puede enriquecerse apelando al principio de *distribución justa de las cargas*, un *mediating principle* (es decir, un principio limitador del

⁴ En el uso del derecho chileno – para comentar una obra principalmente dirigida a un público extranjero – no hago más que imitar al propio Andrea Perin, que ha escrito una obra generosa en literatura y casos nacionales, en el marco de un diálogo con una abrumadora literatura europea y anglosajona. Con ello, Perin ha honrado al medio que tuvo el honor de cobijarlo en los inicios de su carrera académica, que lo tiene hoy como profesor asociado habilitado, actualmente con plaza en la Facultad de Derecho de la *Università degli Studi di Brescia*.

⁵ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 307.

⁶ No suscribo la voz “producto”, en cuanto sugiere un cierto determinismo o una visión no realista sobre la capacidad de control de los *outputs* humanos. El hombre concreto se explica en no poca medida por sus circunstancias, por la influencia del entorno (comenzando por la educación), pero sin que pueda decirse que es “producto” de todo aquello. Que dos hermanos biológicos educados en un mismo contexto puedan tener aproximaciones tan distintas sobre la vida, es una eficaz demostración en contrario. Si el factor de “producción” se quiere imputar, en cambio, a la base biológica o genética (cual si los *outputs* resultaren asegurados por semejante factor condicionante), su refutación vendría dada por casos aún más incontables.

⁷ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 307. Las cursivas son del original citado. Debe notarse que la propuesta de “medidas edificadoras de igualdad de oportunidades” se conecta inmediatamente con el segundo orden de crítica, con apelación al principio de subsidiariedad. Sobre ello se volverá más abajo.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

ius puniendi)⁸ tematizado por Kurt Seelmann al alero de las hipótesis de *dispersión o dilución de responsabilidad*. ¿De qué se trata?

Antes de aplicarlo a la cuestión del *derecho penal anti discriminación*, conviene explicarlo en sus propios términos, con carácter general, así como formulado por Seelmann:

“Cuando los delitos son ubicuos [...] [sin que llegue a afirmarse adecuación social], aparece una razón ulterior para la disminución de la responsabilidad: en tanto se castigue a personas concretas, la elección de una de ellas de entre todo el grupo de personas que cometen el mismo hecho, si no arbitraria, por lo menos parece un sacrificio especial. En tales casos de sacrificios especiales se debe tener en cuenta el déficit de justicia que reside en que, pese a la igualdad de la conducta, tiene lugar una extrema desigualdad en la sanción. Este déficit de justicia penal debe producir al menos una disminución de la pena en aquél a quien —*aún así*— se le quiera castigar en aras a la protección de la norma.”⁹

Como se aprecia, este principio le dobla la mano al *dictum* coloquial anti *dilucionista* “mal de muchos, consuelo de tontos”, que podrá tener un alto valor ético-personal, sin duda, pero que en campo jurídico-penal merece relativizarse, como precisamente postula el principio postulado por Seelmann¹⁰.

Parece preliminarmente sensata esta moderación de la pena en base a razones de justicia distributiva, pero hagamos de aquello algo menos abstracto, valiéndonos de un caso real, que interesa tanto al *derecho penal anti discriminación* como a una circunstancia atenuante pasional del derecho chileno.

⁸ Así, HIRSCH VON, Andrew; SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los mediating principles?”, en A. von Hirsch, K. Seelmann y W. Wohlers [ed. alemana]; R. Robles Planas [ed. española], *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 55-61, III *in fine*, p. 60.

⁹ SEELMANN, Kurt, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en A. von Hirsch, K. Seelmann y W. Wohlers [ed. alemana]; R. Robles Planas [ed. española], *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 213-224, pp. 217-218.

¹⁰ Aquí también conviene dejar la palabra a SEELMANN, “La dispersión”, cit. nota n° 9, quien, tras relativizar el planteamiento anti *dilucionista* de Jean-Claude Wolf, recupera la tesis *dilucionista* con apoyo en un argumento de Weyma Lübbe: “(...) [E]n principio no se admite que la intervención de varios pueda tener efectos beneficiosos para cada uno de los intervinientes. ‘Nadie debe poder ocultarse tras el grupo’ y ‘disculpas del tipo «los otros han hecho lo mismo» o «no sólo fui yo» no pueden aceptarse en sede de principio’ escribe el filósofo Jean-Claude Wolf, si bien no deja de añadir que ‘aunque existe una fuerte tendencia, quizás instintiva, a deshacerse de la carga de la responsabilidad conforme se va incluyendo a otros’ (...) [Y] Weyma Lübbe muestra que ya sólo la distinción jurídico-penal entre autoría y participación puede beneficiar a quien toma parte como cómplice cuando existe otro sujeto que aparece como autor, cosa que no sucedería si esa misma persona, en caso de existir idéntica causalidad y con el mismo resultado y la misma intención en relación al resultado, actuara únicamente sobre un proceso causal natural”: SEELMANN, “La dispersión”, cit. nota n° 9, pp. 213-214, allí con referencias a Wolf, Jean-Claude (1993), *Utilitarismus, Pragmatismus und kollektive Verantwortung*, p. 135 y Lübbe, Weyma (1998), *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, pp. 139 ss.

El caso¹¹ – cuyo protagonista es un temporero de la comuna de Ovalle – fue muy comentado en su momento, en prensa y redes sociales, para denunciar lo que se apreciaba como la aplicación de un derecho penal machista, que venía a normalizar la violencia contra las mujeres.

Los hechos son los siguientes:

“El día 28 de julio de 2015 (...) [el acusado] MAOB procedió a golpear a su cónyuge doña KAPC para luego (...) apuñalarla con una tijera de podar, en diversas partes del cuerpo y especialmente a la altura del cuello. Producto de lo anterior [la cónyuge] resultó con heridas corto punzantes múltiples (...) clínicamente graves, como así también fractura de cráneo (...) de carácter grave, lesiones que de no mediar atención médica oportuna y eficaz comprometían su vida. Esta acción de acometimiento se detuvo únicamente por un disparo percutado por Carabineros que ingresó al inmueble, quienes lograron reducir [al sujeto].”

El TOP de Ovalle calificó el hecho como femicidio frustrado. Ahora, para lo que aquí interesa, una mirada al contexto es necesaria. La brutal agresión se produjo tras descubrir el acusado la infidelidad de su cónyuge, recibiendo por otra parte provocaciones telefónicas de parte del amante¹². Confundido al escuchar que llamaban a la puerta (la cónyuge había preventivamente solicitado la asistencia de Carabineros), el marido acometió contra su cónyuge en presencia de carabineros, sin detenerse al ser conminado a hacerlo, a su propio riesgo. Hay testimonio en este sentido de uno de los funcionarios aprehensores:

“no obstante las perentorias instrucciones en orden a detener su acción, diciéndole “párate concha de tu madre o si no te mato”, éste no cesó en su proceder, por lo que tuv[e] que efectuar un disparo en su contra” (considerando 9º)

Da la idea entonces de un hombre “enceguecido” por la ira, arrebatado. Como era esperable, la defensa invocó la atenuante pasional del art. 11 N° 5 CP, la de obrar por “estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación”. La defensa usó palabras elocuentes para solicitar su reconocimiento:

“[ni aún ante carabineros se detuvo,] sino que contin[uó] con su acción porque se le estaba derrumbando su mundo; se trata de un hombre normal, no de un progresista” (considerando 2º, cita del alegato de apertura de la defensa).

El TOP reconoció la atenuante

¹¹ STOP de Ovalle, 5 abril de 2016, R.I.T. 29-2016, con sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 31 de mayo de 2016, Rol N° 159-2016, validando la decisión de la STOP Ovalle por lo que toca al reconocimiento de la atenuante del art. 11 N° 5 CP. Al respecto, críticamente, cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *¿Arrebató y obcecación pasionalmente condicionados por un femicidio frustrado?*, en: Revista de Estudios de la Justicia, N° 25, 2016, pp. 247-258. Igualmente críticos, cfr. COUSO, Jaime y VILLAVICENCIO, Luis, “¿Es menos grave el femicidio cometido por infidelidad?”, El Mercurio Legal, 17 de junio de 2016. Hay también amplias referencias al caso – sin que sea del todo definida la postura de los autores a su respecto – en GUERRA, Rodrigo y SIERRA, Catalina de los Ángeles, “Delito de femicidio en Chile: aspectos político-criminales de la nueva regulación de la atenuante de arrebató y obcecación”. *Revista CES Derecho*, 2022, 13(3), pp. 128-150.

¹² En los comentarios críticos a esta sentencia no se ha reparado en este aspecto concomitante al descubrimiento de la infidelidad.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

“toda vez que (...) en el momento previo a la agresión se había develado la infidelidad de su cónyuge, con quien estaba casado hacía 15 años y mantenía dos hijos en común. Evidencia su obrar irracional, el que se desata con intensidad su agresión, al constatar la presencia de Carabineros, sin hacer amago alguno de disimular su actuar ante la concurrencia de la policía en su casa. Y hace más patente que su actuar fue empañado por ese estado emocional el que aún ante la presencia de un carabiniero observando la agresión, quien le ordena de manera enérgica y en reiteradas ocasiones que detuviera su actuar, éste no cesó en su proceder, abandonando su accionar únicamente al escuchar el disparo que carabineros debió ejecutar a pocos metros del sujeto, actitud que hace evidente que este fuerte ruido, a pocos metros suyo, le hizo reaccionar sobre lo que estaba ejecutando” (considerando 14º)

Ahora bien, el problema es que el TOP reconoció además otras dos atenuantes (siendo muy discutible la del art. 11 N°7 CP, de *reparación celosa del mal causado*¹³), decidiéndose además una rebaja de dos grados desde el presidio mayor en su grado medio (por voto de mayoría). El frustrado femicida resultó así condenado a una pena de 5 años con la libertad vigilada intensiva.

Ese *output* concreto – pena en libertad – desencadenó un escándalo mediático, no sin razón¹⁴. Ahora, cosa distinta es entender que la infidelidad (mejor: su descubrimiento por el cónyuge fiel) constituye una suerte de atenuante *per se*, cual causa universal y favorablemente valorada de arrebató y/u¹⁵ obcecación. Esa errada asociación entre atenuante pasional e infidelidad – plasmada en el uso por la opinión pública de la fórmula “atenuante de infidelidad”¹⁶ – amplificó la polémica o, mejor, le dio un giro peculiar. Pareció entonces

¹³ Siendo el socorro mutuo un deber conyugal elemental (art. 131 del Código Civil chileno), es altamente discutible que la cobertura de los gastos médicos asociados al hecho pueda contar como “reparación celosa”, como en cambio reconoció el TOP (considerando décimo cuarto, sobre la base de un depósito judicial de 600.000 pesos que sirvió para cubrir gastos médicos de la víctima en el sistema privado de salud). Con su deber cumple – nada más – el cónyuge que tal cobertura asegura. Distinto sería el caso de un sujeto no especialmente obligado antes del hecho.

¹⁴ Notas de prensa con reacciones de distintos sectores de la opinión pública pueden apreciarse en <https://www.latercera.com/noticia/critican-fallo-que-acoge-infidelidad-como-atenuante-de-femicidio/>; y <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/04/07/796904/Polemico-fallo-por-femicidio-frustrado-en-Ovalle-genera-rechazo-del-Gobierno.html> (ambas consultadas por última vez el 12 de diciembre de 2024).

¹⁵ No obstante el tenor literal de la disposición (que alude a “arrebató y obcecación”), la doctrina chilena mayoritaria rechaza el carácter copulativo de la fórmula, entendiendo suficiente tanto la producción de un *arrebató* como la de un estado de *obcecación*. Para la discusión, por todos, cfr. ALVARADO, Agustina, “Arrebató u obcecación”, en AAVV, M.A. González, (Coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2021, pp. 73-100, 77-80. En lo demás, cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 638 (nml. 35), para la representación tradicional de la matriz española, atendiendo al esquema – ya trazable en Kant, según se informa – que distingue entre *emociones* (explosivas o de corta duración, asociadas al estado de *arrebató*) y *pasiones* (persistentes, duraderas, asociadas al estado de *obcecación*).

¹⁶ Al respecto, pueden apreciarse las notas de prensa disponibles en <https://www.theclinic.cl/2016/04/06/polemica-por-fallo-de-tribunal-que-considera-infidelidad-como-atenuante-en-caso-de-femicidio-frustrado/>; <https://www.latercera.com/noticia/existe-la-infidelidad-como-atenuante-para-una-agresion-o-femicidio/> (ambas consultadas por última vez el 12 de diciembre de 2024). En la segunda nota el error fue correctamente despejado por la profesora Rocío Lorca, si bien reconociéndose su opinión por la periodista en términos que parecían atribuirle un sentido meramente objetivo o empírico al arrebató, cual si no estuviese necesitado de un segundo momento valorativo. Sobre esto se volverá en lo que sigue. Despejan también el error relativo a la existencia de una supuesta “atenuante de infidelidad” COUSO y VILLAVICENCIO, “Es menos grave”, cit. nota n° 11.

criticarse la validez general de la atenuante pasional, cual presunto enclave de un machismo decimonónico. No tardaría en llegar una propuesta para impedir su aplicación en supuestos de femicidio¹⁷, concretándose más tarde en ley¹⁸.

Ahora, más allá de aquella polémica algo distorsionada, ¿tienen razón los críticos del reconocimiento de la atenuante pasional para un caso como el de la STOP Ovalle? Descontada la constatación del dato objetivo o empírico (es decir, la existencia de un estado de perturbación compatible con un arrebató y/u obcecación), la clave para responder a aquella pregunta está en el giro que haya de darse a la voz “naturalmente”¹⁹, en el contexto de la

¹⁷ A los dos días de dictada la STOP Ovalle se presentó una moción parlamentaria para excluir la infidelidad como causa de la atenuante del art. 11 N°5 respecto del delito de femicidio: Boletín N° 10609-18 (7 de abril de 2016).

¹⁸ Como se sabe, la idea de legislar en tal sentido se concretaría años más tarde en base a una iniciativa que se plasmaría en la Ley N° 21.212 de 2020, conocida como “Ley Gabriela”, la que – en lo que aquí interesa – introdujo el art. 390 quinquies en el Código Penal, conforme al cual “tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal prevista en el N° 5 del artículo 11.” Para un eficaz reporte sobre la historia de la ley y una aguda crítica a la solución del art. 390 quinquies, cfr. ALVARADO, “Arrebató”, cit. nota n° 15, pp. 96-97; y pp. 98-99, advirtiendo sobre su efecto *a contrario sensu*. Para un poderoso ejemplo del tipo de casos al que el art. 390 quinquies no haría justicia, cfr. CASTILLO, Juan Pablo, “Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 590 quinquies del Código Penal. Propuestas de corrección interpretativa”, en Scheechler, Christian (Ed.); Gutiérrez, Paulina (Coord.), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago: DER, 2021, pp. 341-363, 341-344. Por otra parte, desafiarían también la razonabilidad del art. 390 quinquies supuestos comparables a los del caso alemán *Fähner*, popularizado por VON SCHIRACH, Ferdinand, *Crímenes*, Barcelona: Salamandra, 2011, pp. 11-22. En fin, podría también pensarse en supuestos en los que, por ejemplo, el estado pasional se produce en el varón al venir a conocer de abusos o malos tratos a hijos (comunes o del varón) propiciados por la pareja o por un tercero con el aval de aquella. Que un caso semejante pueda remediarse mediante el reconocimiento de la atenuante del art. 11 N° 4 CP no impide la validez de esta crítica de cara a la lógica del art. 390 quinquies.

¹⁹ Sobre lo cual, especialmente, cfr. ALVARADO, “Arrebató”, cit. nota n° 15, pp. 89 ss.; y MERA, Jorge, “Art. 11 N° 5”, en Couso, Jaime; Hernández, Héctor (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2011, pp. 292-295, p. 294. Esquemáticamente, dos grandes líneas de interpretación aparecen en la doctrina que se ha ocupado del asunto: una noción más bien estadística-objetiva: i.e., “naturalmente” como sinónimo de “generalmente”, “normalmente” o “regularmente”; y una noción más bien valorativa: la voz como sinónimo de “comprensiblemente”, fórmula favorecida por los anteproyectos de Código Penal de 2015 (art. 70 N° 1) y 2018 (art. 75 N° 1). Mientras que con la primera línea interpretativa se corre el riesgo de favorecer una objetivización prescindente del caso concreto, con la segunda se corre el riesgo de introducir valoraciones éticamente orientadas. En ambos casos el riesgo es el de no hacer justicia al caso concreto, favoreciendo unilateralmente las expectativas sociales, cuya consideración constituye precisamente la razón de la antijuridicidad del hecho, pero que no deberían tener el mismo peso en el plano de la culpabilidad o responsabilidad por el hecho.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

fórmula “estímulos tan poderosos que *naturalmente* hayan producido arrebató y obcecación”²⁰. Más concretamente, la cuestión es la siguiente²¹:

²⁰ Dos peldaños serían entonces ineludibles: primero, la *constatación empírica* del estado de perturbación (algo que, como en el caso del dolo, sólo podrá acreditarse indiciariamente, a partir de una reconstrucción desde lo aprehensible exteriormente, incluyendo la circunstancia que da lugar al estímulo o motivo); segundo, la *valoración* de aquel estado en cuanto “naturalmente” explicable a partir del estímulo o circunstancia en su base y mediada por la consideración – también valorativa – del carácter “poderoso” (o no) del estímulo. La cuestión disputada, entonces, atañe a la perspectiva y presupuestos para semejante momento valorativo: ¿Qué tan concreta ha de ser aquella valoración? Por otra parte, debe notarse que, conforme al texto del art. 11 N°5 CP, este “naturalmente” se halla en relación con el mero estado mental, mas no con la clase de conducta o de resultado realizada bajo dicho estado. Podría, sin embargo, considerarse pertinente este nuevo orden de relación, permitiendo con ello el ingreso de un criterio de *proporcionalidad* para la procedencia de esta atenuante pasional. Es decir, la idea de que bajo determinados motivos o circunstancias podrían considerarse *atenuadas* ciertas reacciones y sus resultados (por ejemplo, un único golpe – propinado explosivamente – y la consecuente afectación de la integridad física del agredido), pero no otras formas de reacción o resultado (por ejemplo, una cadena de golpes conducentes a la muerte del agredido). No se nos escapa una posible objeción contra esta suerte de “valoración desde la proporcionalidad”: ella choca con el carácter ciego del estado emotivo o pasional, de tal modo que iría contra el fundamento empírico de la atenuante valorar positivamente sólo aquellas reacciones o resultados que puedan verse como proporcionadas a la índole del motivo o circunstancia que las gatilla. Precisamente porque el sujeto se halla en un estado de arrebató u obcecación, carecería de sentido hacer distinciones mirantes a la proporcionalidad de la conducta y sus resultados, rezaría la objeción. Con todo, dado que un momento de valoración del estado mental es ineludible para el reconocimiento de la atenuante, no es para nada insensato que la comprensión o tolerancia social – expresada bajo la voz “naturalmente” – sea mayor tratándose de reacciones explosivas puntuales (o de resultados de baja o mediana entidad), y menor en caso contrario.

²¹ Sin perjuicio de lo que más abajo se dirá, para una toma de posición especialmente ponderada sobre el problema de fondo, cfr. ALVARADO, “Arrebató”, cit. nota n° 15, pp. 98-99, donde a propósito de la crítica a la solución legislativa ofrecida por el art. 390 quinquies (inaplicabilidad del art. 11 N°5 para supuestos de femicidio) y su lectura de la atenuante con especial anclaje en el momento sucesivo a la producción del estado pasional (i.e., la posibilidad concreta de sobreponerse, anulando o superando semejante estado: cit., pp.92-93), la autora advierte la necesidad de una praxis evolutiva, cuanto menos en dos etapas: “[N]o cabe duda que la infidelidad y la traición son situaciones externas que, según los juicios valorativos generalmente compartidos, producen diversos estados emocionales, tales como ira, rabia y tristeza, con independencia del género de quien lo experimente, Otra cosa es el sistema de creencias con que se procese ese estado para determinar la respuesta capaz de superar el estado de insatisfacción que este nos provoca. En este punto, el cambio cultural propiciado por los motivos feministas debería haber fomentado un análisis jurisprudencial que, primeramente, estructurara mayores exigencias sobre las concretas posibilidades del sujeto de ajustarse a los estándares culturales en actual desarrollo respecto de la destrucción de los patrones patriarcales y machistas. Luego, solo en una segunda fase, debería alcanzarse el ideal de reconocer la “rareza” de estos estados emocionales en sí mismos, como formas reactivas irracionales, ex ante jurídico penalmente irrelevantes, para desterrar la aplicación de esta atenuante de modo general, para todos los casos de violencia contra la mujer, sin que con ello pudiese cuestionarse una eventual infracción al principio de culpabilidad o de igualdad ante la ley” (cit. pp. 98-99). A ello me permitiría nada más comentar lo siguiente: a la larga, una evolución cultural de la *afectividad* en términos no posesivos ni egoístas (sin que a mi juicio eso signifique una rebaja en el elevadísimo valor de la fidelidad, allí donde ella se instaure entre dos personas), debería terminar por favorecer la exclusión universal de esta atenuante, sin consideraciones de sexo (tampoco entonces para un caso como el de “Cierta historia de amor” de Silvio Rodríguez). En lo demás, mientras no llegue ese momento, las circunstancias concretas del caso deberían seguir jugando un papel en el momento valorativo: ¿no merece acaso mayor comprensión el caso del arrebató de una mujer que, por ejemplo, descubre la infidelidad del marido en un contexto de matrimonio en el que, en favor del cuidado de los hijos, ella ha venido abnegadamente postergando oportunidades laborales o espacios de independencia económica?

(i) Si acaso la voz *naturalmente* ha de interpretarse de modo que honre la especificidad del hecho, mirando no a un hombre medio cualquiera, sino a un hombre medio de un determinado círculo o entorno, de entre los varios círculos que conviven en una sociedad para nada uniforme o monolítica, como es la nuestra²²; es decir, que bajo tales estímulos el estado pasional parezca *comprensible* para un hombre de socialización comparable a la de un temporero de Ovalle, en el marco de un entorno eventualmente²³ caracterizado por actitudes sexistas y posesivas, sin desconocer aspectos comprobables de su historia familiar y su sistema de creencias o representaciones de vida;

o, en cambio,

(ii) si caso la voz *naturalmente* ha de interpretarse conforme a un hombre medio idealizado, de modo que su lectura permita la introducción de una suerte de acción positiva; es decir, conforme a un *deber ser*, un ideal de socialización valiosa en nuestros tiempos, que – ¡en hora buena! – no quiere saber nada con la normalización de la violencia contra la mujer²⁴ o la “naturalización de las

²² Precisamente desde el reconocimiento de las muchas formas de diversidad, surge un argumento a favor de la calibración de la gruesa imagen del “hombre medio”. Que sea ya intolerablemente imprecisa la imagen de un (único) “hombre medio” (o de una única mujer media), es algo evidente para el Chile del s. XXI o para cualquier sociedad influida por los fenómenos de individuación postmodernos (aunque ya mucho antes, en rigor, sobre la base de variables tradicionales: etarias y socioculturales). Como expresión del principio de culpabilidad en sede de inexigibilidad, esta calibración resulta operativa respecto de indígenas ya desde el famoso caso Catrila y tanto más a partir del Convenio 169 (art. 9, especialmente). Lo que aquí se discute, entonces, es la necesidad de reconocer distintos conjuntos al interior de la gran categoría de “persona media”. Aunque no se desprenda de modo *necesario* de un modelo como el del “sujeto responsable” de Juan Bustos, semejante diferenciación es perfectamente compatible con un modelo de responsabilidad especialmente atento al sujeto en sus concretas interacciones sociales: cfr. BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona: Editorial Ariel, 1984, pp. 371-377. No obstante hacer referencia al “sistema de creencias del hombre medio”, cfr. ALVARADO, “Arrebato”, cit. nota n° 15, p. 92., reconociendo la necesidad de un momento individualizante (“considerando las especiales condiciones del sujeto activo”). En lo demás, cfr. VARELA, Lorena, Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, Barcelona: J.M. Bosch, 2016, pp. 365 ss., justamente problematizando la noción de *hombre medio*; y HÖRNLE, Tatiana, “Social Expectations in the Criminal Law: The ‘Reasonable Person’ in a Comparative Perspective”, *New Criminal Law Review*, 11, 2008, pp. 1-32, pp. 15 ss. y 28 ss., desde una perspectiva comparada y más bien centrada en la víctima, enfatizando en lo demás la importante distinción alemana entre antijuridicidad (donde han de primar las expectativas sociales) y exculpación (donde tienen cabida consideraciones de justicia, individualizantes, si bien con rendimiento acotado, como es propio del espacio exculpante).

²³ Es algo que debería ser objeto de prueba en el caso concreto, dentro de las posibilidades de un proceso penal. En la sentencia del TOP de Ovalle no hay muchos elementos para concluir lo que aquí se sugiere – debe reconocerse – fuera de la extracción social del imputado (temporero agrícola, al igual que su cónyuge) y las consideraciones que a ese respecto hace la defensa. En lo demás, podría interesar el grado de estrechez de la relación (en la especie, quince años de matrimonio y dos hijos en común).

²⁴ En esta línea argumentan COUSO y VILLAVICENCIO, cit. nota n° 11. Aunque primero afirman una posición más bien deontológico-culpabilista o ajena a las meras conveniencias de género, a reglón seguido atribuyen a la voz *naturalmente* un contenido orientado por esta clase de consideraciones. En un sentido similar, crítico de la lectura conformista de la decisión de la Corte de La Serena en este punto (allí donde aceptó sin más “la sola regularidad estadística del desencadenamiento de semejante estado de arrebato y obcecación a partir de un estímulo [como el del] caso aquí considerado”), cfr. MAÑALICH, “Arrebato y obcecación”, cit. nota n° 11, p. 250, abogando en lo demás – entonces *de lege ferenda* – a favor de la incompatibilidad entre la atenuante en cuestión (para supuestos de estímulos como los del caso comentado) y el fundamento del delito de femicidio: op. cit., pp. 253-256.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

reacciones iracundamente vindicativas generalmente exhibidas por hombres ante alguna muestra de ‘provocación’ lesiva para su respectiva autoimagen”²⁵.

Bajo la primera lectura, la voz “naturalmente” asumirá su contenido mediante una operación de valoración concreta, honrando el *principio de culpabilidad* conforme a un estándar de *máxima individualización posible* (i.e., dentro de los límites de lo posible, de lo razonablemente acreditable en un proceso penal²⁶). Así, conforme a un estándar semejante, será tenido por natural lo que comprensiblemente tenga la capacidad para provocar una perturbación semejante en un hombre medio del entorno en cuestión (con dinámicas de socialización posiblemente comparables a las de un varón promedio en los albores del siglo XX), por más que en pleno s. XXI semejante estímulo no pueda verse como poderoso o suficiente, ni mucho menos. Será justicia para ese hombre concreto (o, al menos, toda cuanta sea posible, de nuevo)²⁷.

Bajo la segunda lectura, la voz “naturalmente” asumirá su contenido mediante una operación valorativa impersonal, ya no honrando el principio de culpabilidad, sino la promoción de un principio de cultura no sexista. Sólo será “natural” un arrebató por estímulos socialmente valorados como aceptables. No habrá justicia para ese hombre concreto, pero la pena habrá tenido, como externalidad, un valor comunicativo afín al tipo de cultura que la sociedad aspira a promover, por buenas razones.

Parafraseando al Prof. Perin, en este segundo caso el temporero de Ovalle vendría a representar un supuesto de inadecuada socialización (un *producto del presente*), *contra el cual* se afirmaría un ideal de socialización (*deber ser* sin duda correcto, como ideal de “no posesión afectiva”), negándosele el reconocimiento de un estado de perturbación para nada incomprensible dados sus presupuestos de socialización. Es decir, sobre el temporero de Ovalle recaería concentradamente el reproche contra una forma de violencia desgraciadamente aún extendida o difusa (contra la cual el derecho penal culturalmente orientado está en lucha)²⁸.

²⁵ MAÑALICH, “Arrebato y obcecación”, cit. nota n° 11, pp. 255-256.

²⁶ El riesgo aquí es el de transformar el proceso penal en un juicio a la historia del sujeto imputado (para su propio beneficio, se dirá...). No hace falta decir que se trata de un extremo impertinente, tanto por razones de privacidad como de idoneidad (pues se trata de un juicio entre seres humanos, que por lo demás debe atender a razonables consideraciones de economía procesal).

²⁷ Aunque en un contexto comparado muy distinto al chileno, es de interés aquí la reconstrucción de GARVEY, Stephen P. “Passion’s Puzzle”, *Iowa Law Review*, 90, 2004-2005, pp. 1677-1745, para la *provocation defense* o “*heat of passion*” *defense* (que autorizaría una recalificación atenuante del homicidio), comprendiéndola como un acto de justicia en reconocimiento de la debilidad o fragilidad humana: en “*cases in which justice appear[s] to require a concession to human frailty*” (op. cit., p. 1745, allí en cita a la opinión de Lord Hoffman en Regina v. Smith, 2000). La reconstrucción de Garvey interesa tanto más en la medida que arranca desde la crítica a una comprensión iliberal y moralizante de esta defensa, allí donde desemboca en un *juicio al ser* del imputado (y no a su conducta), distinguiendo entre sujetos virtuosos y viciosos. De allí también se sigue una buena razón para poner límites al campo de prueba de la circunstancia pasional, en los términos que arriba (nota n° 26) se han defendido.

²⁸ Con palabras de SEELMANN, “La dispersión”, cit. nota n° 9, pp. 217-218, podría decirse algo para nada muy distinto: “en tanto se castigue a personas concretas, la elección de una de ellas de entre todo el grupo de personas que cometen el mismo hecho, si no arbitraria, por lo menos parece un sacrificio especial. En tales casos se debe tener en cuenta el déficit de justicia que reside en que, pese a la igualdad de la conducta, tiene

El siguiente pasaje de Perin retoma aquella idea, a la vez que permite abrir paso al segundo orden de consideraciones.

“[L]a tarea de remover los ‘obstáculos’ [...] para una adecuada convivencia [...] compete al Estado, mediante la creación de condiciones “subyacentes” de igual dignidad, no “descargando” aquella tarea de remoción subsecuente sobre el individuo, por medio de la pena”.²⁹

2. Críticas al “derecho penal anti discriminación” en razón de utilidad (idoneidad)

Con ello podemos pasar al segundo orden de consideraciones que guían las reflexiones de nuestro autor.

Pues bien, las consideraciones expuestas

“empujan – enriqueciendo con razones el principio de subsidiariedad – a apuntar menos sobre las presuntas potencialidades preventivas y comunicativas de la pena [...] y más respecto a las causas profundas, generales, estructurales, de la desigualdad.”³⁰

Y luego añade:

“El objetivo de una política penal realmente solidaria debería ser la progresiva remoción de aquellas *causas*, y no sus *consecuencias* humanas, mediante un arma gruesa, frecuentemente inútil y contraproducente, como es el derecho penal.”³¹

Con ello el Prof. Perin introduce la consideración del *principio de subsidiariedad*. Es un llamado a trabajar en las *causas* basales, como cuestión de política social y cultural, en este caso de promoción de la integración social y la no discriminación, mas no a propósito de las consecuencias, tanto menos con la gruesa herramienta de la pena. Acciones positivas sí, pero no a través de la pena, no con cargo a personas de carne y hueso.

Creo que nadie lo ha dicho con tanta elocuencia como el ya clásico Heinz Zipf (justamente explicando el principio de subsidiariedad):

“la justicia criminal [...] es el dispositivo más inadecuado que pueda concebirse para la modificación de la sociedad. Quien desde la justicia criminal pretende modificar la Sociedad se asemeja a quien pretende elaborar un programa pedagógico a partir del castigo (escolar)”.³²

¿Pero no resulta acaso algo anticuado este reclamo? ¿No constituye acaso la criminalización una herramienta más, entre muchas otras razonablemente utilizables por el Estado para

lugar una desigualdad en la sanción. Este déficit de justicia penal debe producir al menos una disminución de la pena en aquél a quien —*aún así*— se le quiera castigar en aras a la protección de la norma.”

²⁹ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 305.

³⁰ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 306.

³¹ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 306.

³² ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén: Edersa, 1979, p. 43.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

motivar cambios de comportamiento a nivel social? ¿Qué hay del *derecho penal económico*, por ejemplo? ¿No constituye acaso una herramienta sensata para la modificación de patrones de conducta al interior de la empresa y, últimamente, para la modificación de aspectos relevantes del quehacer social? Para ser aún más concretos: ¿No es acaso la reciente Ley N° 21.595, de Delitos Económicos (LDE, en adelante), un dispositivo válido en tal contexto?³³

A la luz de esta objeción, el reclamo a favor del principio de subsidiariedad merece clarificarse, en al menos dos sentidos.

En primer lugar, el principio no debe leerse en términos radicales, cual si el ingreso del derecho penal fuese válido sólo allí donde hubiesen fracasado todas las demás estrategias legales o sociales de conservación de bienes. Incluso en un escenario de muy elevada cultura de cumplimiento de normas y conservación de bienes (una sociedad que prácticamente no conozca de homicidios, por ejemplo), un mínimo de derecho penal será necesario por razones de legalidad y justicia retributiva, para cuando el caso se presente³⁴.

El principio de subsidiariedad, entonces, opera como advertencia sobre la *inaptitud* de una política exclusivamente (o casi exclusivamente) basada en el sistema penal. La amenaza de pena, o su concreción, no tienen la capacidad para cambiar un aspecto del mundo social que, en todo lo demás, ha quedado entregado a regulaciones o dinámicas contraproducentes. El sistema penal no puede operar “en voladizo” – sin tierra bajo sus pies – ni mucho menos “a contra pelo”. Con ello se recupera la idea de *accesoriedad* del derecho penal. En la medida que una ley como la LDE se apoya en regulaciones y dinámicas sociales primarias, es una ley que preliminarmente hace sentido y queda al reparo de una crítica desde el principio de subsidiariedad³⁵ (aunque no necesariamente al reparo de una crítica desde una perspectiva de eficacia).

Este primer orden de clarificación del principio se conecta directamente con el segundo. El principio de subsidiariedad permite también denunciar iniciativas penales *inaptas*, *ineficaces* o meramente *simbólicas*³⁶. Y, a riesgo de incurrir en circularidad, normalmente serán tales aquellas iniciativas que apuesten todo, o casi todo, a las posibilidades del sistema penal (que es aquello que más directamente puede depender del esfuerzo de un legislador).

³³ El clarificador contrapunto – que se agradece – me fue sugerido por el colega Juan Pablo Mañalich en la discusión que siguió a la presentación del libro aquí comentado.

³⁴ Cfr. LONDOÑO, Fernando, “Legalidad y pena: orientación y retribución en el derecho penal”, en AA.VV. (Coord. Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman), *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Chile, Thomson Reuters – La Ley, Santiago, 2016, pp. 87-119, *passim*.

³⁵ Quizás si el caso más discutible en este contexto es el del nuevo art. 134 bis LSA: si bien se ha creado sin el sustento de una regulación remedial de los acuerdos abusivos (como en cambio existe en España), cuanto menos se apoya en una regulación primaria de los conflictos de interés y las operaciones con partes relacionadas.

³⁶ También una ley como la LDE deberá sortear esta posible objeción, a su tiempo, empíricamente, siendo de competencia exclusiva del legislador evaluar las enmiendas necesarias (algo que a mi juicio en ningún modelo imaginable debería competir al control de constitucionalidad, *pace* SCOLETTA, Marco, “‘L’effettività non è un’utopia’. Prospettive del sindacato di costituzionalità sulla legislazione penale simbólica”, en Piergallini, Carlo et Al, *Studi in Onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano: Giuffrè, 2022, II, pp. 773-805).

Se puede hablar a ese respecto de *demagogia penal*. Si por *demagogia* – a secas – se entiende aquella *práctica política consistente en ganarse con halagos o concesiones el favor popular o ciudadano, para conseguir o mantenerse en el poder*³⁷, en la demagogia penal el puesto del halago o la concesión es ocupado por la herramienta penal. Se “otorga” *derecho penal* a una ciudadanía que aparentemente lo demanda, con total prescindencia de su capacidad para responder adecuadamente al problema que en primer lugar gatilla aquella presunta demanda. Se ofrecen soluciones simbólicas, a lo más de corto plazo, que en ningún caso están en condiciones de mejorar un estado de cosas, de resolver un problema. Y lo que parece inadecuado en abstracto – en sede legislativa – es doblemente inadecuado en concreto – en sede judicial – una vez que aquel derecho penal alcanza a personas determinadas. En este sentido, puede hablarse de un doble fenómeno de instrumentalización torcida: primero, del quehacer legislativo, que se desvía respecto del bien común; y segundo, del aparato penal, que se desvía respecto de un ideal de justicia para el caso concreto.

En las últimas décadas la noción de *populismo penal*³⁸ ha venido ganando terreno como lugar para describir aquellas formas torcidas de instrumentalización. Esta noción – lamentablemente proteica, hasta casi lo inasible³⁹ – explica la instrumentalización del derecho penal por la clase política, pero también por las agencias, ONGs y organismos de promoción de cambios culturales.

Al respecto, la literatura es bien conocida⁴⁰ y da cuenta de un populismo de primera y segunda generación. En el primer caso, se trata de un populismo de orientación específicamente punitivista, explotado verticalmente por la clase política para fines electorales⁴¹. El político se asocia a la víctima, se identifica con ella, y los parlamentos legislan conforme a lo que se

³⁷ Fusionando en parte las dos acepciones del diccionario de la R.A.E.

³⁸ En lo que sigue, el presente texto se vale puntualmente de algunos pasajes tomados de LONDOÑO, Fernando, “El mosaico y la política: lo singular y lo global en el derecho penal chileno, tras (casi) 150 años de su Código Penal”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, vol 4, pp. 1-36, especialmente pp. 15 ss. (sección 2.6.1).

³⁹ En el campo penal quizás resulta mejor usar en su lugar la vieja idea de demagogia (penal).

⁴⁰ Para Chile, además del clarificador WILENMANN, Javier, “Framing Meaning through criminalization: a test for the theory of criminalization”, *New Criminal Law Review*, 2019, 22, 1, pp. 3-33, de reciente cfr. FERNÁNDEZ, José Ángel, “El populismo penal chileno: a propósito del estudio de Carlos Künsemüller”, en Carnevali, Raúl (Dir.), *Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Hacia un derecho penal liberal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 165-181; y LONDOÑO, “El mosaico”, cit. nota n° 36, pp. 15-19 (sección 2.6.1).

⁴¹ Así, cfr. BOTTOMS, Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en Clarkson, C. y Morgan, R. (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 17-49, passim, quien por primera vez acuñó la noción de *populist punitiveness*. Un panorama canónico de la discusión y literatura sucesivas puede apreciarse en GARLAND, David, “What is populism? Public Opinion, Expert Knowledge, and Penal Policy-Formation in Democratic Societies”, en Liebling, Alison. *et al: Crime, Justice and Social Order* (Oxford, OUP), 2022, cap. 11, pp. 249-272, passim, el que, desde un punto de vista liberal, constituye un equilibrado balance (es decir, con concesiones). Para una discusión crítica del concepto desde fuera del paradigma liberal, cfr. HOGG, Russell, “Punishment and ‘the People’: Rescuing populism from its critics”, en Ball, M. *et al* (eds.): *Crime, justice and social democracy: International perspectives [Critical Criminological Perspectives]*, UK: Palgrave Macmillan, 2013, pp. 105-119; y HOGG, Russell, “Rethinking populism and its threats and possibilities”, *Archiwum Kryminologii*, 44 (1), 2022, pp. 15-38.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

ha venido en llamar “razón empática” (un quiebre postmoderno con la ilustrada razón universal). El resultado, lo sabemos, son leyes con nombres de víctimas.

La segunda generación de populismo penal es también un concepto de gran valor explicativo. Describe un populismo más bien horizontal y culturalmente motivado: es decir, la instrumentalización de la discusión legislativa penal por determinados grupos o agendas, para marcar hitos identitarios⁴² o culturales (*framing*)⁴³. Esta segunda expresión de “populismo penal” se distingue de la anterior en al menos dos aspectos relevantes: ni su punitivismo es necesario⁴⁴ (piénsese en la lucha cultural por la despenalización de determinadas categorías de delitos, bajo el signo de la igualdad o la emancipación), ni su estatus popular es claro (usualmente se trata de luchas culturales lideradas por ciertas elites). Podría entonces discutirse el uso de una misma noción —populismo penal— para englobar ambas generaciones del fenómeno. Con todo, lo que las mancomuna es la idea de instrumentalización (política o cultural) de la legislación penal: es decir, que la puja por una determinada solución legislativa aparezca fuertemente condicionada por ganancias secundarias de agentes políticos o culturales, antes que por el mérito – en términos de idoneidad o aptitud – de la respuesta al problema. Bajo esta forma, el fenómeno puede ser transversal, tanto de derechas como de izquierdas⁴⁵.

El fenómeno se agudiza en el marco de nuestra arquitectura democrática: quienes hacen leyes sólo pueden hacer eso, leyes... y hacerlas da rédito, sirvan o no sirvan. No es competencia de nuestros parlamentarios administrar o ejecutar políticas, a lo más desde muy arriba; un arriba que comprende la siempre cómoda amenaza de pena – cómoda porque no presupuestada financieramente y porque entregada a su aplicación por terceros.

Pero no caigamos en el pesimismo. Mejor es concluir con una preciosa observación de nuestro autor, tan antropológica como experiencial:

⁴² Sobre lo cual, cfr. VANONI, Luca Pietro y VIMERCATI, Benedetta, “Dall’identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo, Quaderni costituzionali, 2020, 1, pp. 31-59, ilustrando con gran eficacia el desafío que para las democracias liberales representa la (ineludible) exigencia identitaria de los ciudadanos y los conexos riesgos de populismo. Para el contexto europeo, desde donde escriben los autores, aquella tensión resultaría amplificada por la despolitización operada por un abstracto y lejano constitucionalismo multinivel, volcado a la administración de los derechos humanos, cual si aquellos pudiesen compensar las necesidades de integración de las sociedades postmodernas.

⁴³ Así, cfr. WILENMANN, “Framing”, cit. nota nº 40 y CIGÜELA, Javier, “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (12), 2020, pp. 1-40. En lo demás, cfr. WILENMANN, Javier y GAMBARDELLA, Maite, “A Developmental Model of Sentencing Evolution: The Emergence of the Politics of Probation in Chile”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2023 (62), pp. 81-101, para otras aproximaciones teóricas de abordaje de la relación entre política y agenda político-criminal (o su instrumentalización), identificando allí un esquema evolutivo o de desarrollo y otro basado en la distinción entre políticas meramente simbólicas y políticas eficaces u operativas.

⁴⁴ Lo advierte GARLAND, “What is populism”, cit. nota nº 41, pp. 251 y 254.

⁴⁵ Explícito, GARLAND, “What is populism”, cit. nota nº 41, p. 254, ejemplificando con el caso del alcalde laborista de Londres, Ken Livingstone, cuyo eslogan era nada menos que “hang a banker a week”.

Tras afirmar que la criticada aproximación del *derecho penal anti discriminación* transfigura al adjudicador o juez en un replicador de estereotipos (cual mecanismo algorítmico), observa Perin que con ello se deja de

“entender y por tanto de valorar la especificidad de los hechos individuales; un resultado por tanto paradójico, si se considera que, como en la vida, quien más discrimina [...] es quien sobre la base de obtusas generalizaciones deja de ver personas, de experimentar interés y curiosidad por sus particularidades, y procede siguiendo asfixiantes categorías prefijadas y de cómodos automatismos”.⁴⁶

No dejar de ver a las personas, eso está muy bien. *No dejar de experimentar interés y curiosidad por sus particularidades*, tanto mejor.

⁴⁶ PERIN, *Motivi*, cit. nota n° 1, p. 303-304.

LONDOÑO, Fernando: “¿Derecho penal anti discriminación? Una crítica, a propósito de ‘*Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*’ (Andrea Perin, Torino, 2024). De paso, notas sobre la atenuante pasional y el principio de subsidiariedad”.

Bibliografía

- ALVARADO, Agustina, “Arrebato u obcecación”, en AAVV, M.A. González, (Coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2021, pp. 73-100.
- BOTTOMS, Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en Clarkson, C. y Morgan, R. (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 17-49.
- BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- CASTILLO, Juan Pablo, “Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 590 quinquies del Código Penal. Propuestas de corrección interpretativa”, en Scheechler, Christian (Ed.); Gutiérrez, Paulina (Coord.), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago: DER, 2021, pp. 341-363.
- CIGÜELA, Javier, “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22 (12), 2020, pp. 1-40.
- COUSO, Javier; VILLAVICENCIO, Luis, “¿Es menos grave el femicidio cometido por infidelidad?”, *El Mercurio Legal*, 17 de junio de 2017.
- FERNÁNDEZ, José Ángel, “El populismo penal chileno: a propósito del estudio de Carlos Künsemüller”, en Carnevali, Raúl (Dir.), *Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Hacia un derecho penal liberal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 165-181.
- GARLAND, David, “What is populism? Public Opinion, Expert Knowledge, and Penal Policy-Formation in Democratic Societies”, en Liebling, Alison. *et al: Crime, Justice and Social Order* (Oxford, OUP), 2022, cap. 11, pp. 249-272.
- GARVEY, Stephen P. “Passion’s Puzzle”, *Iowa Law Review*, 90, 2004-2005, pp. 1677-1745.
- GUERRA, Rodrigo; SIERRA, Catalina de los Ángeles, “Delito de femicidio en Chile: aspectos político-criminales de la nueva regulación de la atenuante de arrebato y obcecación”, en *Revista CES Derecho*, 13(3), 2022, pp. 128-150.
- HIRSCH VON, Andrew; SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang, “Introducción. ¿Qué son los mediating principles?”, en A. von Hirsch, K. Seelmann y W. Wohlers [ed. alemana]; R. Robles Planas [ed. española], *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 55-61.
- HOGG, Russell, “Punishment and ‘the People’: Rescuing populism from its critics”, en Ball, M. *et al* (eds.): *Crime, justice and social democracy: International perspectives [Critical Criminological Perspectives]*, UK: Palgrave Macmillan, 2013, pp. 105-119.
- HOGG, Russell, “Rethinking populism and its threats and possibilities”, *Archiwum Kryminologii*, 44 (1), 2022, pp. 15-38.

- HÖRNLE, Tatiana, “Social Expectations in the Criminal Law: The 'Reasonable Person' in a Comparative Perspective”, *New Criminal Law Review*, 11, 2008), pp. 1-32.
- LONDOÑO, Fernando, “Legalidad y pena: orientación y retribución en el derecho penal”, en AA.VV. (Coord. Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman), *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Chile, Thomson Reuters – La Ley, Santiago, 2016, pp. 87-119.
- LONDOÑO, Fernando, “El mosaico y la política: lo singular y lo global en el derecho penal chileno, tras (casi) 150 años de su Código Penal”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, vol 4, pp. 1-36.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados por un femicidio frustrado?, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 25, 2016, pp. 247-258.
- MERA, Jorge, “Art. 11 N° 5”, en Couso, Jaime; Hernández, Héctor (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago: AbeledoPerrot - Legal Publishing, 2011, pp. 292-295.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016.
- PERIN, Andrea, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell’offesa alla pari dignità*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2024.
- SCOLETTA, Marco, “ ‘L’effettività non è un’utopia’. Prospettive del sindacato di costituzionalità sulla legislazione penale simbólica”, en Piergallini, Carlo et Al, *Studi in Onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano: Giuffrè, 2022, II, pp. 773-805.
- SEELMANN, Kurt, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en A. von Hirsch, K. Seelmann y W. Wohlers [ed. alemana]; R. Robles Planas [ed. española], *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, pp. 213-224.
- VANONI, Luca Pietro; VIMERCATI, Benedetta, “Dall’identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo, *Quaderni costituzionali*, 2020, 1, pp. 31-59.
- VARELA, Lorena, *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona: J.M. Bosch, 2016.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Crímenes*, Barcelona: Salamandra, 2011, pp. 11-22.
- WILENMANN, Javier, “Framing Meaning through criminalization: a test for the theory of criminalization”, *New Criminal Law Review*, 2019, 22, 1, pp. 3-33.
- WILENMANN, Javier y GAMBARDELLA, Maite, “A Developmental Model of Sentencing Evolution: The Emergence of the Politics of Probation in Chile”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2023 (62), pp. 81-101.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén: Edersa, 1979.