

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: “Recensión: IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts* [Revisión de los fundamentos del Derecho de aplicación espacial del Derecho penal], Tübingen: Mohr Siebeck, 2024, XVI + 508 páginas”

Polít. Crim. Vol. 20 N° 40 (Diciembre 2025), R. 1, pp. 705-711
<https://politterim.com/wp-content/uploads/2025/12/Vol20N40R1.pdf>

Recensión: IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts* [Revisión de los fundamentos del Derecho de aplicación espacial del Derecho penal], Tübingen: Mohr Siebeck, 2024, XVI + 508 páginas

Héctor Hernández Basualto
Doctor en Derecho
Profesor titular de Derecho penal
Universidad Diego Portales
hector.hernandez@udp.cl
<https://orcid.org/0009-0006-9985-7507>

Fecha de recepción: 05/08/2025
Fecha de aprobación: 05/09/2025

El libro constituye el trabajo presentado y aceptado en 2023¹ como tesis doctoral por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, como culminación de la investigación desarrollada por su autor, principalmente en esa universidad, bajo la dirección del Prof. Michael Pawlik. Previamente, el autor se había graduado como Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile y como *Legum Magister* en la misma universidad alemana en la que luego obtuvo el grado de Doctor en Derecho. Actualmente combina el desempeño profesional con la realización de docencia en Derecho penal en la Universidad Diego Portales y en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Cabe destacar que el libro ha sido publicado por la prestigiosa editorial Mohr Siebeck, de Tübingen, como segundo volumen de una nueva colección sobre “Cuestiones fundamentales del Derecho penal y de la seguridad”, dirigida por dos de los tres directores del Instituto Max Planck de Freiburg para el estudio de la criminalidad, la seguridad y el derecho (el antiguo Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero y comparado), los Profs. Tatjana Hörnle (Derecho penal) y Ralf Poscher (Derecho público), una colección cuyos directores definen como un espacio dedicado a investigaciones que vayan más allá del estudio dogmático, comparado e histórico del Derecho penal o de ramas jurídicas relacionadas, y que más bien se centra en el análisis de las premisas teóricas, normativas y empíricas que sirven de base a las reglas del derecho punitivo nacional o internacional. Se trata, como se puede ver, de una colección con grandes pretensiones, lo que ya es un buen índice del peso del trabajo de Irarrázaval.

El trabajo conecta de un modo singular dos materias que, a primera vista, podrían parecer desvinculadas entre sí, pero que luego se demuestran susceptibles de una vinculación

¹ Cuyo proemio aparece firmado por el autor, significativamente, en Santiago (nuestro Santiago) ni más ni menos que el 11 de septiembre de 2023.

profunda y llena de sentido, cuyo contenido se vislumbra en el subtítulo del libro: “El alcance del poder penal estatal a la luz de un Derecho penal del ciudadano”².

Por una parte, se trata de las reglas de aplicación espacial del Derecho penal nacional, lo que en términos prácticos, aceptada en general (aunque solo en principio, como luego se verá) la vigencia del principio de territorialidad como base de cualquier sistema de reglas al respecto, implica la discusión sobre la legitimación de las excepciones a dicho principio y de los alcances concretos de estas. Y esto en un contexto actual caracterizado por una ampliación generalizada y aparentemente imparable de los supuestos de extraterritorialidad en las legislaciones nacionales. Claramente no es un tema que haya despertado una discusión significativa en nuestro país, donde no se aprecian impulsos políticos en línea con la referida tendencia legislativa internacional, y donde las reglas vigentes, al menos en los últimos años, con la semestralización de los estudios de Derecho, suelen no ser parte de los programas obligatorios de Derecho penal, lo que coincide con que apenas haya literatura a su respecto, al margen de escuetas presentaciones en algunas obras generales. En países desarrollados y con más conexiones internacionales que el nuestro, en cambio, el asunto es de suma importancia práctica y, consecuentemente, de gran interés público, pues, por ejemplo, el principio de universalidad no es una mera declaración simbólica, como sin duda lo es entre nosotros, sino que se asume como un propósito político que se expresa en una pretensión punitiva efectiva, con lo cual la discusión sobre los alcances y la conveniencia de las reglas al respecto deviene crucial. Y aun en ordenamientos como el chileno, es más que previsible una ampliación de los supuestos legales de otros principios de extraterritorialidad, acompañados presumiblemente de una pretensión de efectividad real, como sugieren los últimos anteproyectos y proyectos de nuevo Código penal.

Por la otra, se aborda un asunto permanente y de la mayor importancia teórica, como son los presupuestos de legitimación de la pena estatal, específicamente desde la perspectiva de lo que en los últimos años se ha dado en llamar el Derecho penal de la ciudadanía o del ciudadano, esto es, un ordenamiento punitivo fundado en el vínculo político existente entre el sujeto potencialmente responsable y punible y el Estado que pretende castigarlo. El potencial práctico de la aproximación viene dado, como es evidente, por la ausencia o cuando menos déficit de legitimidad (y la consecuente necesidad de remedios efectivos ante tal ausencia o déficit) que cabe afirmar respecto de un régimen que castiga a quienes no son ciudadanos, algo que, sin embargo, y ese es su profundo sentido político, puede considerarse también responsabilidad del propio Estado. Es decir, la falta de ciudadanía puede ser imputable también y en primera línea a la incapacidad del Estado de brindar lo que, de acuerdo con concepciones de la ciudadanía en boga, le corresponde brindar a los individuos que habitan el territorio sobre el cual dicho Estado ejerce jurisdicción. Esta es, me parece, una de las aproximaciones más fructíferas al problema que plantea la aplicación del Derecho penal a los socialmente excluidos (algunos hablarán más crudamente de la relación entre aporofobia y Derecho penal, aunque la exclusión social puede obedecer a factores distintos de la pobreza), tema del que ya se conocía un trabajo de Irarrázaval en conjunto con Ivó

² En español puede leerse IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, “El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica”, *InDret* n°. 1 (2021), pp. 228-258.

Coca³ y que, si bien no es en absoluto desconocido en nuestro medio, no parece ser aún de dominio general.

Pues bien, lo que hace el autor en su libro es cruzar ambos asuntos. En una primera parte de su investigación, junto con presentar su objeto y sus propósitos, revisa el estado de los principios de Derecho internacional sobre el ámbito espacial de aplicación del Derecho penal nacional (pp. 1-145), ilustrando el problema que representa la concurrencia de pretensiones de juzgamiento de un mismo hecho por parte de distintos Estados, pero no como un simple problema de falta de orden, como podría pensarse desaprensivamente, sino que como un problema grave de legitimidad, tanto desde la perspectiva del principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, como desde la perspectiva propia del imputado. Luego de una exhaustiva revisión de los principios conocidos en la materia concluye convincentemente que el Derecho internacional apenas ofrece límites a la multiplicación de pretensiones punitivas, y que más bien abona todo lo contrario.

Ante este escenario, el autor centra su esfuerzo en obtener una justificación teórica de la legitimidad de los casos de extraterritorialidad y, con ello, tanto o más importante, límites que oponer a la tentación de seguir ampliándolos (y respecto de los supuestos ya existentes, entiendo que también como base para una interpretación o aplicación restrictiva de ellos), y esa justificación la ve en los presupuestos de un Derecho penal del ciudadano. De este modo, la necesaria legitimación del castigo penal no se agotaría en la justificación de los presupuestos de la criminalización y de la responsabilidad penal, sino que alcanzaría también al vínculo existente entre el sujeto cuya conducta se criminaliza, en virtud de lo cual es hecho además responsable, y el Estado que pretende castigarlo.

A este esfuerzo, a la revisión del concepto de Derecho penal del ciudadano en general (solo con algunas referencias al problema del ámbito de aplicación espacial del Derecho penal nacional) y a la fundamentación de la concepción propia del autor al respecto, también en general, se dedica la segunda parte de la investigación (pp. 147-296). Luego de pasar revista y de criticar los modelos disponibles de ciudadanía y de Derecho penal del ciudadano, desde el menos exigente y formal, el deliberativo, que hace bastar el reconocimiento de derechos políticos, pasando por el republicano, con aspiraciones materiales y que exige la garantía de una libertad real, hasta el modelo que exige la obtención de beneficios por parte del Estado, el autor se decanta por un concepto de ciudadanía en que el Estado garantiza derechos, en virtud de lo cual el sujeto está correlativamente obligado a colaborar con aquel, lo que a su vez sería el presupuesto de toda pena legítima. Por otra parte, a partir de reflexiones previas, conforme a las cuales la ciudadanía no es una calidad binaria, que se tiene o no se tiene, sino una que admite distintos grados, el autor distingue dos polos en ese continuo de grados de ciudadanía: en un extremo la ciudadanía *plena*, la propia de quien goza de todos los derechos que puede garantizar el Estado, en el otro la ciudadanía *mínima*, la de quien solo tiene garantizada la integridad corporal y, en esa medida, la vida. Sobre esta base, Irarrázaval propone un esquema bajo el cual estos distintos grados deberían incidir, ya *de lege lata*, en la determinación de la pena, concretamente en términos de su morigeración. Esto no en clave de disminución de la culpabilidad, aunque los resultados puedan coincidir con aquellos a los

³ COCA VILA, Ivó e IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, “Un derecho penal de semi-ciudadanos”, en: COCA VILA, Ivó (ed.), *Pena y vínculo político*, Barcelona: Atelier, 2023, pp. 95-140.

que se arribaría por esa vía, sino en razón de un déficit de legitimación estatal para castigar, que obligaría a una reducción de la pena a partir de aquella que le correspondería al ciudadano pleno.

Ahora bien, el problema que queda sin resolver es el del castigo de aquellos que no son ciudadanos, el castigo de los llamados “externos”. En esto, mientras la mayoría de los autores terminan capitulando y fundando la legitimidad de la pena en conceptos *ad hoc* o iusnaturalistas, con lo cual, como bien dice el autor, echan por la borda el concepto mismo, Irarrázaval, como su maestro Pawlik, mantiene la exclusión a rajatabla. Esto no implica, por cierto, renunciar a toda reacción frente a los hechos ilícitos perpetrados por estos sujetos, lo que sería contradictorio con el deber del Estado de garantizar un orden de libertad. Pero tales reacciones ya no pueden justificarse en un Derecho penal del ciudadano, sino que serían complementarias de este, con carácter de *medidas preventivas* (similares a las medidas de seguridad para imputables), las que deberían estar estrictamente reguladas y muy circunscritas. Con una feliz expresión del autor: el no ciudadano no es un enemigo (pp. 385, 471).

Todo esto es llevado al ámbito de las reglas de aplicación de la ley penal nacional en el espacio en la tercera y última parte de la investigación (pp. 297-455). Además de la territorialidad (atendiendo al lugar de la conducta, no del resultado), que por regla general implica a ciudadanos siquiera en un sentido mínimo, solo se justificaría la aplicación extraterritorial sobre la base del principio de personalidad activa, pero, además, solo cuando la aplicación de dicho principio se combina con la protección de intereses que el Estado tiene el deber de proteger, esto es, cuando se combina con el principio real o de defensa o con el principio de personalidad pasiva. Esto, al menos, en lo que concierne a lo que el autor llama poder penal *originario* de cada Estado. Porque excepcionalmente un Estado puede contar con la legitimidad necesaria para castigar de modo *derivado*, es decir, cuando el Estado originariamente legitimado y con voluntad efectiva de castigar, no está en condiciones de hacerlo. Entonces otro Estado puede asumir legítimamente la pretensión punitiva, siempre que se dé el presupuesto conceptual ya mencionado, y que este Estado actúe en interés del Estado originariamente legitimado (lo que supondría, para el autor, la anuencia de este) y teniendo en consideración también la opinión y los intereses del imputado.

Fuera de estos casos, a juicio del autor lo único que quedaría disponible es reaccionar mediante una medida preventiva, aunque solo en interés del Estado y no de la comunidad internacional, y solo cuando se afecta gravemente la capacidad de dicho Estado para mantener el orden de libertad, es decir, no sobre la base de la personalidad pasiva, sino exclusivamente en virtud del principio real o de defensa.

Cabe preguntarse entonces si en semejante esquema queda algún espacio para la aplicación del principio de universalidad. La respuesta del autor es afirmativa, pero a condición de que se trate de delitos que afecten la comunidad internacional en su conjunto, y solo como poder *doblemente derivado* del poder originario del Estado en cuyo territorio tuvo lugar el hecho, porque el primer poder derivado lo tendrían los tribunales penales internacionales (con su

carácter explícitamente subsidiario, como se sabe), y solo por derivación de estos, lo tendrían terceros Estados. Ahora bien, en la medida en que se tome en serio la exigencia de tratarse de delitos que afecten a la comunidad internacional en su conjunto, los delitos que darían lugar a la aplicación del principio serían muchos menos que los que en la actualidad se consideran como comprendidos por él.

Este es, *grosso modo*, el contenido del libro de Cristián Irrarrázaval, siendo del caso advertir que, para fundar lo que he tratado de sintetizar, se tratan en él con detalle una infinidad de asuntos que no es posible abordar en este apretado espacio (las reflexiones sobre los efectos para el Derecho penal de una ciudadanía supra o infraestatal, p. 403 ss., son un buen ejemplo de lo interesante que pueden ser esas cuestiones), siempre de modo sugerente e ilustrado, con una amplia paleta de fuentes que, como es evidente, van más allá del Derecho penal y del Derecho de la seguridad, y se internan en el Derecho internacional y en la filosofía política.

En mi opinión, el libro es especialmente persuasivo en lo que concierne a la revisión crítica de varios supuestos de extraterritorialidad, principalmente, pero no solo, de los supuestos del principio de universalidad. Lo es menos, en cambio, cuando, de la mano del entredicho en que se pone incluso la legitimidad del principio de territorialidad (pp. 65 ss., 423 ss.), se renuncia tajantemente a otros principios cercanos a él. El escepticismo al respecto coincidirá, por cierto, con el mayor o menor escepticismo que se pueda tener frente a la noción de Derecho penal del ciudadano como fuente necesaria de la legitimidad del ordenamiento punitivo, en particular, frente a su consecuencia radical en casos de ausencia de una ciudadanía entendida en términos exigentes, que no es la sola modulación de la pena, sino la imposibilidad misma de imponer legítimamente una sanción digna de ese nombre. Esta consecuencia se ha discutido principalmente no a propósito de casos de aplicación de la ley penal nacional en el espacio, sino fundamentalmente en relación con casos penales domésticos (delitos cometidos dentro del territorio del Estado en cuestión por habitantes de ese territorio), contexto en el cual solo se llega a ella en casos muy excepcionales, porque en democracias mínimamente desarrolladas suele garantizarse un cierto nivel básico de derechos que satisface (en principio) el concepto de ciudadanía en uso. Pero, ciertamente, eso no se puede decir con seguridad respecto de una democracia y una sociedad menos desarrollada como, por ejemplo, la chilena. El resultado es un Derecho penal *per se* ilegítimo respecto de un sector más o menos extenso de la población, sin perjuicio de la posible observancia de un sistema de garantías estrictamente penales.

Al margen de que, a la vista de ese posible sistema de garantías, bien podría volverse en su contra la crítica de unilateralidad, en términos de falta de consideración de los intereses del imputado (p. 151 ss.), que el autor le dirige a las aproximaciones tradicionales de fundamentación del Derecho penal orientadas hacia la protección de intereses estatales, la consecuencia puede hacer sin duda sentido respecto de grupos socialmente excluidos en extremo, pero no parece muy convincente que el Estado en cuyo territorio delinque un viajero de paso o un sujeto contratado al efecto no pueda imponer legítimamente una pena y solo pueda recurrir a medidas preventivas excepcionales o, si se acepta, como hace el autor, que en esos casos se puede apreciar una ciudadanía mínima (p. 355, lo que hace dudar sobre la real existencia de no ciudadanos o, al menos, sobre el potencial de rendimiento de la categoría), que solo le pueda imponer una pena muy reducida. Por cierto, se pueden proponer

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: “Recensión: IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts [Revisión de los fundamentos del Derecho de aplicación espacial del Derecho penal], Tübingen: Mohr Siebeck, 2024, XVI + 508 páginas”

casos en los que la ocurrencia del delito en el territorio en cuestión parezca una mera casualidad (v. gr. p. 67), con la consiguiente merma de plausibilidad de la pretensión punitiva, pero la alternativa propuesta tiene consecuencias que se extienden mucho más allá de esos casos, alcanzando otros cuya persecución penal por el Estado en que tuvieron lugar resulta más que plausible.

Algo similar puede decirse respecto de la comprensión restrictiva de la territorialidad (exigencia de que tanto la conducta como el resultado tengan lugar en el territorio), contraria a la noción de ubicuidad, sobre todo en lo que concierne a los resultados territoriales de una conducta extraterritorial. De nuevo, la clave está en los ejemplos. A primera vista resulta sugerente ver en estos casos supuestos de extraterritorialidad llamados a ser tratados conforme al principio real o de defensa, con su exigencia de compromiso de bienes jurídicos estatales o supraindividuales, pero si en vez de una estafa (p. 426) se trata de un homicidio a distancia (por ejemplo, mediante un teléfono celular aparentemente inocuo que se activa como bomba desde el extranjero) las cosas tienden a verse diferentes. Y no puede descartarse que sea posible una lectura razonablemente restrictiva, en la misma línea de lo anterior, del llamado *effects principle*.

Estas reservas, para las cuales el autor tiene probablemente contundente respuesta, no empañan la alta valoración del trabajo de Irarrázaval. Más bien son una muestra mínima de las muchas reflexiones que su lectura provoca, razón más que suficiente para abordarla. Para concluir, solo quisiera llamar la atención en cuanto a que un volumen de más de 500 páginas no es lo propio de las tesis doctorales alemanas, caracterizadas más bien por su concisión, al punto de que tal extensión podría incluso despertar algún tipo de sospechas sobre la calidad del trabajo. Sin embargo, en el caso de este libro no se aprecia relleno, simplemente se trata de un libro ambicioso, que junto con realizar una contribución relevante a la discusión sobre el Derecho penal del ciudadano, pone la regulación de la aplicación del Derecho penal nacional en el espacio bajo una luz nueva e insospechada, al menos para quien escribe estas líneas.