

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

¿Qué queda del Principio de *Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica.

Eduardo Gandulfo R*.

Postgraduado de Especialista en Argumentación Jurídica; Profesor de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo

ednega@gmail.com

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto revisar el principio de legalidad en materia penal. Para ello se examina el contexto de su nacimiento, la Codificación ilustrada, el que contribuye a delinear la comprensión y función del principio, para los operadores jurídicos. Se examina asimismo, cómo los supuestos ilustrados del principio han sido atacados desde diversas perspectivas: epistemológica, lingüística, metodológica, lógica y de filosofía del Derecho, y se muestra cómo va afectando de manera radical a la comprensión y a las posibilidades de realización del principio. Luego, asumiendo las bases críticas y ciertas intuiciones orientadoras que buscaba el principio, se ensaya una posible reconstrucción desde nuevas bases propias del principio, pero con fuerte influencia metodológica, tanto de la perspectiva de la reconstrucción de la norma de principio como de sus posibilidades de aplicación. En este último caso, se analizan brevemente los problemas de la derrotabilidad y del multiculturalismo.

Palabras clave

Garantía constitucional de legalidad penal, lenguaje legal, irretroactividad, taxatividad, ley penal en blanco, lógica de la metodología, derrotabilidad.

Abstract

This essay aims to revise the principle of legality in criminal law. It examines the context of its creation, its consolidation in the enlightened Codification, which contributes to understanding and delineating the principle's role for law practitioners. It also examines how the principle's enlightened presumptions have been attacked from various disciplines, e.g. epistemology, linguistics, methodology, logic and philosophy of law, and how these attacks have radically undermined the principle's comprehension and fulfillment. Then, starting from certain critical fundamentals and orientating intuitions sought by the principle,

* El autor es abogado y licenciado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. El texto es parte de un proyecto mayor financiado por Fondecyt con el N° 1060410, a cargo de Raúl Carnevali, titulado “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”. Buena parte del texto fue expuesto en las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Derecho “Los principios generales del Derecho”, el 22 de agosto de 2007, en la Universidad de Talca. Agradezco a L. Mayer y K. Rosenberg por sus lecturas de una versión previa, a R. Carnevali por la sugerencia de varios ejemplos y a Marco Martínez por el enriquecimiento que significó la participación en la causa de inaplicabilidad contra el Código de Justicia Militar, del “condestable de artillería de la armada”, ante el Tribunal Constitucional.

GANDULFO, Eduardo. "Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica."

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

a possible reconstruction of the principle is proposed, starting from the principle's new fundamentals, but with a strong methodological influence, both from a reconstruction perspective of the "norm of principle", as well as its possible application. In this last case, problems of defeasibility and multiculturalism are briefly examined.

Key words

Constitutional guarantee of criminal lawfulness, legal language, irretroactivity, taxativity, methodological logic, defeasibility.

Introducción

*“Ya que el Emperador está ebrio tras sus veinte años
de orgía
se dijo: ‘Voy a soplar la Libertad
bien delicadamente, así como a una vela!’
¡La libertad revive! ¡Él se siente extenuado!
Está preso-. ¡Oh! ¿qué nombre sobre sus labios
mudos se estremece? ¿Qué pesar implacable le
muere?”*

J.A. RIMBAUD (*Rabias de
Césares*)

El principio de legalidad en materia penal ha recibido ataques y cuestionamientos desde diversas perspectivas; las más conocidas son políticas. No obstante, a mi juicio, el problema más complejo que ha de enfrentar este principio, es el cuestionamiento que el Derecho en general ha recibido desde la perspectiva filosófica y de la argumentación jurídica, y que, por supuesto, alcanza a la parcela de la legalidad penal. En particular, cuatro son las áreas de problemas: una *epistemológica*, sobre la posibilidad de conocimiento cierto del Derecho; una *lingüística*, con respecto a la verdadera apertura del lenguaje y la discrecionalidad judicial para fallar en una dirección u otra; *lógica*, relativa a la inducción de reglas del ordenamiento desde enunciados sobre normas, o a la afectación de las clases en lo singular; y *ontológica-funcional*, en relación con lo que sea una regla y su funcionamiento. Todo ello amenaza llevar a una total pérdida del sentido de este principio en relación con sus objetivos protectivos y los medios de realizarlos.

Lo que pretendo presentar es: *i*) un muestreo y asunción de las diversas críticas particulares que han llevado a nuestro principio a una crisis en términos de sus objetivos y medios, lo que hará que no podamos contar con el principio en el sentido originalmente concebido; y *ii*) sobre la base de asumir dichas críticas, ofrecer un ensayo de vías de “rescate” del principio de legalidad penal, como un todo, mediante una reconstrucción del mismo,

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

mostrando los reordenamientos argumentativos que ello requiera, tanto teóricos como prácticos, lo que arrojará un esquema conceptual distinto del principio.¹

Es menester precisar que, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, la estructura y disposición con que se presenten los argumentos determinan la validez o no del razonamiento. Por tanto, no es suficiente que los argumentos estén simplemente presentes en un discurso teórico, también su orden debe ser el correcto; lo que redundará en el contenido de nuestro principio. En tal contexto, la revisión del principio de legalidad penal se hará desde la óptica de la argumentación jurídica, analizando qué formas de disposición no son correctas y, en suma, ensayando cómo se puede reorganizar el principio y con qué limitaciones.

Ello se realizará desde un contexto de fundamentación, analizando los valores jurídicos comprometidos, conceptualmente entendidos en términos contemporáneos; las posibilidades de reconstrucción de las subnormas constitutivas del principio; y la aplicación de las normas penales a sus dominios de casos.

A efectos de lograr dicho objetivo, el plan de trabajo será el siguiente: Primero, revisaremos un par de hitos en la evolución de la importancia político-jurídica del principio y el Estado de Derecho, que ha llevado a plasmar normativamente el principio en tratados internacionales, en la Ley y la Constitución, que nos recordarán su importancia histórico-práctica (alejándonos de la tentación de la mera abstracción). En segundo lugar, examinaremos el contexto jurídico en el que nace el principio, el que contribuirá a delinear la especial forma de entender su contenido y funcionamiento, esto es su contenido teórico-institucional. En tercero, presentaremos las posibles críticas hechas desde la filosofía de la ciencia, epistemología, lingüística, lógica y filosofía del Derecho al principio. En cuarto, con lo poco que quede, buscaremos presentar el cómo podemos reconstruir la institución del principio de legalidad penal apoyados en las nuevas bases críticas, para lo cual, por razones metodológicas, dividiremos esta parte en dos piezas: en la fase reconstructiva de las normas, para, precisamente, la reconstrucción de las cuestiones generales y particulares del principio, y en la fase de aplicación, en la cual trataremos la proyección del principio a ciertos problemas concretos de la práctica, como son la derrotabilidad de las normas y el caso especial del multiculturalismo. Finalmente, expondré las conclusiones del trabajo.

¹ En contra de la idea de W. Naucke que sostiene que el “principio de legalidad no admite el plural... La legalidad no admite graduaciones ni compromisos. Sólo hay *un* principio de legalidad penal; admitir un principio de legalidad más o menos estricto deja de ser legalidad”. NAUCKE, W. “La Progresiva Pérdida de Contenido del Principio de Legalidad Penal como Consecuencia del Positivismo Relativista y Politizado”, en: (vv. aa.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Trad.: SÁNCHEZ-OSTIZ, Granada: Comares, 2000, p. 546).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

1. Importancia del Principio

Lo que quiero traer a colación aquí es, más específica y simplemente, recordar porqué hemos de intentar salvar este principio, desde la perspectiva de la importancia política del principio de legalidad en materia penal.

El principio de legalidad penal es uno de los rasgos claves de la determinación de un Estado de Derecho. Y éste constituye la forma de gobierno más apreciada desde el s. XX en el mundo occidental, pues su construcción de base individualista, pone en el centro estatal al respeto y consideración de las personas. Para tales efectos, el Estado de Derecho tiene en su seno, como elemento constitutivo, la *restricción del poder estatal* en protección de los ciudadanos mediante el Derecho mismo.

En tal sentido, el “gobierno del Derecho”, frente al “gobierno de los hombres”, encuentra como piedra angular de su construcción al principio de legalidad, en especial, en materia penal. Ello porque desde la perspectiva jurídica, el análisis es enfocado sobre el Derecho y su validez, y la legalidad penal se erige así como reglas previas con carácter *constitutivo* del poder punitivo que ejerce el Estado, pues son éstas las que dirán cuándo hay punibilidad y cuándo debe procederse a ejercer la punición misma; de este modo el principio viene a moldear la *limitación* estatal.²

La idea de esta alianza entre el gobierno del Derecho y el principio de legalidad penal -que ha ido modelando su evolución- radica en que no se vuelvan a producir ciertas situaciones que afectan la protección de los individuos. Situaciones en donde intervienen razones de fondo excluyentes de la legalidad, tendientes a imponer efectivamente la coacción punitiva. Así, por ejemplo, en el juicio a Luis XVI, en que se “resuelve que Luis Capeto ha de sufrir la pena capital”, M. Robespierre señaló que se debía “tomar una medida de bien público” con aquél; ello porque frente a la trascendental pregunta del juicio: “¿Qué exige una política sana para amalgamar a la Republica naciente?”, la respuesta del proceso fue del tipo *comunicativa*, se ha de tratar de un *mensaje de reforzamiento* a la vigencia de la República: “Inculcar en los corazones una profunda repugnancia a la monarquía y dejar aturdidos a los partidarios del Rey”. Y se concluye como fundamento para la aplicación de la coacción penal máxima: “ni la prisión ni la relegación pueden hacer que la existencia de este Rey [ya depuesto] sea indiferente para el bien público. Con profundo dolor expreso la fatal verdad: es mejor que muera Luis y no que pierdan la vida cien mil ciudadanos

² Debemos rechazar los enfoques meramente sociológicos o meramente políticos, que sostienen que el principio de legalidad sólo sirve para la limitación del poder del *Leviathan* estatal. Obsérvese que se considera al Estado como libre *prima facie* para el ejercicio del poder punitivo, y que la legalidad sólo viene a contener de alguna manera tal poder. Sin pronunciarme sobre el mérito sociológico ni político de la misma, la perspectiva jurídica, que es una análisis del deber ser y dentro de un Estado de Derecho, no puede admitir tal simple explicación, pues, en un Estado de Derecho, toda la actividad estatal, y en especial la restrictiva de los derechos fundamentales, está sometida al imperio absoluto de las normas jurídicas, en especial las de tipo legal, como lo corrobora el art. 7 de la Constitución.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

virtuosos; Luis debe morir, porque la patria debe vivir”.³ Por supuesto que tales consideraciones tienen su interpretación política más o menos racional, pero debe caerse en cuenta que en los fundamentos se haya ausente toda consideración jurídico penal de base individualista. Las pretensiones individuales amparadas por la legalidad debían ser sacrificadas o desplazadas en el altar del “interés del todo”, la patria y la república, por lo que debía imponerse el principio *salus publica suprema lex*, esto para la derrota del principio de legalidad.

H. Welzel, por su parte, reconocía que en la Alemania Nazi, la ley complementaria del 28 de junio de 1935 “posibilitaba, junto a la punición legal también una extralegal de acuerdo al ‘sano sentimiento del pueblo’ (§ 2 Código Penal alemán del año 1935); y agregaba que “se redactaron las leyes nacional socialistas posteriores de un modo tan amplio e indeterminado, que dieron lugar a cualquier ‘dirección política’ de la administración de justicia, como sobre todo después de 1942, a través de las ‘cartas a los jueces’ e instrucciones particulares”.⁴ A ello debe sumarse las ejecuciones de detractores del régimen, legalizadas posteriormente por medio de la ley de 3 de julio de 1934 con efecto retroactivo a la ejecución.⁵

Es así que, en buena medida, la lucha por la consagración del Estado de Derecho, en sus situaciones más dramáticas, frente a regímenes totalitarios con base en el colectivo (llámesele el “Estado”, “partido”, la “clase” o la “patria”), sea en contextos dictatoriales o democráticos, se ha presentado confundida con una lucha por el principio de legalidad (unida al de inocencia), como derecho fundamental protector de los ciudadanos.

En tal línea fundamental es que se promulga en los textos internacionales de derechos humanos dicho principio. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PDCP) señala en su art. 15 que:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”

Y el numeral dos agrega

“2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos o comisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

³ ROBESPIERRE, M., *La Revolución Francesa en sus Documentos*. KREBS, R. et al. (Comps.), Santiago: Ediciones UC, 1990, pp. 128 y 129.

⁴ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*. Trad.: BUSTOS; YAÑEZ, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1970, pp. 38 y 39.

⁵ Vid. BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*. Trad.: HERRERO, México DF: FCE, 1994, p. 26.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), por su parte, enuncia en su art. 9:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La misma línea sigue nuestra Constitución (en adelante, CPR), en su art. 19 n° 3 inc. 7, en orden a que

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley expresamente promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, lo que es complementado por el inc. 8 del n° 3: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Nuestro viejo Código Penal (en adelante, CP), en una línea lingüística más restrictiva -un tanto similar a la alemana-, lo consagra en relación a su punibilidad, en su art. 18:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.
“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.⁶

2. Contextualización del Principio

A mi juicio, la comprensión contemporánea del corazón protector del principio de legalidad penal, está determinantemente influida por su contexto, es decir, por el macroproyecto de la *Codificación* y el modo de entenderla. Es la confianza que aquella tiene en el *lenguaje*, estructurado de determinada manera, la que hace que los operadores jurídicos le tengan por tal núcleo, delinee los contornos de nuestro principio y haga que pretendamos que éste pueda realizar ciertas protecciones esperadas, según veremos.

2.1.

La Codificación constituye una etapa en la evolución del Estado de Derecho, en el intento de demarcar las formas y límites de la obediencia, y las formas y límites de la potestad de mandar, frente a los problemas del antiguo sistema del *Ius Commune*, con sus peculiares características técnicas y proyecciones políticas.⁷ En aquel marco codificador es donde la

⁶ El Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, contiene un enunciado más técnico: “Art. 1°. Sólo son delitos las conductas dolosas o imprudentes descritas y penadas en la ley. Las conductas imprudentes sólo son punibles cuando la ley lo disponga especialmente”.

⁷ Vid. sobre la Codificación, GANDULFO, E., “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de Aplicación”, *Revista de Ciencias Sociales. John Rawls Estudios en su Memoria*, n° 47 (2002), pp. 487-493.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

legalidad penal obtiene su máximo desarrollo.⁸ No por nada se presentan hasta hoy las críticas al *Common Law* (desde el punto de vista técnico, más cercano al antiguo sistema), respecto a entender este principio de formalidad de la punición, más bien como un principio de *juridicidad* penal,⁹ abierto a la pluralidad de fuentes jerárquico-normativas como la costumbre y el precedente para la configuración de los delitos, con la correspondiente falta de certeza y frustración de las expectativas legítimas. En efecto, si bien es cierto que, por ejemplo el precedente puede poner certeza en los casos futuros, el primer caso siempre es innovador y dada la apertura de fuentes, en cada proceso que se entable, el tribunal siempre estará empoderado para crear un nuevo precedente, es decir, un nuevo delito cada vez.

Con el objetivo de asegurar la autonomía individual y los goces privados frente al poder estatal, en especial, el punitivo, se produce una alianza epistémico-política. Se debía guardar y resguardar una esfera de seguridad a cada individuo, frente a la injerencia estatal. Pero las influencias y relaciones del Estado para con el ciudadano son bastante amplias. De tal manera que la forma en que el ciudadano pueda tener asegurado su ámbito de competencia, es mediante la *claridad* de todos respecto de las reglas del juego de poder. Así, los funcionarios sabrán hasta dónde se puede afectar la vida de un ciudadano y este último podrá desenvolver libremente su actividad, con el conocimiento *claro* de poder *distinguir* las fronteras sobre las cuales no pueden pasar, sin que se le afecten sus derechos o bienes jurídicos, como la libertad y la vida, ni que él pueda afectar a los demás.¹⁰

La primera operación codificadora fue despejar el bosque normativo. Se impuso la primacía prácticamente absoluta de la *ley* por sobre otras clases de normas y así una cuasi-identificación entre Derecho y ley; en nuestro caso, sólo la ley producía el Derecho Penal. La claridad de tener *una* clase de norma, era mucho mejor que la obscuridad producida por la pluralidad de soluciones. No podía ser que fuentes diferentes, por ejemplo, castigaran de disímil manera o aun eximieran el mismo caso particular. Una extremidad de la alianza política se ve en que, dicha clase de norma era únicamente la que tenía por fuente la voluntad ciudadana y soberana.

En la misma línea epistémica, la claridad de la univocidad no se aseguraba sólo con unidad de fuente normativa. El propio *contenido* de la ley debería dar lugar a soluciones unívocas y no contradictorias, para que el acto no pudiera ser penado dos veces o de diferente manera por la misma ley. Se optó por el proceder que traería más certeza a los ciudadanos, el método *more geometrico, more mathematico*. Operando de manera sistemática con el material legislativo, organizado en base a principios o axiomas evidentes a la razón (por

⁸ Sin perjuicio de que podamos ver ciertas manifestaciones previas a mediados del s. XVII, en HOBBS, Th., *Leviatán*. Sin traductor. B. Aires: Libertadores, 2004, cap. XXVII, p. 200.

⁹ AMBOS, Kai, “El Principio *Nullum Crimen sine Lege*. Art. 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Common Law* y los Disparos del Muro Alemán”, en: *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal*, Trad.: ALDONEY, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2007, pp. 53 y ss.

¹⁰ Como dice Friedrich von Hayek, de “lo que el hombre libre puede presumir es de que, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por las leyes, no tiene necesidad de solicitar permiso de nadie ni de obedecer orden alguna”. VON HAYEK, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, traducido como *Los Fundamentos de la Libertad*. Trad.: TORRENTE, Barcelona: Folio, 1997, pp. 263 y 264.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

ejemplo, la parte general del CP), para obtener soluciones más específicas (como en la parte especial del CP), completas, predecibles y únicas. De manera complementaria, se elige el carácter *abstracto* y *general* del lenguaje, tratando con *clases* de situaciones y personas, con la pretensión de *agrupar* amplias cantidades de situaciones y de personas singulares, de manera de producir una *igualdad* en la aplicación por normas así impersonales. Con base en esta construcción codificadora penal, se suponía que se lograría, además, generar la certeza absoluta a que se aspiraba desde la ilustración, y desterrar la discrecionalidad o arbitrariedad judicial.

Como se puede ver, en tal versión codificadora, prácticamente *todo el peso* de la construcción se cargaba sobre el *lenguaje*, en sus características y funciones. Por un lado, la fijeza cognoscitiva de todo ese aparataje, se supone que lo pondría y lo aseguraría el carácter *escrito* de la manifestación de la normativa legal. Por otro, las ideas claras y distintas expresadas en términos simples y claros¹¹, podían hacer accesible a *toda persona* el conocimiento del Derecho y, en nuestro caso, el penal. Desde el punto de vista del sujeto, bastaría saber *leer* para tener acceso a las ideas normativas.

La idea subyacente de *evidencia*, en relación con la claridad, tiene, ciertamente, un papel clave: la claridad del lenguaje daba la evidencia, para que a cualquier ciudadano lector le fuera evidente el Derecho de manera directa en su mente. Nada debía intervenir entre el Derecho contenido en las palabras y la mente libre de prejuicios del ciudadano, para su fijación en ésta. Por tanto, cuando el texto de la ley era claro, no se debía desatender su tenor literal, para consultar su espíritu, decía nuestro legislador. Así, la *oración normativa era la norma misma*. Para efectos de pulir los defectos de la legislación y producir la claridad necesaria, nace la ciencia legislativa.

La evolución no fue mucho más allá, la *completitud* de un artículo legal estaba puesta en relación con la *precisión* de la misma, y podía estimarse más o menos así: “La ley que contiene una hipótesis y una sanción, fijadas en términos precisos, de modo que al juez le baste con su lectura e interpretación para aplicarla, puede decirse que es una *ley completa*”, sin tener que recurrir a otros textos normativos para emitir su juicio.¹²

Al modo de las fórmulas matemáticas debían construirse las normas. En lo ideal, cada fórmula, típica o punitiva, debía estar en un artículo determinado, completa.¹³ Y estando

¹¹ Existía una cierta tendencia a entender el significado de los términos de manera *aislada*, de acuerdo al modelo de la relación entre un nombre y un objeto concreto. Así, por ejemplo, si “Matus” corresponde a un hombre singular, J.P. Matus, igualmente “matar” correspondería análogamente a algún tipo de entidad. GÓMEZ-LOBO, A., “Introducción”, en: FREGE, G., *Siete Escritos sobre Lógica y Semántica*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1972, p. 13. Por ende, precisando cada uno de los términos del articulado, tenemos precisión del lenguaje.

¹² RODRÍGUEZ, L., “Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco”, *Revista de Derecho* de la UCV n° 8 (1984), p. 233.

¹³ P. Calamandrei lo explicaba con la siguiente analogía: “cada artículo de los códigos es una ficha, hecha para un determinado modelo de comportamiento humano. Todas las acciones humanas que tienen relevancia

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

precisadas las fórmulas, entonces podían ser puestas en relación con otras normas de manera sistemática. De todas formas, al ser precisas las normas, la ley de cada artículo podía ser aplicada a lo menos en ciertos casos “fáciles”, sin referencia a otros textos normativos.

Todos esos caracteres daban el marco definatorio del Derecho, a lo que sumarían ciertas concreciones de tales características, con un cariz propio del Derecho Penal, como, por ejemplo, la taxatividad penal. Tales constituyen, *grosso modo*, los elementos trascendentales en la evolución de la comprensión y tecnicidad del principio de legalidad.

Dentro de la dirección esbozada, se llegaba a decir por J. Bentham, que cada hombre fuese su propio abogado. Esto es muy importante, pues muestra que la Codificación al erigirse sobre normas evidentes, se *construye* en su primera etapa como un proyecto destinado a la *presentación del material del legislador*, excluyente de la aplicación y de espalda a la innecesaria teoría reconstructiva del Derecho. Como corroboración, podemos observar que en los orígenes de la teoría del bien jurídico, éste era más bien un recurso meramente agrupador para la legislación estrictamente.¹⁴

Respecto a la reconstrucción normativa, se entendía que ésta era, o bien, trivial, porque sólo repetiría la ley, o bien, en el peor de los casos, perjudicial, oscureciendo la claridad de las normas legislativas, o bien, en el mejor de los casos, de utilidad muy marginal y reemplazable, pues sólo podría aclarar *alguna* deficiencia legislativa respecto de la cual debiese operar la llamada “ciencia legislativa”, que evitara el uso de la “dogmática”. De esta manera, la teoría jurídica en el ámbito reconstructivo era comprendida como un remedio secundario y peligroso, que la ciencia legislativa debía terminar por acabar.

Así se puede apreciar en Beccaria (una de las versiones más fuertes de la Codificación):

“No hay cosa más peligrosa que aquel axioma de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de las opiniones. Esta verdad que parece una paradoja a

las mentes más vulgares, más impresionadas por un pequeño desorden actual que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en una nación. Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería pues, el resultado de la buena o mala lógica del juez... dependería de la violencia de sus pasiones. De aquí que veamos ser castigados diversos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos. Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de la ley penal no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación”.¹⁵

para la sociedad... son clasificadas por tipos y registradas en el fichero”. CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia*. Trad.: FIX-ZAMUDIO, Lima: Ara, 2006, p. 61.

¹⁴ Así, HORMAZÁBAL, H., *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Santiago: Conosur, 1992, pp. 13-19.

¹⁵ BECCARIA., *De los Delitos y Penas*. Trad.: TOMÁS Y VALIENTE, Barcelona: Orbis, 1985, pp. 48 y 49.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. Nº 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Asimismo, la teoría de la Codificación al ser construida sobre los axiomas evidentes, seleccionados en la división de trabajo por el legislador, requería respecto de sus normas simplemente su aplicación ciega por el juez, a través del método *comparativo*. Se compararía la idea legal, evidente en las palabras, con el caso particular que se tenía de frente, produciéndose la aplicación con una evidencia mecánica; la condena o absolución del acusado no debía pasar por ninguna otra consideración del caso particular. La autonomía metodológica de la aplicación fue prácticamente borrada.

Un “pequeño gran paso” fue el afinamiento de la idea de *interpretación* (es decir, al nivel de reconstrucción de las normas). Inicialmente, sólo como la determinación de las combinaciones sistemáticas entre el articulado que se leía y, luego, como la búsqueda del sentido legislativo del articulado legal. No obstante, según apunta R. Pound, la actividad de aplicación permanecía subsumida en la interpretación.¹⁶ En ella no entraba ninguna consideración valorativa más que la determinación de los hechos y la letra de la ley; sobre ésta seguía rigiendo el viejo adagio de “*dura lex sed lex*”.

2.2.

Por supuesto, el trabajo de los abogados se desenvuelve inserto en un contexto. Éste es el de la Codificación. De tal manera que la labor sentenciadora de los jueces, la explicativa de los juristas y defensiva de los litigantes, es una labor codificadora (en sentido amplio). Para mejor comprensión de nuestro trabajo, se puede decir que nuestra labor está, no sólo permeada por la Codificación, sino que viene definida por sus cánones, aun en materia penal.

La vigencia de la Codificación es absoluta y es el único marco en que trabajamos. En tales márgenes es donde se forjó técnicamente por P. Feuerbach este principio¹⁷ y en el cual se ha desarrollado entre nosotros. Esto es, perseguir la certeza jurídica para los ciudadanos ante el poder penal y definir el medio de realización del principio de legalidad penal, en particular, a través del tipo de *lenguaje codificador* como única carta, dándole en consecuencia contenido técnico a las cuatro prohibiciones clásicas derivadas del principio de legalidad penal: 1) *lex scripta*, se necesita una ley que sea escrita que describa el delito a punir y su punición, 2) *lex praevia*, que la ley que se escriba no sea retroactiva al hecho mismo, 3) *lex certa*, que la ley sea precisa en su lenguaje descriptivo con relación a la construcción del tipo en cada artículo y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que impone cada artículo y 4), una continuación de aquélla, la *lex stricta*, que no se admita la analogía *contra legem*.

¹⁶ En verdad, R. Pound es bastante estricto en su apreciación, señala que se concibe “la aplicación del derecho como mero arreglo automático del caso mediante la aplicación de la norma o del recurso. Los ajustes, extensiones y restricciones inevitables, que implicaba la intención de la administración de justicia de esta manera, se encubren mediante la ficción de la interpretación, a fin de asegurar la seguridad general”. POUND, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trad.: BARRANCOS, B. Aires: TEA, 1972, pp. 69 y 70.

¹⁷ FEUERBACH, P., *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*. Trad.: ZAFFARONI y HAGEMAIER, B. Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

A mi juicio, toda esta configuración explica y pesa en el porqué algunos jueces tienen una fuerte tendencia a ser reacios a aplicar, por ejemplo, la teoría de los bienes jurídicos, frente a simplemente “aplicar la ley”. Así, también, lo hace respecto de la pretensión de los juristas de inducir las reglas desde el texto de un artículo directamente. Y, en la misma dirección, a sostener que la *norma* es lo que está primero desde el punto de vista metodológico, y que con base en ella se determina luego el valor y que hacerlo al revés, “es poner la carreta delante de los bueyes”.

Pero, como se esbozó, la Codificación no es un macroproyecto estático, sino que desde el punto de vista metodológico se encuentra en evolución, tanto normativa como argumentativa jurídica. Como toda evolución, presenta pequeños y lentos cambios o reformas abruptas, e incluso puede sufrir grandes cismas. De todo un poco ha pasado sobre este proyecto. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de observar que todos esos cambios no son, ni han sido, inocuos para las construcciones que se acogen en su seno. Esto implica que las modificaciones que obraron en él, así como los descubrimientos operados, y los trastoques en las disciplinas anexas en las que se apoyó su construcción, van a cerrar y abrir posibilidades de validez metodológica para las antiguas instituciones, pudiendo llegar a desconfigurar completamente el rostro de aquéllas, haciéndolas entrar en severa crisis relativa a su real posibilidad de existir en el mundo teórico-práctico del Derecho; cuestión a la que no quedó ajeno el propio principio de legalidad en materia penal.

3. Crisis del Principio

No obstante la existencia de las pretensiones del movimiento Codificador, nuestro principio no ha podido obviar también, caer, insensiblemente, en la crisis de todo el Derecho. Las pretensiones de certeza y seguridad jurídicas dadas por el lenguaje, son cuestionadas prontamente ya a fines del s. XIX y, en especial, a principios del s. XX. Dichas cuestiones se proyectan hasta la actualidad y se procede, consecuencialmente, al reconocimiento de lo que se buscaba rechazar: la discrecionalidad para el juez, y su libre arbitrio para decidir hasta dónde llega su poder punitivo de determinar, por ejemplo, una figura delictiva. En suma, por encima de la legalidad (penal) y no obstante los esfuerzos legislativos, el juez siempre podrá disponer lo que le plazca con su discrecionalidad, pero ahora peor aún, ¡inclusive contando con el *amparo del lenguaje legal!* Así, el juez frente a una oración normativo-legal (O_j) puede obtener, igualmente, diversas normas ($N_1, N_2, N_3, \dots, N_x$), que excluyan o introduzcan ciertos casos que otra variante interpretativa no los contemple. Por ejemplo en el caso de la estafa, un ciudadano imputado puede ser condenado por privarle a otro, mediante engaño, de los derechos de arrendatario de un inmueble, mientras que otra persona que haya efectuado exactamente la misma acción sobre el mismo tipo de objeto no lo sea. Estos problemas de la no determinación interpretativa y la discrecionalidad han dado lugar a una de las controversias más importantes del s. XX.¹⁸

¹⁸ Como señala L. Prieto Sanchís el “extraordinario desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica... pone de relieve el empeño actual en la superación de la tesis positivista de la discrecionalidad, esto es, el

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

3.1.

Lo primero a observar es algo bastante sabido a estas alturas. El lenguaje mediante el cual se expresa o manifiesta la legalidad penal, está construido con base en los *signos* o *símbolos*. Tautológicamente, podemos ver que la comprensión de esos signos que se contienen en nuestros códigos, pasa, precisamente, por lograr comprender o entender esos signos. Ahora bien, dichos signos constituyen manifestaciones del mundo físico, es decir, hechos. Pero en su calidad de hechos, éstos no tienen una significación o sentido en el mundo *físico*. Las significaciones y sentidos sólo se encuentran a cierto nivel del mundo construido por los humanos. En la relación de enlace entre uno y otro mundo, se da el principio de *arbitrariedad del signo*, que indica, en el fondo, que el signo, por sí mismo y observado desde el punto de vista físico carece de sentido o de significado, sin tener un lazo natural asociativo (sin perjuicio de una eventual potencialidad de indiciar nuestra decodificación)¹⁹. Así, por ejemplo, nada hay en la naturaleza que haga que el color verde lleve insito el sentido de pasar o de autorizado para algo, como cuando se está frente a un semáforo en dicho color.

De esta guisa, tenemos que los signos mediante los cuales se expresa la legalidad penal, ya están cargados por el manto de una arbitrariedad *prima facie*, sin tener asignados de manera natural un sentido o significado definido, más que por la intervención de la comunidad jurídica, en especial, del operador. Es éste quien le *adjudica* un significado o sentido a los signos de la legalidad penal. Ahora bien, es cierto que tenemos una serie de conceptos y significaciones asignados consensualmente por la comunidad a determinadas cadenas de signos, pero no lo es menos, que ello no impide un diferente uso por muy diversas causas y razones, según lo ejemplifica la evolución en el uso del lenguaje y otras, afectándose así las condiciones para la estabilidad del lenguaje, para los efectos de la certeza jurídica. Y esto nos muestra el punto de entrada para ver la horadación del principio ilustrado.

3.2.

La cuestión del lenguaje nos compromete con una toma de posición *epistemológica* más general: sobre la *seguridad del conocimiento* y las *fuentes de autoridad del conocimiento*.²⁰

Surge así el cuestionamiento de las fuentes de autoridad cognoscitiva y la carencia de certeza epistémica. El Derecho, expresado a través del lenguaje, se presenta a su destinatario como una situación más del mundo externo. El sustrato del lenguaje viene dado por signos físicos -según dijimos- y la ley penal se presenta a través de ellos. De ahí que

empeño por ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica...” PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, México DF: Fontamara, 1997, p. 43.

¹⁹ Vid. un resumen en GÓMEZ, A. y BRUERA, O.M., *Análisis del Lenguaje Jurídico*. B. Aires: Editorial de Belgrano, 1984, pp.13-17. También puede verse, ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad.: CARRIÓ, G., B. Aires: Eudeba, 1994, p.109.

²⁰ Vid. POPPER, K., “Sobre las Fuentes del Conocimiento y la Ignorancia” en: *Conjeturas y Refutaciones, El Desarrollo del Conocimiento Humano*. Trad.: MÍGUEZ y GRASA, Barcelona: Paidós, 2003, pp. 23-54.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

tales signos, en particular, escritos (manchas en un papel), se encuentren fuera del ser humano receptor de los mismos; el problema estriba en el *acceso* que tenemos a ellos y a la intención comunicativa de las demás personas, igual que respecto del resto de las cosas externas. Sin acceso, no hay conocimiento cierto posible.

Pero, también, luego de visto aquel problema, surge otro: qué tan *confiables* son nuestras *fuentes* de acceso al mundo. En el evento de no ser confiables, se encontraría gravemente afectada nuestra capacidad de conocer.

Pues bien, dado que los mencionados signos externos, así como las intenciones de su autor, se hallan fuera de la mente humana del receptor, nuestro único acceso a ellos viene mediatizado. No hay un acceso directo por parte de ninguna persona al mundo externo. ¿Existe realmente algún tipo de acceso al mundo de los signos externos y de las intenciones? Nuestra captación de aquéllos -desde nuestra infancia- viene mediatizada por los sentidos, los que vienen a constituir una de nuestras “fuentes”. Pero, nuevamente, un compromiso con la “teoría de la percepción” (en sentido amplio), nos indica que tal captación del mundo externo, provoca la desintegración del estímulo periférico, el cual es transformado en impulso eléctrico, por una determinación evolutiva, y llevado al cerebro humano para su reconstrucción, sobre la base de ciertos preconceptos o supuestos que contiene nuestra mente (y que jamás han estado fuera de ella).

El punto estriba en que tal “*fuerza* de autoridad del conocimiento”, no es tal, sino que sólo *media* entre el mundo externo y la mente, permitiendo hacer posible la *reconstrucción* mental con la pretensión de *coincidir* con lo externo (de acuerdo a los procesos biológico-evolutivos y culturales adquiridos correcta o incorrectamente). Y digo sólo que “*media*”, pues el estímulo comunicativo del signo, se agota en la periferia sensorial, y su reconstrucción ya depende de otros factores que no son el estímulo externo o el signo mismo, sino, insisto, el impulso eléctrico y los contenidos mentales (determinados evolutivamente y por la experiencia). Nuestra mejor opción cognoscitiva, es que nuestra reconstrucción así determinada, pueda ser en parte o alguna medida *coincidente* con la realidad exterior. Pero para saberlo, se está sujeto a la misma condición inicial, es decir, con los mismos medios, en una repetición de nunca acabar.

Ahora bien, es posible que la cuasi-automaticidad de nuestro manejo del idioma dé una falsa imagen con respecto a la evidencia absoluta de nuestro lenguaje, pero ello también depende de una compleja gama de procesos mentales que operan en nuestro cerebro, y cuyas falencias aun en la comunicación con nuestras personas más cercanas -como las parejas- pueden producir radicales desencuentros comunicativos o informativos y de confianzas. Desde el punto de vista jurídico, D. Kennedy nos muestra con razón que, incluso el proceso de reflexión sobre el Derecho basado en nuestra *memoria* sobre lo aprendido en el pasado, tiene fuertes rasgos de aproximación meramente *tentativa*,

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

operando con fragmentos de información, carentes de precisión y exactitud necesaria.²¹ En suma, también, nos enfrentamos a una reconstrucción interna de experiencias mentales ya pasadas.

En parte, todo aquello nos muestra que no tenemos fuentes de autoridad del conocimiento, que hagan accesible de seguro a todos, de manera objetiva, el mundo externo, como los signos del lenguaje escrito (ni de los estados mentales ajenos), y que el proceso del conocimiento sobre el Derecho y la ley escrita se encuentra, y se encontrará *siempre*, bajo el manto de la *incertidumbre*.²² Esta situación ya asentada en la epistemología del s. XX, a mi juicio es pasada por alto, por gran mayoría de los juristas y los filósofos del Derecho, y tiene enormes repercusiones sobre la forma de enfocar el problema jurídico y la dinámica de la fijación de su contenido (el mal enfoque de la derrotabilidad es un ejemplo de ello).

A mi juicio -y en esto no voy a decir nada nuevo- la mejor opción es el conocimiento por *conjetura*.²³ Es decir, ofrecer *hipótesis* sobre: los signos que tenemos de frente en un Código y qué es lo que pueden decirnos dichos signos. El resultado de ello será sólo una conjetura *provisional* sobre el posible sentido de la ley penal, como todo nuestro conocimiento, y, por tanto, siempre será susceptible de modificación, tanto de perfeccionamiento como de involución.²⁴ No hay certeza sobre si los cambios son para mejor o peor. Se puede creer que las correcciones reconstructivas son mejores, pero la ausencia de fuentes de autoridad cognoscitiva evita tener un resultado cierto.

Esto último nos sugiere un cambio de concepciones. Un desalojo de la idea de certeza objetiva o epistémica, a la que cualquiera puede acceder, y su reemplazo por la de certeza subjetiva, como una situación psicológica de creencia en algo, que puede ser resultado de cualquier operación cognoscitiva, incluso meramente intuitiva.

Especificando aún más las cosas, ya vemos que lo que podemos ofrecer es sólo una *conjetura* reconstructiva de la norma. Es por eso que podemos distinguir entre: la *oración* normativa que se nos presente, como cadena de fonemas, y la reconstrucción de su *sentido*, como norma reconstruida. De esto surge la distinción entre la oración normativa y el sentido normativo como conjetura de norma misma que se le atribuye a la primera. Pero los problemas no quedan allí.

3.3.

²¹ KENNEDY, D., *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*. Trad.: POMBO y LÓPEZ, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 100-102. El problema estriba en que el cerebro guarda a nivel celular los recuerdos, codificados biológicamente, sobre los cuales debe volver a reconstruirse la experiencia pasada.

²² Este problema puede reproducirse tomando el Derecho como *costumbre* también.

²³ POPPER, “Tres Concepciones sobre el Conocimiento Humano” en: *Conjeturas*, cit. nota n° 20, pp. 149 y ss.

²⁴ Vid. GANDULFO, “La Validez”, cit. nota n°7, pp. 502-511, pp. 521-532. En similar sentido, pero en otro marco teórico CARDOZO, B., *La Naturaleza de la Función Judicial*. Trad.: PONSSA, E., Granada: Comares, 2004, p. 14.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Podemos observar la situación de la reconstrucción, no como una del tipo consensual sino en *conflicto*, como en un proceso penal o en una simple disparidad de criterio académico.

Frente a aquella situación, el lenguaje parece no ofrecer mucho dique de contención, pues, desde el punto de vista del lenguaje, los resultados interpretativos basados en él, sólo nos conducirán a un *marco de posibilidades* igualmente válidas. Esto viene causado, principalmente, por la pretensión generalizadora de la Codificación. La estructuración del ordenamiento jurídico desde normas generales a menos generales o particulares hace que la norma superior, como la ley penal, pueda también orientar el contenido de la norma inferior, aunque no absolutamente. No puede detallar unívocamente, de manera absoluta, el acto por el cual debe ser aplicada. Como reconoce H. Kelsen, si bien la norma superior determina el contenido de la inferior que se instaurará, hasta “la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones”, constituyendo así el marco de posibilidades para la libre discrecionalidad.²⁵

Pero ello no es sólo en términos de cantidades de espacio que deja el principio, sino también cualitativos. En tal sentido, el propio Kelsen reconoce que el lenguaje normativo, términos o secuencias de palabras, puede estar afecto, por ejemplo, a problemas de ambigüedad, pudiendo el acto de aplicación configurarse de tal suerte que corresponda a uno u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; sin perjuicio de otras discrepancias entre el significado “regular” de una expresión y la voluntad del potestado normativo²⁶. En consecuencia, tenemos entonces que el lenguaje normativo también puede constituir un *marco del marco* de posibilidades para el intérprete.

“Actualmente hay acuerdo unánime en el sentido de que... [la] concepción mecanicista del juez es impracticable” señala C. Roxin. “Todos los conceptos que emplea la ley... admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo con los conceptos normativos... sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos... el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado”.²⁷

La conclusión es que el único resultado que cabe determinar desde el punto de vista lingüístico, es un *marco* más o menos abierto *de posibilidades legalmente iguales*. La interpretación no va a conducir, de manera necesaria, a una solución única, que sería la exclusivamente legal. Se pueden presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico, sean todas en principio de igual valor, si están de acuerdo con la apertura de la

²⁵ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Trad.: VERNENGO, México DF: Porrúa, 2002, p. 350. Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. “La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”. Recogiendo dicha aplicación, ZIPF, H., *Política Criminal*, Trad.: MACÍAS-PICAEVA, Jaen: EDERSA, 1979, p. 90. En igual sentido, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edic. Trad.: CUELLO; SERRANO, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 95.

²⁶ KELSEN, *Teoría*, cit. nota n° 25, p. 351. Sobre las formas de ambigüedad, sean semántica, sintáctica o pragmática, puede verse GUASTINI, R., “Problemas de Interpretación”. *Isonomía* n° 7 (1997), p. 125-129.

²⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*. Trad.: LUZÓN *et al.*, Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 148.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

oración normativa por interpretar. Es decir, a lo que podemos aspirar es al marco conjetural de posibilidades igualmente válidas, sea en el aspecto cuantitativo o cualitativo.

3.4.

Ahora bien, si pensamos en el problema conjetural, tenemos que la claridad del lenguaje puede entenderse, sólo como un *consenso* entre muchas personas, en especial, influyentes en la toma de decisiones, sobre cómo se entiende una determinada oración. Una oración sobre la cual todos coincidimos en su comprensión -conjetural- no ofrece mayor oscuridad se dice (en realidad, no ofrece mayor conflicto). No obstante -y en esto Perelman tenía razón-²⁸, si *ponemos otra hipótesis reconstructiva* sobre la norma clara y ofrecemos varias razones positivas en pro de nuestra hipótesis y varias negativas respecto de la tradicional, las cosas no aparecerán tan claras en las razones, y el sentido tenderá a bifurcarse.

Los juristas cuentan en su arsenal argumentativo, para lograr lo anterior, con un instrumento de antigua data: la *distinción*. Mediante ella puede lograrse que aun dónde exista consenso base, se logre separar y así restringir el dominio de los casos que pueda tener una norma; de ahí que si alguien pudiese ser penado por una norma ‘X’, mediante tal estrategia puede ser sacado el caso de dominio tradicional, para ponerlo, o bien, en uno penalmente más grave, o bien, en uno eximido, o bien, más atenuado. Por lo que, la flexibilidad del lenguaje estará al servicio de las mentes más sagaces en materia reconstructiva.

3.5.

El párrafo anterior nos da pie para ofrecer una reconstrucción de una vieja idea: la de la *textura abierta del Derecho* (o posibilidad de vaguedad) en relación con la afectación a la ley penal.

No obstante que la ley penal, con su carácter de generalidad, pueda ofrecer un marco conjeturado de posibilidades, es factible que el lenguaje, como proceso, pudiese tener ciertas circunstancias de atenuación del problema de su apertura. En el lenguaje se hace uso de palabras clasificatorias generales, tales como ‘el que mate a otro’ o ‘el que se apropie de cosa mueble ajena’, que cubren a una gran variedad de instancias o casos singulares. Si bien en la utilización de dichas palabras habrá “casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son aplicables”²⁹, esto ocurre siempre a raíz de que habrá *consenso* acerca de cierto alcance *nuclear*³⁰ (debe dejarse en claro que, tal consenso siempre será conjetural entre y para todos). Sin embargo, no hay

²⁸ Vid. PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Trad.: DÍEZ-PICAZO, Madrid: Civitas, 1988, p. 54.

²⁹ HART, H.L.A., *El Concepto del Derecho*, 2ª edic. Trad.: CARRIÓ, G., México DF: Editora Nacional, 1980, p. 157.

³⁰ P. Navarro señala que “normalmente existen convenciones básicas acerca del alcance de las normas que sólo es conveniente explicitar en situaciones muy especiales”. NAVARRO, P., “Acerca del Razonamiento Jurídico”, *Revista de Ciencias Sociales. Sobre el Razonamiento Jurídico*, n° 45 (2000), p. 79.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. Nº 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

nada de mecánico en la aplicación de una norma general al caso particular; es por ello que H.L.A. Hart dice que la aplicación en los casos obvios o claros “parece ser ‘automático’”.³¹

Pero siempre habrá casos que escapan de ese consenso, que quedarán en una zona de penumbra en su aplicación (es decir, en *vaguedad*). No obstante que se utilice “una forma lingüística no ambigua”, el empeño de regular por adelantado todos los casos posibles choca con una limitación humana: nuestra falta de conocimiento sobre eventos futuros. Este problema se proyecta en dos subclases de problemas: uno de raigambre natural y otro con ribetes axiológicos. “El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos” en relación con las nuevas circunstancias que puedan suscitarse.³² Es así que el primero se trata de la ausencia de conocimiento de todos los rasgos que posee la realidad y de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar; sea por el avance de la tecnología, novedades de la naturaleza o incluso la falta de previsión o conocimiento de ciertos hechos actuales, etc. Ejemplo, el art. 244 CP dispone: “El empleado público que abriere o consintiere que se abran, sin la autorización competente, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada”. La pregunta que se avizora es, si los documentos electrónicos pueden o no entrar en la idea de documento cerrado, por su calidad de electrónico, que en nada se asemejan a los que tuvieron en vistas los redactores del Código y si la *password* permite calificarlos como “documentos cerrados”. Pero las consecuencias de la primera situación no se quedan allí, sino que se proyectan al ámbito axiológico. Porque al construir una norma y someterse a las combinaciones de circunstancias, éstas pudiesen acarrear que los resultados del contexto de aplicación sean contra intuitivos desde el punto de vista de valores involucrados, ya no sólo de la norma en principio aplicable, sino de los concurrentes al caso particular, lo que genera una incertidumbre sobre el significado del lenguaje de las normas. Ejemplo, si una norma sanciona como delito falta la entrada de vehículos a los parques de áreas verdes, con el propósito de velar por la paz y la tranquilidad, y unos adolescentes quieren entrar con sus autos de juguetes a control remoto a un parque, los bienes de la paz y tranquilidad puestos en relación, por la combinación de circunstancias, con el interés de los adolescentes en el desarrollo de su libre esparcimiento pasarán a chocar. Este choque producirá, por cierto, una duda sobre el amoldamiento de los valores en juego y así del real alcance que tenga el significado de “vehículos” que está contenido en la norma sancionatoria. Hart concluye que “todas las reglas jurídicas son ‘abiertas’, de tal manera que es un error “creer que los conceptos jurídicos son *precisos y cerrados*, en el sentido de

³¹ HART, *El Concepto*, cit. nota nº 29, p. 158. Previamente se puede ver el argumento en el año 1953 en ROSS, *Sobre el Derecho*, cit. nota nº 19, p. 111.

³² HART, *El Concepto*, cit. nota nº 29, pp. 156-161. Pero el problema no se salva con el lenguaje concreto, en el cual se hace un uso mínimo de palabras clasificadoras generales, y en el cual la comunicación o enseñanza procede a través de casos particulares. Este subtipo deja siempre dudas con respecto a otros casos, pues se está enjuiciando un singular, por medio de otro singular, en donde pueden rescatarse múltiples características. Y en el sistema del precedente, siempre es posible vadearlo por más que sea preciso el lenguaje del precedente y se trate de una situación similar, “restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo una excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. Es nuestra vieja conocida arma argumentativa del ‘aquí hay que distinguir’: “Este proceso de ‘distinguir’ el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso precedente”.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

que es posible definirlos exhaustivamente en términos de conjunto de condiciones necesarias y suficientes”.³³

Ahora bien, dado que la vaguedad está definida en la relación de los casos oscuros con los claros, y nuestro conocimiento de los nuevos casos que traigan consigo oscuridad es totalmente limitado e incierto, entonces carecemos de un criterio definitivo para determinar cuándo un término tiene mayor vaguedad que otro, en términos absolutos. Por ejemplo, podemos tener un término ‘A’, que tenga una claridad de 10 subclases de situaciones, y en 3 subclases sea oscuro, mientras que podemos tener otro ‘B’, que tiene 5 subclases claras y 4 oscuras, según nuestro conocimiento actual de los casos que se han dado. Pues bien, podría ser que en la realidad, el término ‘A’ tenga 35 subclases de casos potencialmente oscuros, y el ‘B’ mantenga sus 4 oscuras; pero, en verdad, con esa información nunca podremos contar, y sólo podemos ver que dicha situación irá variando en el tiempo. La consecuencia es que se vuelve muy incierta la elección del mejor término para usar en la legalidad, y para el control constitucional de la precisión del lenguaje; por este sólo criterio de la vaguedad, se vuelve muy opaca la elección de que un término sea menos vago que otro en términos absolutos.³⁴

A lo anterior, se suma el siguiente problema de vaguedad, ya no desde el punto de vista cognoscitivo, sino, al decir de Th. Endicott,³⁵ estrictamente *lingüístico*. Trae a colación ciertos problemas bien conocidos de algunos términos que son recalcitrantes a la precisión o delimitación, como es el conocido tema del “calvo”. En Derecho podemos ver que, por ejemplo, el término “crueldad”, en el maltrato de animales del art. 291 bis CP, no tiene la precisión de cuánto menoscabo se requiera para delimitar una situación límite como de cruel o no. Es un tratamiento cruel mutilar a un perro, pero golpearlo no necesariamente lo es ¿Cuántos golpes se necesitan para que un tratamiento sea considerado cruel? Esta pregunta nos evidencia que es un caso no bien delimitado. Generalmente, esto se resuelve con una precisión legislativa o jurisprudencial mediante una convención, pero no siempre es posible o conveniente dar ese tipo de soluciones. Sea como fuere, al tener que recurrir a criterios convencionales, fuera de la norma legal misma, implica dejar un amplio margen para la discrecionalidad, y liquidar la idea de precisión de los tipos penales desde el punto de vista semántico.

3.6.

Existe aún otra cierta falta de precisión de las palabras. Si bien éstas son elementos nucleares de las oraciones, su sentido es susceptible al contexto en que se encuentren.

³³ HART, H.L.A., “El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna” en: MORESO y CASANOVAS (Comps.), *El Ámbito de lo Jurídico*, Trad.: MORESO, Barcelona: Crítica, 1994, pp. 113 y 114.

³⁴ Vid. la apelación de J.J. Moreso a los grados de indeterminación para establecer la precisión del lenguaje legal penal. MORESO, J.J., “Principio de Legalidad y Causas de Justificación (sobre el Alcance de la Taxatividad)”, *Doxa* n° 24 (2001), pp. 527 a 532.

³⁵ ENDICOTT, Th., “Ronald Dworkin y las Consecuencias de la Vaguedad”, Trads.: MORESO y NAVARRO, *Doxa* n° 19 (1996), pp. 380-383.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Específicamente, las palabras *sólo tienen su significado en el contexto de la oración*, porque es allí donde se define, al final, su uso, más allá de la mente del emisor³⁶. Por ejemplo, la palabra “resolución”, o bien, “violación” aisladamente consideradas, nada pueden decir sobre qué estamos hablando.

Tanto los términos como las partículas gramaticales tienen sentido, en tanto contribuyen al sentido de las oraciones en que se contienen. Así, por ejemplo, los diversos resúmenes tipo diccionario (o “definiciones”), que una misma palabra pueda tener, sólo serán concretadas en medio de la oración de que se trate. Por ejemplo, en el caso de “resolución”, diferente es su sentido si está en el contexto de una oración civil (que apunta a la extinción del contrato por incumplimiento de las partes), procesal (a un acto procesal judicial), penal (a la decisión criminal) o del consumidor (calidad de imagen). Lo mismo ocurre con “violación”, en el contexto de una oración sexual (que se refiere al yacer forzosamente o sin voluntad) o en el contexto de una oración respecto al hogar (que apunta a la entrada a un domicilio sin autorización del dueño o de la judicatura).

Pero, más allá del uso de acuerdo con las definiciones, la concreción de un término en la oración puede hacerse por el emisor, con falta de correspondencia con la definición contenida en diccionarios, de manera intencionada o no.³⁷ Incluso los fallos en el uso regular de un término pueden, eventualmente, transmitir la información que pretende el emisor, pero con el costo del riesgo del fallo en la comprensión de la oración. De hecho, entre más extensa sea la producción legislativa, como en los códigos de la Codificación, mayor riesgo hay en la presencia de dichos errores y más compleja se vuelve la corrección de los mismos, por lo que entra a operar la comprensión correctora, o incluso extensiva, del sentido regular. Por ejemplo, el art. 96 CP enuncia el término “*interrupción*” para indicar la pérdida del tiempo de la prescripción, y luego, en su segunda parte, regula la “*suspensión*”, pero concluye el enunciado, a los efectos de indicar que ha finalizado la suspensión, usando el término “*interrupción*”. En el ejemplo se ha entendido -en el marco de la oración sobre la suspensión- que el segundo término “*interrupción*” alude a la detención de la prescripción sin pérdida del tiempo transcurrido, es decir, la *suspensión*, asignando así un sentido diferente al que usualmente le adjudicamos a aquel término.³⁸

Por ello es que, como señala A. Ross, es un error creer que “el significado de una expresión [oración o enunciado] es el resultado de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman”³⁹ (pues si no fuese así, en nuestro ejemplo habríamos tenido que entender que se perdía el tiempo anterior, conduciendo así a ciertos absurdos). En cierta

³⁶ FREGE, G., “Los Fundamentos de la Aritmética”, en: *Escritos Filosóficos*. Trad.: MOULINES, Barcelona: Crítica, 1996, p. 38. Vid. *supra* nota 11.

³⁷ En la legislación civil también se pueden ver ejemplos de este problema, como cuando se usa la palabra “nula” en la resciliación de mutuo acuerdo en vez de simplemente ‘dejar sin efecto’, art. 1567 inc. 1 CC.

³⁸ A su vez, en este ejemplo se muestra que no se puede confiar en que un mismo término, que aparezca dos o más veces en el mismo inciso de un mismo artículo, tenga o mantenga el mismo sentido en dicho inciso.

³⁹ ROSS, *Sobre el Derecho*, cit. nota n° 19, p. 110. “Las palabras individuales carecen de significado independiente, sólo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen. Si uno dice ‘gato’ en forma aislada, esto nada significa”.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

medida se produce una *cierta circularidad cooperativa* entre el sentido de la oración y el sentido de los términos que la componen.

Esta situación o estatus de las palabras agrega un elemento de incertidumbre, para la regla de restricción a la generalización, por la no determinación *a priori* del uso, y no poder estimar otra palabra de la oración, porque vuelve a repetir el problema. Al tomar la oración como un todo, permite en principio una mayor apertura en las posibilidades reconstructivas de las normas.

3.7.

Agréguese a lo ya expuesto, que la determinación del significado de las palabras viene, además, *afectada por el contexto cultural*, que *varía con el paso del tiempo*. El uso general de las palabras dentro de un cierto marco no es necesariamente estable. La comunidad lingüística de que se trate va imponiendo modificaciones a la extensión de las palabras, por modas, necesidades, errores, etc. De tal suerte, la movilidad temporal del lenguaje hace que el legislador no pueda controlar el sentido ordinario de las palabras, a lo largo del tiempo.

Así, por ejemplo, J. Stone señala que, “haga el legislador lo que haga, las consideraciones semánticas indican que no puede fijar el significado ‘ordinario’ que habrán de encontrar todos los intérpretes futuros al hacer su interpretación literal”. Y agrega que el “significado ordinario debe buscarse en el uso y en la situación social donde ahora surge la cuestión... El codificador inteligente debe reconocer desde el principio, que su trabajo deberá completarse por generaciones sucesivas”.⁴⁰

3.8.

Por su parte, las construcciones del tipo de la Codificación, tienen una *pretensión sistemática*. Esto que pretende ser beneficioso, puede acarrear serios problemas a la certidumbre. La sistematicidad del ordenamiento trae como consecuencia la interconexión normativa. Es por ello que la determinación del dominio de casos de una norma, no vendrá de forma unilateral por un artículo de la ley penal, como entendía la pretensión formularia del lenguaje, sino que, por el contrario, dicho dominio estará interconectado o imbricado con el dominio del resto del articulado, de manera no definida *a priori* por la ley.

Esto puede provocar una indeterminación en el resultado de la reconstrucción de la validez de una norma, y así traer bastantes restricciones o ampliaciones determinadas *ex post* por el sólo hecho de esta interconexión.

La pretensión formularia en su faz de ‘*un artículo una norma*’ no pasa de ser eso, pues la apertura del lenguaje lleva en los hechos a que en diversas situaciones se produzca un entrecruzamiento del dominio de casos de las oraciones normativas. Esta situación que los

⁴⁰ STONE, J., *El Derecho y las Ciencias Sociales*. Trad.: JASSO, México DF: FCE, 1978, pp. 97-101.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

penalistas conocen muy bien, en *una* variante, de nombre “concurso aparente de leyes penales”, es una muestra de dicho problema. El clásico dilema de la comunicabilidad o incomunicabilidad del título al *extraneus* de, por ejemplo, malversación y su competencia con los tipos de estafa y apropiación indebida, son un ejemplo más de este problema en concreto. O bien, las cuestiones de comprensión de los fragmentos o modalidades de tipos contruidos sobre tipos base. Y, por supuesto, lo más complejo es la interacción de la parte especial con la general del CP.

Lo expuesto, claramente, puede provocar la indeterminación en el resultado final de qué es lo que *deberá* resultar aplicable en el caso particular. Asimismo, puede haber una intervención de derrotabilidad normativa o excepción implícita para la restricción de la aplicación de una norma, o bien, puede operar un mecanismo ampliativo (implícito), de normas cerradas para efectos de ampliar la punición.

También puede ocurrir que la solución final no se encuentre en la ley punitiva, sino que, por la interconexión, se deba recurrir a otras normas legales, de calificación no penal, para complementar las pautas de conducta típica. Así, por ejemplo, hablando del delito de falsificación de documento público del art. 194 CP, tal documento no viene definido por la ley penal, por lo que surgen varias opciones. Una es la opción legal, ya que es el Código Civil (en adelante, CC) en su art. 1699 en relación con el art. 17 CC, el que presenta una definición legal. A su vez, dentro de ella se alude al “funcionario competente”, y para saber cuándo se es un funcionario competente, la ley administrativa o registral determina su investidura. Ahora bien, ésa es sólo una posición, pues bien puede ocurrir que los penalistas sostengan que el concepto de documento público protegido por el Derecho Penal, es autónomo del resto de las normas, y sea recreado por el teórico penal, etc.

Así, la sistematicidad, por un lado, implica, a lo menos, una mínima abertura, que contribuye a la incertidumbre en la solución final y, por otro, hace más compleja la determinación de la suficiencia y especificidad del lenguaje legal de los tipos.

3.9.

No obstante, se puede ver otro aumento en la complejidad de la determinación del lenguaje. La oración normativa no tiene tampoco un sentido fijo, determinado de manera *a priori*. La causa está en que las *oraciones son sensibles al contexto discursivo*.

Por ejemplo, una conocida frase, “Juan lo hizo lentamente, deliberadamente, en el cuarto de baño, con su cuchillo, a medianoche”,⁴¹ puede tener diversos sentidos según el contexto que la acompañe. Si se le agrega la oración “Juan se levantó con dirección a la cocina, y su madre le dijo: ‘Recuerda que no puedes comer después de las diez de la noche’, y éste respondió ‘sólo voy al baño mamá’, mientras cogía un trozo de pan y la mantequilla...”, Mas, el significado difiere al sumarle esta otra oración: “Juan ya no soportaba más la

⁴¹ El ejemplo lo extraigo de DAVIDSON, D., “La Forma Lógica de las Oraciones de Acción”, en: *Ensayos sobre Acciones y Sucesos*. Trads.: HANSBERG *et al.*, México D.F. y Barcelona: Unam-Crítica, 1995, p. 133.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

existencia de su mujer a su lado, por lo que planeó su suicidio para cuando ella durmiera...”, etc. La explicación más profunda de ello está en que el resto de las oraciones que se agregan, se entrelazan lógicamente con la primera, delineando la construcción del discurso y, en particular, su dirección.

También puede ocurrir, que la reconstrucción teórica de una figura no sea monopólica por parte de una sola teoría. Puede, perfectamente, tratarse de una competencia de teorías, sobre toda la figura, partiendo cada una de *bases diferentes*. La variación teórica básica de optar por una u otra, va a afectar el núcleo significativo de la atribución de sentido de las oraciones normativas de la figura de que se trate, lo que puede volver más insensible al lenguaje en relación a la unicidad de resultado, afectando incluso al núcleo consensuado de los términos de la ley, del que habla Hart. En suma, el cambio teórico cambia el sentido de los mismos términos legales (Feyerabend y Kuhn).⁴² De ahí que tal cambio pueda acarrear que, lo que no era penado antes, ahora sí lo sea, y lo que lo era, ya no lo fuese. De esta guisa, el punto de partida de las teorías penales, en especial, del bien jurídico protegido, logra la variación del dominio de casos de las oraciones legaliformes.

Por ejemplo, en materia de autoría y complicidad, es bien conocida la situación de la oración del numeral 3° del art. 15 CP en relación con el art. 16 CP. De acuerdo a la teoría tradicional, los “concertados para la ejecución... [que] lo presencian sin tomar parte inmediata en él”, del numeral 3°, era cualquier persona que, en general, actuaba junto con el ejecutor del delito, para la realización del hecho, a efectos de una eventual remoción de obstáculos, pero siempre bajo el criterio del acuerdo expreso (y no de la simple convergencia dolosa). Como explicaba E. Novoa, esto acarrió “un mayor ensanchamiento del concepto de autor”.⁴³ Por su parte, mediante la estrategia de poner ciertas *bases teóricas* traídas de la dogmática alemana del s. XX -en particular de Roxin- tenemos que bajo la explicación de S. Yáñez, los concertados son los que tienen un dominio funcional del hecho, lo que, a su vez, repercute en la comprensión del art. 16 CP sobre complicidad; y culmina en un cierto encogimiento de la extensión para ciertos casos de la autoría, y ampliación en los de complicidad, haciendo caer a los casos del vigilante o “loro”, fuera de la autoría. Lo interesante de este ejemplo, es que la discusión que se da en ella, precisamente se produce con conciencia de que la estrategia del cambio teórico, arrojará

⁴² En el mejor de los casos, podría hablarse del núcleo de los términos sólo dentro de cada teoría, variando de una teoría a otra, si tienen supuestos inconsistentes entre sí. FEYERABEND, P., *Límites de la Ciencia, Explicación Reducción y Empirismo*. Trad.: PÉREZ et al., Barcelona: Paidós, 1989, pp. 114 a 119, y 125 y ss. Sobre el carácter localmente holista de los cambios revolucionarios en la ciencia KHUN, Th., “¿Que Son las Revoluciones Científicas?”, en: *¿Que Son las Revoluciones Científicas? y otros Ensayos*. Trad.: ROMO, Barcelona: Paidós, 1989, pp. 55 y ss.

⁴³ E. Novoa agregaba que “por razones prácticas prefirió la ley un concepto muy extensivo, que de hecho se aparta del significado común de la palabra *autores* y que incluye actuaciones que propiamente no caben en ellas”, por lo que concluye en relación al significado de los enunciados sobre complicidad en el Código que “es muy natural que tal ensanchamiento del concepto de autor tenía que hacerse a expensas del cómplice que, en nuestra ley quedó *reducido a su más mínima expresión*”. NOVOA, E., *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II, p. 206.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

una alteración conceptual, ya no sobre las palabras sino sobre las propias oraciones.⁴⁴ Y de pasada nos muestra la influencia decisiva de la teoría sobre la legalidad.

3.10.

En concordancia con el punto anterior, la concepción sobre el principio de legalidad penal *excluye en demasía a la “Teoría” de su conformación.*

En efecto, la práctica jurídica usa la teoría como un componente fuerte de la reconstrucción de la legalidad y de su aplicación; en otras palabras, la información sobre el Derecho Penal depende con mucho de elementos extraliterales. Así, por ejemplo, la teoría jurídica ha agregado elementos fácticos a los supuestos operativos para la configuración del delito de estafa. El art. 473 CP, que contiene el tipo básico del delito de estafa, señala: “El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo será castigado...”. Pues bien, la teoría agrega dos supuestos: uno es el desplazamiento patrimonial, no contemplado expresamente en la norma, ya que el perjuicio puede suponerlo, pero no necesariamente la defraudación y, el otro es un requisito temporal, al señalar que el engaño debe ser *previo* al desplazamiento. Estas precisiones son de capital importancia: pueden hacer que un hecho “caiga” en una simple defraudación como la apropiación indebida y allí sea no punible⁴⁵; lo que muestra que en el contexto de aplicación tales precisiones se revelen con especial fuerza, en donde esos pequeños cambios vuelven muy compleja la acreditación de los supuestos del delito de estafa.

Con mayor razón puede verse la *teoría del bien jurídico*, que domina la interpretación de la reconstrucción penal y que hace depender de ella la casi total comprensión del tipo penal⁴⁶. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago ha identificado el punto en su relevancia positiva y negativa, señalado que “con el propósito de resolver acerca de la ocurrencia del delito de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes..., resulta necesario razonar teniendo en consideración el bien jurídico protegido en la norma... porque sólo desde esa posición

⁴⁴ YAÑEZ, S., “Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno”, *Revista de Ciencias Penales*. v. 34, n° 1 (1975), pp. 49-64. Dentro de la estrategia se esboza una selección negativa: “para diferenciar la autoría de la participación no puede recurrirse en nuestro derecho a la ‘teoría de la simultaneidad’ o ‘de la actuación antes o durante el hecho’ desarrollada por la jurisprudencia italiana en la Edad Media y aún imperante en el derecho angloamericano” (*id.*, p. 53) y se agrega más adelante que “a nuestro entender la doctrina chilena está equivocada y ello se debe, en gran medida, a que no ha podido desprenderse del trasfondo doctrinal de la disposición española [la doctrina de la cooperación necesaria]” (*id.* p. 59); y una positiva: dice que el art. 15 n° 1 se mantiene en una concepción objetivo-formal y éste “puede ser vinculado a la concepción del ‘dominio del hecho’” (*id.*, p. 58), a lo que concatena como base para interpretar el numeral 3°, el que en la “coautoría también tiene especial relevancia el concepto de dominio del hecho. Roxin habla de un dominio del hecho ‘funcional’...” (*id.*, pp. 59 y 60).

⁴⁵ Vid., por ejemplo, YUBERO, J., *El Engaño en el Delito de Estafa*. Santiago: Conosur, 1993, pp. 33 y 34.

⁴⁶ Obsérvese que el cuestionamiento de G. Seher, a la función del bien jurídico, se refiere a éste como elemento de crítica, pero deja relativamente a salvo su función hermenéutica. SEHER, G., “La Legitimación de las Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico”, en: HEFENDEHL (Edit.), *La Teoría del Bien Jurídico*. Trad.: ALCOCER, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 69-72.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

podrá advertirse el sentido que debe darse a la conducta típica... y distinguir el mencionado delito de la coparticipación en las restantes figuras de dicha ley”.⁴⁷

Mirada las cosas desde la extensión de los delitos podemos observar la figura de la estafa. Si se aplica la teoría de la afectación del derecho de propiedad sobre las oraciones normativas del art. 473 CP, el significado de dichas oraciones no se extiende a penar a quien engaña y priva de los derechos de arrendamiento sobre alguna cosa, mientras que al optarse por la teoría de la afectación de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, queda más amplio el significado de la oración y puede abarcar más casos que la teoría anterior.⁴⁸

De aquello resulta, además, una pérdida de pureza de los llamados “elementos descriptivos” del tipo penal. Observemos que aun para el uso de elementos terminológicos de tal cariz, como “yacer”, su comprensión pasa en buena medida, por la comprensión valorativa previa del bien jurídico comprometido. Como bien señala E. Cury, si entendiéramos el término de manera puramente descriptiva, entonces caeríamos en el absurdo de abarcar con el término “yacer”, como indica la oración del n° 3 del art. 363 CP, sobre violación, al médico que fatigado por el sueño, luego de velar en la noche a una infante, se recuesta en la cama a su lado para descansar un momento, mientras aquella duerme⁴⁹. Reforzando esta misma idea, S. Politoff indica que los ingredientes de la tipicidad son inseparables de los bienes jurídicos tutelados a través de la respectiva figura legal y de la forma de lesión o peligro que se quiere evitar mediante la incriminación.⁵⁰ Lo anterior ocurre justamente porque las palabras y cada palabra, adquieren en la estructura del tipo un contenido de valor, que les es dado por la estructuración *teórico-normativa* que permea la oración y así a la norma misma.

En suma, la influencia de la teoría es decisiva sobre la comprensión del mundo externo, como es la producción legislativa, y así termina siendo decisiva en la reconstrucción *fundada* del Derecho Penal. Como señalase Kant, se comprende que “la razón no conoce más que lo que ella misma produce, según su bosquejo [esquema], que debe adelantarse con principios de sus juicios...”.⁵¹ Es por lo expuesto que la fundamentación de la sentencia penal, debe contener, según el art. 342 *d* del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), las

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia definitiva de 31 de enero de 2000, dictada por los votos de H. Brito y S. Muñoz Gajardo, en el caso ‘*contra Araya Neira Mario y otros*’, rol 66865-1999, *Gaceta Jurídica* n° 235 (2000), pp. 157 y ss.

⁴⁸ Vid. la evolución teórica del bien jurídico en esta clase de delitos en DE RIVACOBBA, M., *El Delito de Contrato Simulado*. Santiago: Conosur, 1992, pp. 11-19. En el contexto de la defraudación, vid. el importante caso ‘*contra Mitre Gatica y otros*’, fallado por la Corte Suprema, de la mano de E. Cury, en sentencia de 26 de julio de 2004, en causa rol 1466-2003, en donde se discuten las visiones de afectación a la propiedad, de daño jurídico o económico.

⁴⁹ CURY, E., *Derecho Penal*. 2ª edic. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1992, t. I, pp. 269 a 270. En sentido similar también ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, pp. 306 y 307 quien señala que siempre “subsiste el entramado normativo en los elementos descriptivos” (y ello ha llevado a algunos, como Stratenwerth y Dopslaff, a postular la renuncia a la mencionada distinción).

⁵⁰ POLITOFF, S., *Derecho Penal*. Santiago: Conosur, 1997, p. 286.

⁵¹ KANT, I., *Prólogo* a la 2ª edición alemana de la *Crítica de la Razón Pura*. Trad.: GARCÍA MORENTE y FERNÁNDEZ NUÑEZ, México: Porrúa, 1996, p. 13.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

“razones... doctrinarias que sirvieran... para *fundar* el fallo”, lo que incluye la calificación jurídica de los hechos. De esta forma, la teoría permea profundamente nuestra comprensión legal.

3.11.

Pero no sólo la precisión ha tenido embates particulares. *Como ideal*, la *precisión* también ha sido cuestionada para todos y cada uno de los casos.

Así, se ha dicho que en ciertas situaciones no es deseable la precisión y que el legislador ha considerado como mejor solución de ciertos problemas de mayor complejidad y heterogeneidad, la utilización de cláusulas abiertas que deban ser precisadas por el juez. En otras áreas del Derecho aparece la paradigmática idea de ‘hombre razonable’. Pero también, en nuestra materia penal, el legislador recurre a ideas abiertas, tales como la de “necesidad racional del medio” en la legítima defensa (art. 10 n° 4 CP) o “al que por mera negligencia” (art. 492 CP) o “cualquier acto de significación sexual” (art. 366 ter CP).

Señala J. Raz (hablando de la solución de los conflictos) que, para “los legisladores... la absoluta exactitud en la aplicación no es su única, y a menudo tampoco su principal, prioridad. Conscientes del posible impacto del Derecho en la vida de los gobernados, son prudentes al proponer normas que se aplicarán en circunstancias en las cuales ese efecto sobre sus vidas resulta incierto”.⁵² En efecto, a veces existen cuestiones que por problemas cognoscitivos relativos a las variedades de casos posibles, no pueden ser resueltas precisamente de manera general y anticipada, requiriendo para su mejor solución de una elección oficial *informada*, pues, como dice H.L.A. Hart, dicha solución sólo puede ser adecuadamente apreciada y resuelta cuando se presentan en un caso particular⁵³. Así puede observarse en la generalidad de las normas sobre autoría y participación, las cuales deben obrar necesariamente en la determinación de un delito o en las normas sobre causales de justificación.

En la misma dirección, el legislador deja abierta ciertas cláusulas con el objeto de que una mayor cantidad de casos caigan dentro de ella, pero con el fin de beneficiar a los imputados de delitos. En tal sentido podemos leer a G. Jakobs, cuando señala que la mayor generalidad de las normas en materia de exclusión de la responsabilidad punitiva, va en beneficio del propio imputado.⁵⁴

⁵² RAZ, J., “La Autonomía del Razonamiento Jurídico” en: *Ética en el Ámbito de lo Público*. Trad.: MELÓN, Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 353 y 354. En igual sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha dictaminado que “el derecho penal no puede renunciar por completo a emplear conceptos generales, que no pueden ser delimitados de manera general, y que en gran medida requieren de la interpretación del juez”; sentencia de 14 de mayo de 1969. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. SCHWABE (Comp.), Trad.: ANZOLA, Bogotá: KAS y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 401.

⁵³ Vid. HART, *El Concepto*, cit. nota n° 29, p. 162.

⁵⁴ JAKOBS, *Derecho*, cit. nota n° 25, pp. 106 y 107. Vid. también para las limitaciones o contraindicaciones a la idea imprecisión necesaria, SÚB, F., “El Trato Actual del Mandato de Determinación”, en: (vv. aa.), *La Insostenible*, cit. nota n° 1, pp. 237 y 238.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

3.12.

El siguiente problema es más bien de tipo lógico. Se trata de una simple regla: de un enunciado singular no se puede inducir o extraer una consecuencia general de tipo empírico válidamente, ni aún de manera probabilista. Esto significa, a nivel de enunciados reconstructivos, que de una oración que identifique o dé cuenta de la *existencia* de una norma, no se puede extraer la consecuencia de una *hipótesis general* sobre lo que ha de regir en un ordenamiento en particular. Nada hay en la instancia singular que nos lleve a asegurar la validez de la inferencia a lo general.

La simple generalización desde el caso particular, supone construir una categoría con uno cualquiera de los criterios que se puedan extraer del caso particular. Eso estaría muy bien, si la validación de la teoría dependiese simplemente de la opinión del reconstructor que generalizó. Pero es bien posible que el ordenamiento jurídico y el legislador hayan construido la clase desde otro criterio relevante.

Esto surge con mayor razón, si es que los elementos *implícitos* que produce la sistematicidad, puedan producir cualquier tipo de alteración en el resultado final de una reconstrucción de una norma; es decir, puedan ir desde su ampliación, a su restricción e incluso hasta su anulación práctica o tácita. En otras palabras, sobre una norma pueden concurrir diversos criterios que no necesariamente instancien *todos* los casos que reflejen el criterio jurídico que efectivamente impera en un ordenamiento jurídico.

3.13.

El problema de las clases en relación con el tipo penal. El tipo penal tiene el problema de que *éste no describe una conducta o un suceso singular de la vida real*, sino que *prescribe* pautas de una *clase* de conductas o sucesos desvalorados.

Una clase es una *abstracción* de la realidad material. Se habla de ella, en el sentido de un todo o colectivo, independientemente de sus *miembros*. De guisa, si bien puede ser usada con la pretensión de coleccionar entidades (por la generalidad del lenguaje), ésta perfectamente puede no incluir siquiera una. Así, por ejemplo, existen las clases de los unicornios, que es una clase vacía, es decir, sin miembros, mientras que podemos tener la clase de los empleados públicos, en donde son miembros todos los individuos que desempeñan una función pública, más ciertos caracteres. La distinción es importante porque afirmar o enunciar algo sobre la clase, no es necesariamente traspasable, manteniendo su verdad, respecto de los miembros de la misma, ni viceversa (bajo pena de falacia). En el mejor de los casos, esto es, cuando con el lenguaje se agrupan individuos, de lo se trata aquí es de lo que se llama “clases de primer orden” (como ‘sacar *aguas*’, art. 459

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

n° 1 CP), que siguen siendo una abstracción del mundo físico-biológico; todo sin perjuicio de la presencia de otros niveles u órdenes de clases.⁵⁵

Lo anterior nos muestra que la supuesta pretensión descriptiva de acontecimientos del mundo físico-biológico atribuida al tipo, no es correcta. Lo que está enunciando el tipo son clases de hechos y no existe en el nivel de los hechos materiales del mundo a juzgar “El Suceso” genérico ‘matar a otro’, sino que existen sólo *acciones singulares* que dan muerte singularmente a personas individuales, en condiciones singulares. Como dice E. Bulygin, ni los casos genéricos ni las soluciones genéricas se refieren a hechos reales, sino tan sólo a hechos posibles.⁵⁶ Esta visión es consistente con la teoría de las normas del Estado de Derecho, cuando se señala, que las “normas generales y abstractas que constituyen las leyes en sentido sustantivo son, esencialmente, como hemos visto, medidas a largo plazo referentes a casos todavía desconocidos y carentes de referencias a personas, lugares u objetos particulares”.⁵⁷ Y esto es bien importante, pues confundir ambos planos, puede llevar a cometer: o bien, la falacia de la división, o bien, la falacia de la composición en el enjuiciamiento.⁵⁸

El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve los problemas graves que esta separación plantea o acarrea, en los casos ‘*Piratería*’ y ‘*Antuco*’. Especialmente en este último, el Tribunal calificó que el llamado “delito genérico de incumplimiento de deberes militares”, del art. 299 n° 3 del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM), no atacaba el principio constitucional de legalidad penal del tipo en relación con la regla de precisión; y que tradicionalmente se dio como ejemplo de que sí lo hacía.⁵⁹ La cuestión base estriba en que el criterio de construcción de una clase es *arbitrario*, por ejemplo, los animales con colas,

⁵⁵ Vid. TARSKI, A., *Introducción a la Lógica y las Metodología de las Ciencias Deductivas*. Trad.: BACHILLER y FUENTES, Madrid: Espasa-Calpe, 1985, pp. 95 y 96.

⁵⁶ BULYGIN, E., “Creación y Aplicación del Derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 19 (2001), p. 431.

⁵⁷ VON HAYEK, *Los Fundamentos*, cit. nota n° 10, pp. 263 y 264.

⁵⁸ La *Falacia de División*: consiste en concluir distributivamente, a partir de la premisa de que la clase posee (colectivamente) una determinada característica, que cada miembro de la clase tendría. Ej.(1): El Congreso es una institución desprestigiada, de lo que se concluye que todo miembro del Congreso es un individuo desprestigiado (lo que no es así, pues existen congresistas que gozan de buena reputación). Ej.(2): El CPP es un código de materia procesal penal, por ende, todo artículo del CPP es de materia procesal penal (lo cual no es así porque contiene normas propiamente penales).

La *Falacia de Composición*: consiste en concluir (colectivamente) que una clase posee una determinada característica porque cada miembro de la clase tendría. Ej: Cada jugador individual de la selección chilena de fútbol es excelente, de ahí tendríamos que la selección chilena de fútbol es excelente (lo que muy bien puede no ser así si falta armonía de equipo). Vid. SALMON, W., *Lógica*. Trad.: GERHARD, México DF: UTEHA, 1965, pp. 59 y 60.

⁵⁹ El carácter genérico lo reconoce la jurisprudencia aplicativa de las Cortes Marciales: “Son los tribunales de justicia militar las únicas autoridades llamadas a establecer si un determinado deber militar cuya infracción no está específicamente configurada en el Código, importa o no un deber trascendente, o sea de aquellos cuya infracción al art. 299 N° 3 CJM configura genéricamente como delito...” citada por ASTROSA, R., *Código de Justicia Militar Comentado*. 3ª edic. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1985, p. 437.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

los hombres con pelos, las cosas rojas, etc.⁶⁰ Es sólo la decisión que se tome, desde este punto de vista, la que *fixará la extensión* de los miembros que pertenezcan a dicha clase. La tal libertad absoluta es lo que permite a los humanos, agrupar o categorizar *ex novo* para aprender nuevas realidades, por ejemplo, tecnológicas, o mejorar nuestro conocimiento de las situaciones ya existentes.

Como vemos, la teoría de clases carece de un *supracriterio* ordenador de tipo *lógico* que vaya más allá de la misma clase particular. Por tanto, el establecimiento de una clase y, por ende, la extensión o nivel de generalidad que se le dé, también es arbitraria. Por consiguiente, es la *ley la que construye y define la clase de conducta*, y no puede recurrirse a un criterio ontológico de la forma ‘clase’, pues éste no existe (sino es el definido por el legislador). Lo que se corrobora en que, en verdad, el *tipo no se trata de una descripción* de un hecho o conducta, sino de una *prescripción que dicta una pauta* de conducta desvalorada.

Observemos la siguiente sentencia del Consejo de Guerra de Antofagasta, en el caso contra ‘Torres Valeria, Luís’, en que gracias a la amplitud del tipo de incumplimiento de deberes militares permitió meter en un mismo saco: la acción de conformar parte de un núcleo del MIR en la FACH, el asistir a reuniones políticas clandestinas, el cantar en un restaurante de la ciudad la “Internacional Socialista”, e igualmente se tuvo en consideración el no dar cuenta a sus superiores de las situaciones graves en que había incurrido.⁶¹ Si se mira bien, podemos ver lo variopinto de las situaciones involucradas. Pero una observación más atenta nos muestra que, todas aquéllas acciones singulares están reunidas bajo el manto de los incumplimiento de deberes militares –cualesquiera sean éstos-, y que el calificativo de “variopinto” lo he endilgado, porque he supuesto un criterio diferente que el legal, que es precisamente el que construye la disposición. Así, podemos tener tipos abiertamente generales u otros más especificados (o menos generales), pero miradas las cosas desde el punto de vista lógico, no hay un criterio que lo delimite sino el que da la propia clase.

En el mismo sentido, no se puede recurrir a gruesos criterios que aludan simplemente a: rechazar un carácter genérico de la prescripción de los tipos penales, o bien, de simplemente exigir un mayor nivel de especificación. Por arriba, todos los tipos penales tienen el potencial de ser genéricos, por trabajar con clases en un lenguaje general, según vimos. Por abajo, porque todo tipo penal es susceptible de precisarse aún más, con un simple movimiento de agregar un criterio más. En tal sentido, se encuentran en la misma situación tanto el tipo de ‘dejar de cumplir deberes militares’ como el de ‘matar a otro’ y el de ‘cometer actos de piratería’, los tres se pueden subtipificar de manera convencional.

⁶⁰ W. Quine señala que, en la teoría de conjuntos se “considera que toda combinación de cosas, cualquiera que sea, descriptible o indescriptible, forma un conjunto. Cualesquiera dos cosas son, juntamente, miembros de cualquier número de conjuntos” y agrega que las “propiedades a diferencia de los conjuntos, no aceptan cosas en cualquier combinación”. QUINE, W., “Géneros Naturales”, en: *La Relatividad Ontológica y Otros Ensayos*. Trad.: GARRIDO y BLASCO, Madrid: Tecnos, 1986, p. 151.

⁶¹ Sentencia dictada el 15 de febrero de 1974, en causa rol 471-1974, *Jurisprudencia Delitos contra la Seguridad del Estado*. Santiago: Arzobispado de Santiago (1990) t. II, v. I, pp. 181 y 182.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Veamos tres criterios más elaborados que chocan con este problema formal de la clase: *a)* el de identidad del acto, *b)* el de la esencia del acto y *c)* del hecho particular

a)

Un criterio de identidad del mismo acto, para revisar su generalidad. Si se puede subdividir el acto genérico del tipo, y no se ha hecho, entonces podría estimarse que la legislación será violatoria de la regla de especificidad. Así, tendremos que preguntarnos si *dos subtipos de actos* serán idénticos o no: la repuesta es relativa. *a)* Si los dos actos se miran exclusivamente como una *clase*, es decir, se evalúan sólo por el criterio constructor, entonces realmente sólo se está mirando la clase y los dos actos, por el criterio involucrado serán idénticos. En verdad, no es muy satisfactorio porque a la clase se le está juzgando por sí misma, y todo tipo forma una clase. *b)* No obstante, si se evalúan con todos sus atributos, más allá de los definidos por la clase que los abarca, entonces ambos subtipos no van a ser idénticos; ello precisamente porque todas las clases de sucesos pueden siempre especificarse aún más. Así, por ejemplo, la clase matar a otro, puede especificarse en matar con hachas (subtipo), ahogamiento (otro subtipo), etc.

b)

El criterio de contenido llamado “esencia” del tipo es bastante inocuo. Ello porque constituye sólo una palabra que no tiene para nada claridad intuitiva, a la cual pueden adjudicársele varias definiciones; ninguna de las cuales conozco, están asociadas a la idea de invariabilidad, sino más bien a cuestiones de fondo.

El Tribunal Constitucional lo asocia a “núcleo conductual”.⁶² Así tal cual como es entendido, éste es vacío o excesivamente formal. Tras dicha fórmula no está nada más que la idea de enunciación de clases de conductas: o sea, sólo la formalidad de contener un verbo rector; pero carece de cualquier referencia o significación de un supracriterio formal que controle el nivel de generalidad (que, por lo demás, no lo expresa). Aquí cabe desde ‘matar a otro’ hasta ‘cometer un acto en contra del sano sentimiento popular’, los cuales, si se fijan bien, contienen su verbo y más la cualidad o cosa que lo acompaña (sólo controlable por cuestiones de fondo). El Tribunal Constitucional ejemplifica bien este punto, cuando declaró constitucional la prescripción que contempla el llamado “*delito de piratería*”, mediante el supuesto operativo: “Los que *cometieren actos de piratería*” del art. 434 CP. Y señaló claramente que: “El precepto a que nos referimos no deriva la descripción de la conducta incriminada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto”.⁶³

⁶² Tribunal Constitucional, sentencia de 9 nov. de 2006, caso ‘*Antuco*’, rol 468-2006, consid. 7º: “La jurisprudencia de este Tribunal siempre ha sostenido la tesis... que la Constitución exige que la ley describa, en ella misma, al menos el núcleo esencial de la conducta”.

⁶³ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de marzo de 2007, caso ‘*Piratería*’, rol 549-2006, consid. 12.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Incluso más, esta teoría no es capaz de dar cuenta de formas más sofisticadas de ataque a la garantía constitucional de legalidad penal, como la del fraude normativo que veremos más adelante y, por ende, no ofrece respuesta adecuada a tales problemas.

Como se puede observar, la escasez en el contenido teórico redundante en una falta protectora sobre la suerte de los ciudadanos. Por ello es correcta la intuición de J. L. Cea, en orden a que: “El asunto no queda, sin embargo, dilucidado, por completo con las nociones expuestas [de ‘esencia’ del tipo]. La dogmática penal tiene aquí una labor ardua para conciliar la pretensión punitiva del Estado con el respeto del proceso justo, de la seguridad jurídica y de otros derechos humanos”.⁶⁴

c)

Tampoco se puede recurrir, en principio, al *hecho singular*, para caracterizar la conducta de manera general, precisamente por tratarse de un hecho singular, por ende, no generalizable por ese sólo motivo.

En suma, dada la arbitrariedad de las clases y que el tipo penal está constituyendo una pauta de conducta y no una descripción, se hace imposible hablar de precisión del tipo, por sí mismo. Sólo queda recurrir a ciertos criterios convencionales, externos a la idea misma de tipo que fije el punto de enjuiciamiento respecto a los valores comprometidos.

3.14.

La borrosa distinción entre predicados descriptivos y valorativos o normativos, desde el punto de vista lógico de la *contrastación*.

Continuando con la línea del párrafo anterior, uno de los puntos neurálgicos -según se señala- se encuentra en la introducción de elementos valorativos en los tipos penales que reconducen al juez para su llenado mediante un juicio valorativo,⁶⁵ por ejemplo, la contravención a las buenas costumbres (art. 373 CP), el debido respeto a la memoria de los muertos (art. 321 CP), etc. La distinción que subyace en el fondo respecto a la precisión de los descriptivos frente a los valorativos, se encuentra en que los términos descriptivos ofrecen el poder *verificarse* en la realidad mediante los sentidos, mientras que los evaluativos no, y sólo pueden ser contrastados mediante *intuiciones* sobre preferencias subjetivas.⁶⁶ El resultado es la certeza a favor de los primeros contra los segundos, en relación con su determinación.

No obstante, ya hemos visto el problema de la certeza, que en este caso se manifiesta así: Es cierto que los enunciados valorativos se contrastan en sus consecuencias con enunciados

⁶⁴ CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Ediciones UC, 2004, t. II, p. 168.

⁶⁵ ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, p. 169.

⁶⁶ JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edic. Trad.: MANZANARES, Granada: Comares, 1993, pp. 115 y 116.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

sobre preferencias que tienen su origen en intuiciones. Las consecuencias son presentadas en enunciados, los que son contrastados con enunciados que expresan la preferencia, de tal manera que tenemos que hay una selección por coherencia y una fuerte participación de las intuiciones. Pero existe una regla que no debe olvidarse: está prohibido mezclar el juzgamiento de entidades lingüísticas con entidades extralingüísticas, como los hechos o las percepciones, para hacer justificaciones (los enunciados se justifican con enunciados).⁶⁷ En el caso de los enunciados descriptivos, la selección de la verdad del enunciado, se da por contrastación. Puesto en el discurso, ella se practica mediante comparaciones o contrastación de enunciados, unos más generales y otros particulares (sobre eventos singulares), de tal manera que la selección lógicamente se da por cierta coherencia discursiva. A más, el examen de la realidad respecto de un enunciado, se da en el área de la psicología de la ciencia, en donde se investigan las intuiciones empíricas sobre la realidad, y la correcta reconstrucción o captación de ella. Dichas captaciones también son susceptibles de errores, y más allá de una intuición empírica no pasa.

De ahí tenemos que para la reconstrucción de los términos usados por la ley penal, los descriptivos no se hallen en una especial ventaja respecto de la contrastación que éstos tengan ni de la certeza objetiva que puedan brindar, en comparación a los juicios valorativos: desde el punto de vista lógico, ambos tienen un enjuiciamiento de contrastación por coherencia y, desde el punto de vista psicológico, los dos poseen fuertes rasgos intuitivos en su contrastación⁶⁸.

3.15.

La relativa *opacidad* desde el *nivel reconstructivo de las normas* hacia el *nivel de aplicación*.

Aquello destruye la pretensión codificadora de que, en el peor de los casos, la determinación del sentido (razonable) de las normas es suficiente para saber el correcto Derecho Penal y determinar así cuál es la correcta aplicación de las mismas.

El discurso puede tener tres niveles: uno (el contexto) de fundamentación, en donde trabajamos con valores y bienes jurídicos, un segundo, reconstructivo de las normas, donde trabajamos con enunciados normativos generales, y un tercero, (el contexto) de aplicación donde trabajamos con casos singulares. El paso desde lo general a lo singular en el discurso sobre situaciones empíricas, no es meramente mecánico ni menos automático. En consecuencia, sucede que el discurso jurídico puede contar con una razonable justificación

⁶⁷ Vid. HEMPEL, C., “Estudios sobre la Lógica de la Confirmación”. *La Explicación Científica*. Trad: MÍGUEZ, Barcelona: Paidós, 1996, pp. 30-35. Este problema da lugar al “trilema de Fries”. Vid. POPPER, K., *La Lógica de la Investigación Científica*. Trad.: SÁNCHEZ, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 89 y 90, y *Los Dos Problemas Fundamentales de la Epistemología*. Trad.: ALBISU, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 163 y ss.

⁶⁸ En esto no se quiere señalar que no exista ninguna distinción, pues efectivamente el proceso penal tiene por objeto precisamente la investigación de un hecho punible, respecto del cual el acusador tiene la carga de probar ante el juez. Vid. DEL RÍO, C., *Proceso Penal, Consenso de las Partes y Enjuiciamiento Jurisdiccional*. Santiago: Librotecnia, 2009, p. 124.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

interna de la teoría y que se quede en el nivel reconstructivo de las normas, en nuestro caso, penales; no obstante lo anterior, es factible que no sea capaz de establecer *a priori* si existiría o no una correcta o razonable aplicación de las normas. De ahí que por más razonable que sea la interpretación (la corrección sintáctica-semántica) e incluso siendo consistente en la aplicación con dicha reconstrucción, puede ocurrir que ella sea *totalmente* inadecuada para la práctica. Un ejemplo sobre la extinción de la potestad punitiva nos servirá para ilustrar el punto.

El inicio de la suspensión de la prescripción de la acción penal ha traído dos interpretaciones sobre la articulación del art. 96 CP (del año 1875, que dice: “Esta prescripción se... suspende desde que el procedimiento se dirige contra él [delincuente]”) con el art. 233-*a* CPP (del año 2000, que norma: “La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”). Ambas normas tratan sobre lo mismo: el inicio de la suspensión; y ambas tienen supuestos operativos procesales, para la atribución de la consecuencia de extinción de la potestad penal. La cuestión es precisar cómo quedan ambas normas. Una teoría, la de “simple dirección persecutoria”, señala que el art. 233-*a* CPP es una norma (procesal) subordinada al art. 96 CP, según indicaría la frase de la primera norma. Se agrega que el art. 96 CP es la norma (penal) base que señala cuando se inicia la suspensión. Por tanto, la dirección del procedimiento en contra del imputado ocurre, mediante cualquiera de las formas de inicio del proceso, en su fase de investigación, si están formuladas de forma precisa en contra de aquél, y si no lo han hecho, cualquier otro acto del procedimiento puede dirigirse y dirigirlo en contra de cierta persona de conformidad con la norma abierta del art. 96 CP, como, por ejemplo, una citación, un interrogatorio, una orden de detención (E. Novoa⁶⁹), una revisión de control de detención. El sentido del art. 233-*a* CPP, es que la suspensión por formalización es residual a las maneras del art. 96 CP. Hasta ahí parece ser una interpretación semánticamente razonable y articulada (dejando de lado otras consideraciones gravitantes).

El problema surge cuando llevamos tal interpretación al contexto de *aplicación*. El acto de formalización de cargos, en la nueva realidad procesal, es uno defensivo para el imputado, mediante el cual se le comunica que se está llevando adelante una investigación o “procedimiento” penal por dichos cargos. Supone, por tanto, que ya se ha iniciado una investigación en su contra, y por dicho motivo, se le *comunica* que *se ha iniciado* investigación *en su contra*. Por tanto, el particular “procedimiento” debe haberse dirigido ya en contra del imputado, mediante una querrela, una denuncia o de oficio del ministerio público o mediante la detención o citación, etc., individualizando a la persona bajo el supuesto de atribuirle participación en un hecho punible. Por ende, revisadas las cosas en el contexto de aplicación, nunca tendrá operatividad práctica el art. 233-*a* CPP, pues se consumirá su aplicabilidad en los actos previos a la formalización (antecedentes de ella).

⁶⁹ NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 43, pp. 489 y ss.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

De ahí que su dominio de casos particulares sea vacío o nulo (lo que nos muestra la mala calidad de la teoría interpretativa de la simple dirección persecutoria del imputado).⁷⁰

Como muestra el ejemplo, al flotar una teoría en examen sobre el mero nivel reconstructivo de las normas generales, no permite tener una buena apreciación sobre qué ocurrirá en las diversas circunstancias de aplicación a los casos *singulares*, precisamente porque el nivel reconstructivo de las normas no agota todas las cuestiones jurídicas. Por ende, el error de la teoría en examen no habría ocurrido, si es que el discurso no se hubiera quedado simplemente en la determinación semántica de las normas involucradas. La *especificación del dominio de casos particulares* en el contexto de aplicación se vuelve así un elemento trascendente en la determinación de la corrección metodológica del discurso interpretativo. Pero esto no es gratuito, pues trae como consecuencia complejizar el discurso y abrir el campo de examen a la aplicación y, así, a consecuentes nuevos problemas.

3.16.

El problema de la concepción de las reglas y su aplicabilidad. Se objeta la legitimidad de la legalidad penal, enfocándose en el viejo adagio *dura lex sed lex*, para lo cual se presentan dos casos en contra de ella, que terminan cuestionando el concepto funcional de regla misma.

La derrotabilidad o, en inglés, “*defeasibility*”. Se señala que ciertos casos que, no obstante estar cubiertos por las reglas, no son en definitiva resueltos por ellas. Por la intervención de ciertas consideraciones *morales* que concurren en las *especiales* circunstancias del caso particular, éstas derrotan en la aplicación singular a las normas, aplicándose en ese sólo caso una solución diversa de la que podría conducir la regla (la solución victoriosa, al producirse en el caso singular y por circunstancias singulares, no es generalizable). Todo lo anterior implica que las reglas no tienen una solución concluyente sobre los casos, sino que ofrecen una solución *prima facie*. Por ende, la concepción de las reglas como entidades que vinculan deónticamente a su consecuencia todo lo que caiga dentro de su campo semántico se ve severamente trastocado.⁷¹ El clásico ejemplo se da en el caso *Riggs vs. Palmer*, en el cual el heredero testamentario (Palmer) de una persona, asesina a su causahabiente para poder heredar. Se le castiga penalmente, y al mismo Palmer, en una disputa por la herencia del causante, no obstante existir un testamento y norma legislativa en su favor, se le niega la aplicación de la consecuencia jurídica de las normas legales, en virtud del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio delito, privándosele de la herencia.

Una situación similar es la que ocurrió en el caso ‘*Fábrega y Vallejos contra Castro Muñoz*’ resuelto por la Corte Suprema, rol 1338-1998 (redactada por la pluma del juez E.

⁷⁰ Sobre esta discusión y las diversas interpretaciones puede verse: GANDULFO, E., “El Inicio de la Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: Un Nuevo Modelo”, *Revista Procesal Penal*, n° 49 (2006), pp. 7-37.

⁷¹ Vid. ATRIA, F., “Las Circunstancias de la Derrotabilidad”, *Revista de Ciencias Sociales, Sobre el Razonamiento Jurídico*, n° 45 (2000), p. 456.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Cury). En este caso, la persona imputada de delito de homicidio, C. Castro Muñoz disparó en contra del ofendido, R. Vallejos, en razón de que verdaderamente creía que éste se proponía abrir fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, debiendo herirlo o darle muerte. Castro sabía que lo que hacía era matar a un hombre (art. 391 n° 2 CP) o, por lo menos, herirlo de gravedad (art. 397 CP), pero creía equivocadamente que comportarse de esa manera era lícito, actuando en protección de su hijo.

Para despejar el asunto, aparentemente, el caso caería en la legítima defensa (art. 10 n° 5 CP). Pero como declara la propia sentencia “es de sobra sabido y aceptado por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, la legítima defensa, en cualquiera de sus formas, requiere como presupuesto indispensable una agresión que, además de ilegítima, debe ser real, es decir, existir objetiva y verdaderamente”. Es por ello que “en este caso la agresión fue sólo aparente, porque, como se ha dicho, el arma empleada por Vallejos para amenazar al hijo de Castro se encontraba con el seguro puesto y, en esas condiciones, no podía ser disparada ni, en consecuencia, herir o matar”.

En tal sentido, tenían plena fuerza las normas legales del art. 391 o del art. 397 CP, frente a los disparos de este imputado. E incluso los arts. 7 y 8 CC que desconocen el valor exculpante del error de Derecho. Sin perjuicio de la vigencia de tales normas legales, la Corte Suprema echó mano a un principio: el de culpabilidad.⁷² Dicho principio, señala que nadie puede ser condenado sino es por una conducta culpable, y esta culpabilidad “requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud”. Tal principio lo utiliza la Corte derrotando de esta manera, primero, a los arts. 7 y 8 CC, al ser necesario para la existencia del delito, el conocimiento y voluntad de la realización antijurídica del tipo.

Y luego, lo utilizó la Corte para enfrentarlo a los tipos penales de los arts. 391 y 397 CP, en el sentido siguiente:

Dado que el imputado *actuó creyendo* que estaba amparado por el Derecho, al actuar protegiendo los bienes jurídicos de un tercero (en este caso, del hijo), entonces aquél no realizó una conducta culpable o con conciencia de realizar un acto reprobable (sino al contrario). Al actuar de esta manera Castro Muñoz, no son aplicables con toda su fuerza los delitos de los arts. 391 o 397 CP, siendo derrotados en la aplicación al *caso singular*, respecto de estos eventos particulares, correspondiendo la absolución del imputado por aquéllos. Como se puede observar en este caso, la consideración jurídica de la Corte muestra que en la aplicación a ese caso particular, las normas legales son derrotables por otras consideraciones propias del caso, no obstante que dichas normas tengan una validez

⁷² Aquí la Corte reconoce como consecuencia del principio de culpabilidad, el que no se pueda presumir de Derecho la responsabilidad (art. 19 n° 3 inc. 6 CPR). La Corte lo entiende más específicamente como la conciencia del injusto. Debemos tomar en cuenta que esta última especificación del argumento, está puesta cumpliendo una función negativa: de remover obstáculos para la entrada en operación del enjuiciamiento de culpabilidad (consid. 8° de la sentencia de reemplazo).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

prima facie sobre dicho caso. Y al tratarse de un caso singular, con sujetos particulares y eventos particulares, no es generalizable la mentada solución.

Desde el punto de vista de la filosofía política, el cuestionamiento conceptual tiene sus proyecciones respecto a la idea tan debatida actualmente sobre el multiculturalismo.

En efecto, también en esta subclase de problemas, se presenta un caso de fondo que reclama atención e impugna la aplicabilidad de la norma y, en especial, de la norma penal. El punto es que la aplicación irrestricta de la ley penal, con sus caracteres de generalidad, contruidos sobre la base de ciertas consideraciones políticas, es ciega ante ciertas circunstancias de diferencias culturales legítimas, bajo un Estado de Derecho. Ello provoca exclusiones y discriminaciones sobre grupos minoritarios, especialmente étnicos, que no logran plasmar ni les interesa, ciertos cánones culturales o morales sobre la política legislativa y, en particular, penal del Estado nacional construido sobre la base de una identidad mayoritaria (en el mejor de los casos), pero no única. De ahí que nuevamente la crítica sobre la aplicación se achaque, nuevamente, sobre la forma de aplicar un Derecho creado para otras consideraciones.

4. ¿Qué es lo que queda del Principio de Legalidad?

De lo visto queda la siguiente pregunta: ¿el principio de legalidad son sólo palabras o implica algo más? Tal respuesta nos involucra a nivel profundo en cuestiones *metodológicas*, para efectos de determinar lo que hacemos en nuestras prácticas jurídicas. Y así también la respuesta es trascendental para la *crítica jurídica* de las diversas teorías que se presenten en el tiempo respecto de las distintas figuras penales. En tal sentido, debemos tener en claro que un principio fructífero, metodológicamente hablando, debe ser capaz de tener un contenido bastante preciso, teniendo una determinada fundamentación y excluyendo otras, así como también un desarrollo preciso que logre determinadas consecuencias y que excluya otras. Desde el punto de vista metodológico, debemos excluir la idea de que el contenido pueda ser moldeable a cualquier gusto frente a la crítica. Eso sería abrir más el campo de acción a la subjetividad y a la arbitrariedad, y sería un vano instrumento para la crítica objetiva. De esta manera, el principio de legalidad penal debe ser capaz de erigirse con un contenido propio, relativamente autónomo de otras instituciones, configurando así una institución “con vida propia”.⁷³ Así, por ejemplo, no debemos caer en la tentación lingüística de pensar en el principio de legalidad penal, simplemente como la ley en materia penal, pues en la configuración concreta de la ley concurren también otros principios, como el de igualdad, para su carácter general, o el de libertad de conciencia y de derecho penal de acto, para excluir la sanción a los estados personales o mentales, los que concurren y cooperan en *determinar* el delineamiento de la forma de la ley penal.

⁷³ La relatividad de su autonomía se da en razón de que las diversas partes del Derecho de la Codificación, se encuentran en mayor o menor medida interconectadas en una red, en donde incluso muchos principios son abarcados por principios de superior jerarquía que confluyen en la determinación de su contenido.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

La legalidad podemos intentar buscarla en tres *ítems*, que ciertamente involucran una aproximación metodológica, de acuerdo a lo que ha quedado: i) puede ser la *amplitud interpretativa* de las oraciones, sin que marque una solución o respuesta correcta, con la consecuencia ya vista de aceptar que la legalidad implica discrecionalidad para cualquier solución dentro del marco de soluciones legítimas; y que las Cortes revisoras y los recursos destinados a ello no controlan la legalidad, sino que sólo imponen su opinión en tanto estén dentro del marco de posibilidades; ii) puede tratarse de la *interpretación más racional*, pero ello involucra fuertes aspectos *metodológicos* que la crítica debe entrar a considerar como constituyentes de la legalidad. El problema que surge en esta variante es que recursos como el de nulidad para la protección de la legalidad, en realidad protegerían también cánones metodológicos, es decir, no necesariamente legales (a colación del control legal), y iii) finalmente, en la *norma misma*, ya determinado el preciso *sentido* que tenga, para ser pasada a su aplicación. Éste supone una fase distinta de las anteriores, si bien conectada, porque supone *tomadas ya* todas las decisiones metodológicas que correspondan para la reconstrucción de la norma.

Tanto el primer como el tercer ítem son indispensables para el control de la legalidad. Pero el segundo no tiene una raigambre o asociación fuerte con aquél, pues se le considera usualmente asociado a la teoría o mal llamada “doctrina” (a la cual la Codificación se encargó de quitarle fuerza legal o jurídica). El problema no es menor, porque en este segundo ítem se encuentra prácticamente todo el núcleo protector del Derecho racional, como bien ha dado cuenta Dworkin. Los otros dos restantes permiten márgenes relativamente amplios de discrecionalidad. Para revisar todo esto abriremos dos apartados que dividen en dos partes interconectadas la respuesta a la cuestión central: 5.) ¿qué queda del principio en la fase de reconstrucción de las normas? y 6.) ¿qué queda del principio una vez ya reconstruida la norma?

Trátase de la opción de que se trate, los aspectos metodológicos no pueden estar ausentes de la reconstrucción del principio jurídico de legalidad penal. Y será con ello que partiremos la primera parte.

5. ¿Qué queda del Principio de Legalidad al nivel de la fase reconstructiva?

Aquí podemos extraer un par de conclusiones a nivel del objeto protegido por el principio de legalidad penal, así como de la propia instrumentación.

5.1.

En cuanto al objeto protegido: certeza objetiva, esto es, producir una situación que por sus propias características sea forzosamente de alcance cognoscitivo de toda persona, salvo que la persona ponga algo de ella para impedirlo. Ésta es una cuestión que no existe.

Las ciencias del s. XX, en especial, las empíricas, tienen asumida dicha limitación, y se requiere encarar dicha problemática.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

El lenguaje, como instrumento para lograr la certeza, presenta sus propias y severas limitaciones y restricciones, tanto comunicativas como lógicas, y en otras ocasiones son las propias circunstancias las que son recalcitrantes a la “descripción” o categorización útil de las conductas.

De acuerdo a lo visto, la pregunta en este ámbito es ¿Para qué queremos un principio que sólo nos ofrece una mera conjetura, sobre un marco de posibilidades, que en el mejor de los casos puede tener un núcleo de consenso u obviedad conjetural, con matices de vaguedad, pero que interpretativamente cambia con una nueva teoría, y que incluso dentro de esa nueva teoría puede tener ajustes y modificaciones, y, finalmente, con respecto a lo cual no podemos extraer consecuencias generales?

La respuesta creo que afecta la idea misma de Derecho Penal. Si no se es capaz de tener algo parecido a lo que pretendía hacer el principio de legalidad penal, la imposición de las penas, en un Estado de Derecho, tendría una suerte de carácter arbitrario. Pero, a su vez, la respuesta tiene un *feed back*, porque no se trata sólo de salvar el principio de legalidad penal, sino también implica la decisión de querer tener un Derecho Penal en una sociedad civil de un Estado de Derecho, con todas sus implicaciones.

Suponiendo que sí se quiera tener un Derecho Penal en tal contexto, entonces debemos abocarnos a la tarea de reconstruir algo de lo que pretendía el principio de legalidad en materia penal: su *propósito*. Esto implica enfrentar el problema desde diversas perspectivas o más bien con diversos elementos metodológicos.

5.1.1.

Lo primero que debemos precisar es: *si puede protegerse algo*. El principio de legalidad va a tener una formulación de orden jurídico formal que será un instrumento para la protección de alguna cosa, algo valorado o que interese proteger. A mi juicio, los valores o intereses protegidos pueden concurrir desde *diversos niveles* o, en términos negativos, no es necesario que se hallen todos a un mismo nivel. Pero no sólo eso, sino que al concurrir desde diversos niveles, podemos ir identificando distintas capas de protección, con una cantidad desigual de valores a proteger. En tal sentido, a cierto nivel podremos identificar la concurrencia de tres valores jurídicos *copulativos* en la construcción del principio de legalidad penal –según iremos viendo-, y que, a dicho nivel, deben satisfacerse simultáneamente por la normativa penal: objetividad, certeza subjetiva y seguridad jurídica. De tal manera, al nivel que especifiquemos, si no están los tres protegidos, entonces no se satisface la garantía de legalidad penal (que es el principal problema del Tribunal Constitucional en la realización de dicho examen).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

a)

Se supone que el principio de legalidad penal va a tener una función constituyente del poder punitivo, a causa de la afectación de ciertos bienes. Por ende, el principio parece tener relación, en algún sentido, tanto con ofendidos (en sus bienes jurídicos) como con delincuentes (ofensores de bienes). Ambas posiciones tienen algún actuar en el escenario delictivo-penal, y pueden esperarse cosas referentes al Derecho Penal. Desde esta perspectiva, el principio de legalidad penal se conecta con el principio del imperio del Derecho. Es así que en términos generales busca protegernos frente a la aplicación arbitraria del Derecho y su objeto es garantizar la aplicación objetiva del Derecho por parte del órgano jurisdiccional.⁷⁴

Con esta idea de objetividad, la punición se constituye y, por ende, toma cuerpo dentro de los márgenes de la legalidad normativa. Esto se encuentra de la mano con la idea de validez normativa, entendida como una existencia cualitativa de las normas (Kelsen). De tal manera que existe una norma en tanto tenga fuerza obligatoria. Y tal condición delinea la propia validez de las normas de que se traten.⁷⁵ De esta guisa, todo caso o circunstancia que “caiga” dentro de las coordenadas de validez de las normas legales, deberá regirse por dichas normas pertinentes. Tales coordenadas son temporales, espaciales, personales, reales, etc., es decir, todas las que tenga la norma legal y en las condiciones que fije la norma.

De lo expuesto tenemos que si hay una ley (con validez) que sancione un delito, entonces la sanción debe aplicarse de acuerdo a los márgenes de la propia prescripción de la norma legal (“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley”, dice el art. 19 n° n° 3 inc. 7 parte 1ª CPR). Pero, asimismo, si existe una norma que dispone un régimen retroactivo más favorable al delincuente (por ejemplo, amnistía o punición atenuada), esta norma le será aplicable, en tanto entre dentro de su esfera de acción o dominio de casos. Así lo reconoce el art. 19 n° 3 inc. 7 parte 2ª CPR, y en algún sentido el art. 18 inc. 2 CP.

Esta norma del art. 18 inc. 2 (e inc. 3) CP, enuncia que se puede aplicar la ley, bastando que esté promulgada, cosa que repite luego la Constitución. No obstante, de acuerdo al actual sistema de dotación de validez temporal de la ley (llamada “vigencia”), ello ocurre sólo desde la publicación, e inclusive puede diferirse por regla del propio cuerpo normativo. Así, en el párrafo sobre “*Formación de la ley*”, la Constitución contempla, al final, los trámites de promulgación y publicación de la ley conjuntamente (art. 75 inc. 2 y 3), lo que complementa el art. 6 CC, al disponer que: “La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada...”, e incluso más la fecha de existencia de la ley será, por lo regular, la de su publicación en el diario oficial, según dice expresamente el art. 7 inc. 2 CC. Sin existencia o fuerza obligatoria, ella no tiene dominio de casos, por lo que no puede tener fuerza obligatoria en los casos particulares que estarían abarcados por los enunciados del proyecto de norma legal. En otras palabras, sin existencia

⁷⁴ A esto lo restringe JAKOBS, *Derecho*, cit. nota n° 25, pp. 81 y 82.

⁷⁵ GANDULFO, “La Validez”, cit. nota n° 7, pp. 501 y 502, pp. 505-513.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

de norma, no hay norma obligatoria, y los enunciados forman parte de un discurso o un texto sin fuerza vinculante. Obsérvese que la enunciación del art. 18 CP, mediante el término “promulgación”, estaría remitiendo a aplicar un texto que no ha adquirido fuerza obligatoria o existencia deóntica en el caso y que, por tanto, no puede aplicarse a un dominio vacío. En este sentido, la construcción del sistema normativo de entrada en validez ha evolucionado desde el modelo de promulgación, según el viejo art. 6 CC, en el cual tiene su origen el art. 18 CP, hasta el modelo de publicidad con variantes, recibido en el nuevo art 6 CC. La referencia a la “promulgación” del art. 18 CP, debe entenderse en el sentido de que, al menos, el texto tenga existencia normativa (como era en el s. XIX), para lo cual éste debe interpretarse en el marco actual de la normativa, esto es, de la publicación y validez de la norma.

Por lo anterior, una norma que jamás ha tenido validez temporal, como en los casos de promulgación de una ley (por ejemplo, la ley n° 19.450), que ha quedado en *stand by* su validez, para luego ser revocada normativamente su entrada en vigor, mediante su derogación, no podrá ser aplicada jamás.⁷⁶

Ahora bien, J. Raz nos advierte sobre la limitación de esta faz. La única área en que el imperio del Derecho “excluye todas las formas de poder arbitrario es en la función aplicadora de la judicatura, donde se requiere que los tribunales estén sometidos únicamente al derecho y que se conformen a procedimientos estrictos”.⁷⁷ Otras manifestaciones del poder público no quedan necesariamente afectas por esta faz.

b)

Se puede apreciar, por los ejemplos ofrecidos, que esta variante general y que comparte con el resto de la legalidad, no tiene ciertas limitaciones muy necesarias al Derecho Penal. Dado que en el sistema penal contemporáneo, el ciudadano es enfrentado al poder punitivo del Estado, éste, en principio, se encuentra en una situación más desprotegida que los que no lo están.

La aplicación retroactiva favorable al delincuente es factible por el principio de legalidad visto en general, pues sigue siendo una aplicación objetiva de una norma. Pero el fundamento del principio no detiene que pudiese aplicársele una norma retroactiva *en contra* del ciudadano, en especial, si la norma así lo dispone (de hecho, en términos utilitarios sería más conveniente para reforzar la fidelidad a la nueva norma).⁷⁸ La

⁷⁶ Si se estimase, como ha hecho la Corte Suprema, que la norma implica la aplicación desde su promulgación, incluso si jamás llegó a ser válida, de acuerdo al modelo vigente, en dicho caso, la *ratio iuris* de dicha norma estaría más allá del principio de legalidad. Vid. COUSO, J. y MERA, J., “El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Estudio Empírico”, *Ius et Praxis*, n° 13 (2007), pp. 347-350, pp. 378-382.

⁷⁷ RAZ, J., “El Estado de Derecho y su Virtud” en: *La Autoridad del Derecho y otros Ensayos*, Trad.: TAMAYO, México DF: Unam, 1985, p. 274.

⁷⁸ Similar acotación hace RAZ, “El Estado”, cit. nota n° 77, p. 268: “Algunas veces, en consecuencia, es tenido por sabido que puede legislarse una disposición retroactiva. Cuando esto ocurre la retroactividad no

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

aplicación de una tal norma sería, por parte del juez, *justificada en la objetividad formal* de la ley. La cuestión central de estas situaciones está en que los ciudadanos imputados de delitos y eventualmente condenables o condenados, se encuentran en una peor situación que la generalidad no afecta al poder monopólico de la punición del Estado -el que es capaz de quitarle sus bienes más preciados: su libertad y vida. De ahí que sea necesario *construir y agregar otro valor jurídico*, destinado a detener las consideraciones formales y de fondo inicialmente indicadas. Para ello el valor jurídico protegido que se ponga, debe estar dirigido, ya no en general, sino especialmente a los ciudadanos que se hallen en esta peor situación frente a la potencial coacción del Estado.

c)

Sabemos que no contamos con la potente certeza objetiva ilustrada, pero bien podemos contar con la más limitada *certeza subjetiva*, es decir, como elemento psicológico de *creencia*. Aún así, la idea sigue siendo débil, pues esta creencia puede tener cualquier tipo de fundamento psicológico (y ser una razón para el individuo).

La construcción debe apuntar, específicamente, hacia el respeto y consideración de la persona, como ser libre y racional, esto es, como un individuo capaz de ordenar su vida y dirigirla en torno a sus planes. Lo que, además, constituye el torno respecto al cual gira la construcción del Estado de Derecho y nuestra Constitución, en sus arts. 1º, 5º y 19º. Como dice J. Rawls, al trazarse esos planes, supone que las personas toman en cuenta, por supuesto, sus expectativas razonables sobre sus necesidades y exigencias en sus futuras circunstancias, en todas las etapas de su vida, hasta donde puedan preverlo a partir de su posición actual en la sociedad y en las condiciones normales de una vida humana.⁷⁹ Lo rescatable aquí es la idea de expectativa que motiva (o puede motivar) racionalmente su actuar y la posibilidad de previsión.

La idea de certeza, no alude a la creencia puramente subjetiva, requiere un rasgo de relativa objetividad: debe ser en relación con ciertas razones, en expectativas legítimas, es decir, amparadas *en y por* el *Derecho*. A esto se agrega el carácter *racional* de la legitimidad de la expectativa, lo que permite creer de manera *razonable* (o justificada o no refutada) en cierta comprensión del mundo jurídico y de ciertos resultados de la conducta motivada por el Derecho, en nuestro caso, la ley penal. De esta forma, la *posibilidad de prever* los resultados jurídicos de nuestras acciones se vuelve un tema nuclear. Como señala MacCormick, la

“previsibilidad permite cuanto menos que las personas planifiquen su futuro e incluyan las normas que plantea el orden jurídico en la planificación de sus actos. En ello se concreta una parte de la dignidad humana: el respeto del orden jurídico por el individuo como ‘ser racional y

entra en conflicto con el... [imperio] de[l] derecho (aunque puede ser objetada en base a otros fundamentos)”. Un juez, sin más razón que este sólo principio, debería aplicar la norma objetiva de tipo retroactiva.

⁷⁹ RAWLS, J., “Prioridad de lo Justo e Ideas del Bien” en: *Liberalismo Político*, Trad.: MADERO, México DF: FCE, 1995, p. 173.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

autónomo’ (*Joseph Raz*), cuyos actos se ven determinados por las decisiones que asume bajo su propia responsabilidad”.⁸⁰

d)

Dicha previsión sólo es posible mediante la estabilidad de las condiciones de vida, es decir, a lo que podemos llamar “seguridad jurídica”, sobre la cual se harán las previsiones por parte de los individuos.

Pero ¿qué clase de estabilidad puede proporcionar un mundo como el contemporáneo? La estabilidad no es algo absoluto y en nuestra realidad no existe nada que pueda ofrecerlo de tal manera. El instrumento elegido debe ofrecer ciertas garantías *objetivas*, para la estabilidad. A mi juicio, la opción -dentro de los medios con que contamos- estriba en sólo apelar a una *forma procedimental* particular que atrinchere un resultado normativo, *dificultando* o haciendo más complejo el cambio de las condiciones normativo-jurídicas. Dentro de tal ámbito, en un Estado de Derecho (y, por tanto, democrático), sólo podemos echar mano al procedimiento legislativo, constituyente o convencional internacional.

Los propósitos específicos del constituyente, de acuerdo a la teoría dominante, lo hacen desaconsejable. Respecto al procedimiento convencional internacional, éste es un extremo bastante complicado a causa de las relaciones de soberanía nacional de los Estados, pero poco práctico a la hora de recurrir a procedimientos tan complejos para las necesidades jurídicas locales en general. Además, este artículo tiene una pretensión de análisis del Derecho a nivel nacional, por lo que no entrará al punto. No obstante, debo dejar anotado que a cierto nivel y para determinadas necesidades, aquélla es una de las mejores soluciones, y creo que el Estatuto de Roma tiene dicha consideración en su fondo.

El único procedimiento que queda luego, bajando en la jerarquía normativa, es el *legislativo*, en los estados democráticos. Su rasgo que interesa es que tiene un procedimiento de origen más *complejo* que el resto de las fuentes normativas, al intervenir en la discusión los representantes del Pueblo. Éste permite atrincherar su resultado normativo-legal, el delito y la pena, en dos sentidos: *i.-* que para crear o alterar dicho producto normativo por el propio órgano, debe someterse las propuestas de creación o cambio al mismo procedimiento más complejo;⁸¹ y, *ii.-* que el resto de las normas inferiores no pueden alterar dicho producto, por ejemplo, la costumbre.

Observemos que en contraposición al procedimiento de la ley, el reglamento carece de la mencionada estabilidad procedimental, ya que puede ser cambiado a voluntad por el jefe de

⁸⁰ MACCORMICK, N., “Estado de Derecho y *Rule of Law*”, en: THESING (Comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, 2ª edic. B. Aires: Ciedla, 1999, p. 110.

⁸¹ De ahí que tenga razón el juez constitucional J. Correa Sutil cuando señala que si la ley “se limitara a remitirse al reglamento o al criterio del juez para permitirles a uno u otro definir la conducta punible..., [entonces] Tal norma privaría, además, al sujeto imperado de la garantía de que la conducta punible hubiere sido aprobada luego de un debate con participación de mayorías y minorías (caso ‘*Antuco*’, consid. 5º voto de minoría).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

la administración. De tal guisa, el uso de este tipo de normas no es válido para construir los criterios político-criminales fundamentales, sean de tipo o punición.

Por la consideración a tales razones, en los regímenes no democráticos, sin separación de poderes, en donde la ley y el reglamento tienen prácticamente el mismo o similar procedimiento (la decisión de cambio la toma la administración pública, o bien, una junta de gobierno de la administración), la ley no constituye ninguna salvaguarda. Así, una ley que se puede cambiar con la facilidad de un decreto, afecta la estabilidad y pone en jaque la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de la realización de las diversas conductas de la vida humana. La garantía aquí se mide de manera objetiva, por el procedimiento más complejo y se da a raíz del valor de la estabilidad. Es por ello que, como podemos colegir, el principio de legalidad tiene *sólo sentido de garantía en los regímenes democráticos*. Esto constituye la faz de *competencia* del principio de legalidad en materia penal (nuclear en él).⁸² De consecuencia, para el legislador, este principio implica cargarlo con la exigencia jurídica de *hacer uso* de su potestad normativa, para que constituya el Derecho punitivo estatal; su competencia se convierte para él en un “poder-deber” (que es parte del fundamento del control del Tribunal Constitucional). Fuera de su labor constitutiva, no hay erección de Derecho Penal en un Estado de Derecho nacional, según veremos específicamente.⁸³

Desde el punto de vista constitucional, este valor de la estabilidad, que se conjuga con el de la certeza jurídica, es lo que viene protegido por las normas de los incisos 7° y 8° del art. 19 n° 3: “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...*”; y “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”, los que concretan la *reserva legal* en materia de delitos y punición. Además, entre nosotros, tales valores son garantizados, en *general*, también por el art. 7 CPR (“*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”).

Dichos valores jurídicos y, en particular, el trasfondo de la especial situación del individuo en materia penal, hacen que tales normas del art. 19 n° 3 CPR *no sean una invitación abierta* para el órgano legislativo de *reenviar* las precisiones de los tipos penales o incluso de las penas a otras normas (como sí parece desprenderse del fallo del Tribunal

⁸² Se debe comprender que se trata de una garantía objetiva, pero del subtipo procedimental, pues nada obsta a que el congreso por circunstancias de tipo político se encuentre muy alineado con el ejecutivo, y permita fácilmente los cambios legales. Es más, políticamente puede realizar diversos cambios dentro de un período de tiempo relativamente breve a una misma disposición, pero eso queda dentro del juego político, y no entra dentro de los límites de la legalidad; aunque debe tenerse en claro que con ello necesariamente se afecta la estabilidad de las condiciones.

⁸³ La única excepción importante es la que viene signada por el Derecho internacional, a causa de ser un Derecho en formación (que posiblemente siga por mucho tiempo más así, antes de asentarse en sus soluciones). Obsérvese que el art. 15 n° 2 del PDCP dispone una excepción a la competencia, proveniente del Derecho internacional, a través de los principios generales del Derecho internacional, sin identificar qué clase norma en relación con su fuente pudiese ser ella (aunque siempre respetando el principio de la irretroactividad del Derecho).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Constitucional en el caso ‘*Antuco*’, en su considerando 6°).⁸⁴ De esta manera, se tiene razón cuando se sostiene que “por mucho que en un reglamento dictado por la Administración puedan definirse conductas con exquisita precisión, el principio de legalidad en nuestro sistema exige que sea precisamente el legislador quien se encargue de delimitar claramente lo que se castiga” (F. Muñoz Conde y M. García Arán).⁸⁵

La concurrencia del principio de jerarquía normativa sobre el contenido del principio de legalidad determina un cierto orden jerárquico en las normas. Esto tiene una especial trascendencia en materia de reglamentos. Por lo visto de nuestro principio, la ley goza de una reserva constitucional en materia de delitos y penas. Esto implica para la clase “reglamento” lo siguiente: Primero, que no cabe regular estas materias por reglamento autónomo (art. 32 n° 6 p. 1ª CPR). Segundo, que de acuerdo a lo que ha dictaminado una conocidísima jurisprudencia, desde el fallo ‘*Cerda con Rotgers*’, el reglamento subordinado sólo puede concretar y precisar lo establecido en la ley, *sin establecer más requisitos o condiciones* que las reguladas en el marco legal⁸⁶ (art. 32 n° 6 p. 2ª CPR). Tercero, fuera de ella queda una opción teórica: la remisión normativa. Ésta señala que un reglamento puede normar materias de ley, en ciertos casos, más allá de la propia regulación legal (sólo con finalidad de darle operatividad o ejecución a la ley), si y sólo si existe una remisión directa de la propia ley a la complementación del reglamento.⁸⁷ En materia penal, sólo es en este último caso donde cabe al reglamento extenderse en ciertas y muy determinadas condiciones para la complementación de la punibilidad, que el propio principio de legalidad penal le fijará.

Dado el principio de certeza jurídica, bajo la égida del valor de la previsibilidad, exclusivamente, que se concreta en que la construcción del Derecho deba permitir en todos los ámbitos penales la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, se ha propuesto de manera complementaria a la legalidad penal, que los reglamentos suplementarios de las leyes penales en blanco, dispongan la advertencia de la posible sanción penal prevista por la ley (*remisión inversa*), que acarrearía la infracción de las normas reglamentarias⁸⁸. La no

⁸⁴ Es importante rescatar aquí que, en ninguna otra materia, los ciudadanos se enfrentan al máximo poder del Estado, capaz de quitarle su propia vida y su libertad, los dos bienes más importantes para el Estado de Derecho, en los que reside la cuestión nuclear de la protección a la personalidad de los individuos. Tal ausencia de dichas razones en otros ámbitos, permiten mayor flexibilidad al principio de legalidad en diversas ramas del Derecho, pero no en la penal.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edic. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 105. En la misma tónica, el Tribunal Constitucional de Alemania ha dictaminado que el “legislador debe expresar inequívocamente la autorización para la conminación penal, así como perfilar de un modo tan exacto su contenido, finalidad y alcance que los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena sean ya previsibles para el ciudadano por la propia autorización y no por el reglamento en el que se apoya” (BVerGe 14, 174 [185 ss.]; 14, 254 [257]), citado por JESCHECK, H. y WEIGEND, Th., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad.: Manzanares, 5ª edic. Granada: Comares, 2002, p. 123.

⁸⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de mayo de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LIII, 1966.

⁸⁷ Corte Suprema, inaplicabilidad, ‘*Watt’s Alimentos con Fisco*’, *Gaceta Jurídica* n° 159 (1993), pp. 40 y ss.

⁸⁸ Vid. TOZZINI, C., (siguiendo a Bacigalupo) “El Principio de Legalidad” en: GUZMÁN, J.L. (Coord.), *El Penalista Liberal*, B. Aires: Hammuraby, 2004, p. 263.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

advertencia reglamentaria, bajo la teoría administrativa de los reglamentos, establece que por infracción a los principios del Derecho (como el de legalidad penal), el reglamento incurriría en ilegalidad, sancionable mediante la inaplicabilidad, que se hará valer a través de la mera “excepción de ilegalidad” o de oficio por el juez.⁸⁹

e)

A todo lo anterior debe sumarse otra consideración necesaria para la estabilidad: que el producto normativo del procedimiento del legislativo, la norma penal, *no sea emitida en un medio que carezca de fijeza externa*, por ejemplo, mediante la mera oralidad. Si bien es cierto que se debe conjeturar por el destinatario las circunstancias de orden externo, eso no implica que al menos el legislativo no ofrezca ciertas estabilidades externas mínimas, que no acentúen aún más el problema epistémico. Y tal fijación parece lograrse en mejor medida, mediante el recurso de la *escrituración*. Ello porque la permanencia de la escritura permite la mantención de la forma de las expresiones normativas.⁹⁰ A esto se le puede llamar la “garantía de la *lex scripta*”.

f)

Esta conjunción entre la certeza jurídica como posibilidad de creencia racional para prever, más la seguridad jurídica, deben ofrecernos un puerto de amparo no excesivo para el ejercicio de la potestad punitiva.

En la medida en que para el ciudadano sujeto al orden penal, la legislación sea una razón legítima para la acción o inacción en una situación dada, y le permita prever o calcular (al menos conjeturalmente) el resultado penal de su eventual conducta, entonces la ley lo está tomando en su debida consideración racional.

Al revés, si la ley desfavorable se le aplicase retroactivamente, estaríamos en la situación en que el Derecho Penal, bajo la *apariencia* de estabilidad y certidumbre estimula a la gente a confiar, planificar y a hacer uso de su libertad, sea en un sentido ‘A’, ‘B’ o ‘C’, para luego frustrar completamente dicho curso de razón y de acción.⁹¹

⁸⁹ Es aceptado en el Derecho que la juridicidad de una norma reglamentaria, se juzgue incluso en contrastación a los principios jurídicos bien determinados. Vid. con cita de jurisprudencia comparada, PIERRY, P., “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, *Revista de Derecho* de la UCV, n° 8 (1984), pp. 161 y ss. y también OELCKERS, O., “El Principio de Legalidad como Supuesto de la Potestad Administrativa”, *Revista de Derecho* de la UCV, n° 1 (1979), pp. 149 y 150.

⁹⁰ Esta permanencia no es ciertamente absoluta. Así, por ejemplo, en nuestra lengua castellana, la edición del IV centenario de “Don Quijote”, debió lidiar con los sucesivos cambios que se han ido introduciendo por error de las diversas ediciones que se han dado en el tiempo. Vid. RICO, F., *Nota al Texto*, en: *Don Quijote de la Mancha*, RAE y AALE, 2004, pp. LXXVII y ss.

⁹¹ En tal sentido J. Raz, quien señala que: “Los males de las expectativas frustradas son más grandes. Muy aparte del mal concreto que causan, ofenden también a la dignidad [que nuestra Constitución protege en el art. 1] al no expresar respeto alguno por la autonomía de las personas. El derecho en tales situaciones estimula la acción autónoma únicamente para frustrar sus objetivos. Cuando tal frustración es resultado de acción humana o resultado de la actividad de instituciones sociales, entonces esto expresa desprecio [hacia el ciudadano]. Con

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

A su vez -en tanto que beneficio- le permite al sujeto gozar de los beneficios de una ley penal más benigna, pues al tomar en cuenta una disposición que lo favorece, no le significará un menoscabo en su consideración, en orden a provocarle una frustración del tipo negativo de las expectativas objetivamente consideradas. Al contrario, la ley penal más beneficiosa le está abriendo o ensanchando posibles cursos de acción, y así abriendo su libertad (un valor favorecido por el sistema jurídico). De todas formas, la actuación o ámbito propio de nuestro principio queda limitado, *prima facie*, por las razones procesales de seguridad jurídica que provee la preclusión final del fallo y también la autoridad de la cosa juzgada.⁹²

Para enfocar el asunto de los tres valores protegidos por el principio, debemos tomar una decisión sobre la relación formal que regirá a dichos valores. Esa relación será de *conjunción* y no de *disyunción*, por lo que la satisfacción de ellos será requerida para determinar la propia del principio de legalidad.

- De ahí que el ciudadano ofendido tenga la adecuada protección a sus expectativas penales, pero sólo en el dominio que el valor lo alcanza (del imperio del Derecho).

- Por su lado, en lo referido a la parte sometida al poder punitivo estatal, también se deberá satisfacer por todos los elementos que configuran la punibilidad de manera necesaria y suficiente, tanto respecto de la objetividad, como de la certeza y seguridad jurídica. A ello se le puede llamar la “garantía de la *lex previa*”. Y el Derecho lo reconoce en múltiples normas, como el art. 19 n° 3 inc. 7 CPR: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley expresamente promulgada *con anterioridad a su perpetración*, a menos que una *nueva ley favorezca al afectado*” o el art. 18 CP. Y a nivel internacional el art. 15 n° 1 PDCP hace lo propio, al disponer: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.⁹³ Similar línea sigue la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 9.

frecuencia es análogo al fraude: uno es alentado inocentemente a confiar en el derecho y después tal seguridad es retirada y aquella confianza es convertida en la causa del daño”. RAZ, “El Estado”, cit. nota n° 77, p. 277.

⁹² De acuerdo a nuestra tradición, la inmutabilidad de la sentencia final impide el actuar del principio de legalidad, aun a favor del reo. Por tanto, no puede, *prima facie*, modificarse la sentencia ejecutoriada en el propio juicio, no obstante dictarse una nueva ley sobre el caso. Se requiere, entonces, de otras razones, *auxiliares*, capaces de *derrotar* dicha inmutabilidad, para abrir la puerta a la aplicación de la ley penal nueva, y que fundamenten así la validez del inc. 3° del art. 18 CP (el que permite modificar la sentencia definitiva firme condenatoria, frente a una nueva ley más favorable).

⁹³ En el ámbito internacional, se exige que incluso la construcción de un *principio* mediante el cual se pretenda la punición de una persona, deba tener una validez de manera *previa* a la comisión de los actos que busquen punir: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, *en el momento de cometerse, fueran delictivos* según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional” (art. 15 n° 2 PDCP). En ella se plasma la *ligazón* del momento de la comisión del delito con el previo surgimiento del principio.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Esto último implica que tanto los elementos positivos, como los negativos -cuya ausencia constituyen condición necesaria de la procedencia de la punición y, por ende, merecen el calificativo de contractantes de la punición-, deben satisfacer ambos niveles de valores. Así, por ejemplo, no se puede pretender retirar retroactivamente una eximente de justificación que ampare al ciudadano juzgado.⁹⁴

5.2.

Aún queda nuestro principal problema, las deficiencias cognoscitivas, de lenguaje y lógicas que presenta el principio y la reconstrucción de la ley penal por parte de los sujetos a quienes va dirigida.

El examen aquí debería arrojaros cierta luz sobre la importancia de la concreción del principio.

5.2.1.

Sobre el problema de la cognoscibilidad de la ley penal, hemos visto que por el limitado o mediado acceso epistémico al mundo -que todos tenemos- sólo podemos *conjeturar* sobre la construcción de la posible norma penal que otros han realizado. Pero aquí las opciones no son muchas: o bien, nos quedamos con la posibilidad del conocimiento por conjetura, o bien, no nos quedamos con ninguna cosa, frente a la aplicación del poder punitivo.

Las razones de seguridad y certeza jurídica nos hacen inclinarnos ante la primera muy pálida opción, y, a la vez, someternos a nuestra limitada condición como humanos.

Esta opción toma una consecuencia importante para el resto del desarrollo del principio. Para sus *emisores* (funcionarios estatales) es un llamado de atención, frente a los destinatarios de sus leyes y las resoluciones enjuiciadoras de la validez constitucional de las mismas. Para sus *destinatarios* (jueces, administrativos y particulares), quienes deben reconstruir las normas penales, deben tomar conciencia de que están tomando, necesariamente, ciertas consideraciones metodológicas y epistemológicas. Estas son: a) Que no tienen un acceso de conocimiento directo ni al Derecho Penal ni a la ley penal; b) Que están reconstruyendo el Derecho y la ley penal, a partir de *hipótesis* puestas por ellos mismos, es decir, conjeturadas; por lo que tales hipótesis pueden ser muy consensuales, pero siguen siendo hipótesis sin origen fundado, que han sido escogidas por ellos (los reconstructores), y c) Que en su calidad de hipótesis, y al carecer de fuentes de autoridad cognoscitiva entre los humanos: ellas siempre serán susceptibles de error y, por tanto, desde

⁹⁴ Este punto es importante pues en el caso del juzgamiento de los disparos tras el muro de Berlín, precisamente se afectó uno de los elementos *contra-actantes* de la punibilidad de manera retroactiva (vid. ALEXY, R., “Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal. La Doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los Homicidios Cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín”, DANIEL (Trad.), *Doxa*, n° 23 (2000), pp. 197 a 230.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

el punto de vista epistemológico, su carácter será *provisional* (susceptible de corrección o cambio constante).

Para los jueces, a causa de la configuración del proceso de toma de decisiones públicas en el “corto plazo”, una vez aceptada una hipótesis reconstructiva en la sentencia, la decisión de éste no podrá ser cambiada por él mismo, pero sí en el largo plazo, fuera del proceso, siempre podrá corregir la opción reconstructiva.

Pero aceptar que tenemos una conjetura, igualmente nos arrastra a la arbitrariedad, pues bastaría sólo conjeturar para que se vuelva válida dicha construcción. Se requiere una decisión razonable dentro del abanico de posibilidades interpretativas, que nos eviten caer en la arbitrariedad. Desde esta perspectiva, *la construcción de la legalidad penal es una construcción metodológica*. Esto quiere decir que, la teoría reconstructiva de la validez de las normas penales debe pasar el examen de ciertas pautas o cánones metodológicos, para determinar: i) la racionalidad de la construcción y sus puntos críticos (a efectos de que mediante la crítica podamos intentar un mayor perfeccionamiento del Derecho), y ii) la selección provisional más razonable de una teoría, frente a otras posibles o necesarias alternativas (para los efectos de su aplicación en el caso particular).

La implicancia de ello estriba en la exigencia para el reconstructor -sea un juez de la instancia o de nulidad- de volcarse al examen de las pautas y cánones metodológicos específicos para el ámbito de lo jurídico y en particular penal. El examen particularizado de las pautas metodológicas, con mucho excede el ámbito de este trabajo;⁹⁵ de todas formas esbozaré un esquema de ello, lo que será aplicable en partes del mismo.

La hipótesis reconstructiva de la validez que se pretenda presentar, debe pasar por tres *niveles* en la argumentación. Dos contextos, el de fundamentación (primer nivel) con carácter de general, y el de aplicación (tercer nivel) con carácter principalmente singular y retazos generales, y, en el segundo nivel, la reconstrucción de las normas generales (discurre con un lenguaje mixto). En el de fundamentación, tenemos la hipótesis inicial de la teoría en donde se alude a los valores, intereses y bienes jurídicos que se pretende proteger mediante el Derecho que se reconstruirá. Éstos deben tener especificidad conceptual suficiente y la potencialidad de desarrollarse en consecuencias (jurídicas), que así se interconecten con la reconstrucción tentativa de las normas generales. De esta manera, la reconstrucción de las normas es una labor teórica y queda, además, cargada de valor. Y, al final, dado que el Derecho está pensado para la práctica y no meramente en abstracto,⁹⁶ debe conectarse con el desarrollo tentativo de las consecuencias en casos

⁹⁵ Este tema lo he tratado ya en GANDULFO, “La Validez”, cit. nota n° 7, pp. 502 *in fine*.

⁹⁶ Observemos que la visión práctica influye ya desde la perspectiva teleológica del Derecho. En este sentido, el Derecho lo queremos para algo (bueno o malo), lo que se puede ver a todo nivel. Desde el punto de vista del ciudadano común, nadie se acerca a un kiosco a las 10 am., simplemente para realizar un contrato cualquiera en abstracto con el quiosquero, sino que se le acerca para lograr algo, a efectos de satisfacer una necesidad usualmente de hambre. Lo mismo a nivel del Congreso, las extensas discusiones no se dan simplemente con abstracción de toda realidad. El Derecho aquí es un subproducto de la política y ésta se

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

particulares o singulares, lo que se logra mediante ejemplos imaginarios y casos jurisprudenciales (configurándose también como un nivel teórico). De esta manera delineamos la validez en general y para lo particular de las normas jurídicas, produciéndose así un proceso evolutivo de especificidad técnico-teórica que permita deslindar los casos particulares que entran en el dominio de validez de una norma, respecto de los que están fuera de ella, con la carga del valor jurídico comprometido.

Esta compleja conjetura reconstructiva de alguna figura del ordenamiento debe ser sometida a *crítica jurídica* mediante ciertos *criterios de control*, sobre la racionalidad de la teoría, y que operan como razones metodológicas para la selección y exclusión de las diversas hipótesis que contengan más problemas o errores, en vistas de la reconstrucción más razonable de la legalidad.

A no sorprenderse, pues aquí vuelven a introducirse un par de instrumentos ya conocidos: el lenguaje y la lógica, pero su intervención es bastante más débil, en vista a las críticas que llevaron a la crisis del principio. Los criterios o ítems de control son al menos cuatro:

- Los valores jurídicos comprometidos. Aquí se revisa, en combinación con otros ítems, el concepto que se maneja de aquéllos, la potencia en consecuencias, su posibilidad de admisión en un Estado de Derecho, su relación con el resto de los niveles, llegando hasta la revisión del cumplimiento de la pretensión de lo protegido en el nivel de la aplicación;
- La voluntad de quien detente el poder normativo. El criterio de la historia fidedigna ha pasado por altos y bajos, teniendo nuevamente un reposicionamiento sobre la teoría. Aquí concuerdo en alguna medida con R. Dworkin, en el sentido de que este criterio mira más bien a la orientación político-legislativa, como una teoría objetiva, que tiene consecuencias directas a nivel del contexto de fundamentación;⁹⁷
- La articulación lógica de la teoría, en dos aspectos: uno interno y otro externo. En el interno, la lógica revisa los pasos que interconectan internamente los diversos niveles de los enunciados del discurso de la teoría y las consecuencias necesarias que ella tenga, tanto los previstos y queridos como incluso los no previstos explícitamente por ella y no queridos (que son los más importantes, usualmente para la resolución de los casos difíciles), así como también los que presente pero no tengan conexión con ella. Mediante este recurso se permite, por ejemplo, ver lo realmente fructífero y controlado de un concepto de bien jurídico protegido con que se trabaje en relación con el segundo nivel, y asimismo permite revisar el real cumplimiento de las expectativas protectoras de un bien jurídico a nivel de la aplicación. La importancia de ello es que si mediante el desarrollo lógico no se cumplen las

encuentra enfocada a satisfacer necesidades prácticas de protección y orden de la vida de los ciudadanos. Esto configura el carácter instrumental del Derecho, que influye en nuestra comprensión reconstructiva del Derecho, en especial, del Derecho Penal. Que la actividad jurídica, sea normativa o interpretativa, se avoque a ciertas abstracciones, viene justificado precisamente por la imbricación de sus consecuencias en la vida práctica.

⁹⁷ DWORKIN, R., *El Imperio del Derecho*, Trad.: FERRARI, Barcelona: Gedisa, 1988, pp. 223 y ss.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

expectativas, y aún así se dice que se cumplen, eso significa dos cosas: o bien, que es falso lo pretendido por la teoría, o bien, que se está tratando de justificar cualquier solución como dentro de la teoría, tanto la que se sigue como la que no. En el externo, se revisa la interconexión de la reconstrucción de una figura penal con otras de su mismo nivel, para revisar su debida articulación, por ejemplo, de la malversación de fondos con la apropiación indebida, en el caso del *extraneus*; asimismo, permite revisar la viabilidad jurídica de la reconstrucción de una figura penal, en relación con otras instituciones superiores, sea de nivel constitucional, por ejemplo, con la garantía de la libertad de conciencia, o incluso del propio nivel legal-penal, con figuras de la parte general; y

- La potencialidad explicativa o comprensiva sobre el lenguaje normativo legal. Esto, como ya lo sabemos, viene incorporado no como se entendía en la concepción prístina de la Codificación, sino asumiendo todas las limitaciones ya vistas y su carácter de marco interpretativo (lo que importará al jurista, asumir una actividad de lexicógrafo aunque sea de diccionario). Su especial participación en la reconstrucción del principio de legalidad penal, en conjunción con los otros criterios, es lo que examinaremos en adelante.

En suma, la hipótesis que pase mejor nuestra selección metodológica, será considerada la construcción más razonable de la legalidad vigente dentro del amplio abanico de posibilidades.

5.2.2.

El punto de vista lingüístico y así el lógico se suman al problema cognoscitivo, y esto acarrea una mayor carga de trabajo para nuestro principio, en relación con sus valores protegidos. Dicha carga rebota con mayor fuerza sobre la configuración de la subnorma de la *lex certa* o de especificidad del lenguaje.

En esta subnorma debemos tener mucho cuidado, si no queremos zozobrar en las complejidades que ofrece el lenguaje, que se extremen aquí. Por lo anterior y dado el carácter instrumental del Derecho, la pregunta que hemos de hacernos es: ¿para qué específicamente queremos esta subnorma?, en otros términos, ¿cómo vamos a servir a nuestros valores protegidos? Si apuntamos al fin de la objetividad en la aplicación y de la certeza y seguridad jurídica, entonces nuestra regla debe exigir de los potestados normativos que entreguen limitaciones cualitativas en sus normas, respecto de la aplicación de la coacción punitiva y así a la reconstrucción del Derecho Penal mismo que pudiese hacer el juez. Pero esto no es tan simple de mirar.

Existe una serie de problemas conectados entre sí: *i.* Lo que entrega el legislador directamente, desde el punto de vista del proceso epistémico, no son normas sino oraciones normativas a reconstruir en normas; *ii.* se puede apuntar a restringir las posibilidades de diversas interpretaciones mediante la ley o las diversas posibilidades de una interpretación; *iii.* se puede usar un procedimiento *a priori* o *a posteriori* para efectuar el control; y *iv.* el

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

objeto de la restricción puede apuntar a las cadenas de fonemas o las oraciones ya interpretadas.

Debemos ser en extremo conscientes de las limitaciones del lenguaje, para efectos de la construcción de la legalidad penal. Aquél tiene una base constructiva mediante *signos* (externos) que requieren de su decodificación por parte de sus destinatarios. Ello implica una separación entre el sujeto y el contenido informativo que pretende traspasar el lenguaje mediante la oración normativa, e implica la *necesidad de su reconstrucción* en cuanto norma, por parte de sus destinatarios, para poder comprender el contenido o sentido de la oración, y así determinar su dominio normativo de casos particulares. Por tanto, la especificidad del lenguaje es evaluada no en bruto, sino mediante *alguna reconstrucción semántica* que se haga y que arrojará el dominio de casos de la norma. La importancia del sentido y del dominio de casos es que permiten al destinatario saber si su caso “cabe” dentro de las normas, por lo que el examen que se realice respecto de la especificidad de la ley penal, recaerá sobre la semántica y la extensión de dicho dominio.

Observemos que la separación entre el signo y el destinatario, produce una incertidumbre de tipo epistémico respecto del resultado interpretativo mismo, pues siempre quedaremos en la conjetura (según vimos). Pero no por ello debemos considerar que cualquier reconstrucción sea válida, sino que debe someterse a cánones metodológicos. De ahí surge el primer problema, relativo a: *¿de acuerdo a qué evaluamos la especificidad informativa de la oración normativa?* Esto es muy importante para la labor revisora del juez constitucional en lo penal: si se evalúa como mera reconstrucción lingüística, de un marco de posibilidades, o sobre una teoría particular, ya aplicado el aparato metodológico. Esa decisión no da lo mismo, pues el lenguaje de la Codificación, como único criterio metodológico, tiene serias limitaciones que, de hecho, han originado la intervención de otro tipo de criterios de control en una combinación metodológica, como los ya mencionados.

En este marco, el propósito de la subnorma es importante de determinar:

- Si determinamos que la limitación es para el lenguaje en bruto, entonces la *lex certa* es para limitar las variantes interpretativas que un juez pudiese adoptar en los casos, pero siempre suponiendo, a lo menos, una mínima reconstrucción metodológica.
- Si referimos la limitación al resultado del proceso metodológico de una teoría, entonces es para la precisión de las posibilidades interpretativas resultantes de esa teoría.

La primera opción sólo implica hacer determinaciones *a priori* a la aplicación del complejo metodológico del Derecho. Mientras que la segunda permite una determinación *a posteriori* de las posibilidades interpretativas, como expondré (aunque ello tiene, en principio, un dejo contraintuitivo).

Dada la apertura lingüística, se vuelve en extremo complejo revisar una a una las diversas posibilidades lingüísticas y, posteriormente, dirigir nuestro examen -determinado ya

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

aquello- a los exámenes de los tipos de violaciones en que se puede incurrir. Y es cuestionable que debamos prescindir de los otros criterios metodológicos que no sea el meramente lingüístico. Por una parte, la regla de especificidad del lenguaje, también permite la conjunción de oraciones normativas de diversos artículos para la construcción y evaluación de dicha especificidad -según veremos- lo que implica la intervención del criterio *lógico* para lograr dicha conjunción (lo que excluye la sola utilización del criterio lingüístico). Por otra, la especificidad del lenguaje supone su decodificación para saber si es o no específico; pero ello *no se hace desde ningún lugar* sino que, como ha mostrado la filosofía de la ciencia, el significado conceptual de los términos *depende de la posición teórica en que nos encontremos*, lo que supone la *influencia de las hipótesis iniciales de cada teoría*, en nuestro caso, de las *valoraciones* de que partimos. Pero asumir ello, también puede llevarnos a una peligrosa circularidad argumentativa.

Una variante más simple y elegante para el examen constitucional puede ser la siguiente. Ahorrarnos el trabajo *a priori* en la apertura lingüística, y dejarle la tarea de cierre, al proceso metodológico de control y selección de la mejor teoría de interpretación de una figura. Es así que seleccionando la mejor interpretación, la metodología nos devolverá al mundo de la *norma* o de la oración normativa ya interpretada. En este caso, la cuestión lingüística de la norma se encontrará entrelazada o imbricada en una red argumentativa de varios niveles (el nivel de fundamentación, el de reconstrucción de normas -explícitas e implícitas- y de aplicación), perteneciente a la construcción teórica de que se trate.

La presentación que se hace es razonable pues, entonces, lo que estamos evaluando ahora son normas jurídicas y no meras cadenas de palabras que se abren en muchos sentidos o normas posibles (o incluso en variaciones de ellas). Porque, precisamente, las normas legales son las que violentan con su falta de especificación, la exigencia de aplicación objetiva del Derecho Penal mediante la aplicación de *criterios político-criminales legales* y permiten la generación de criterios extralegales, con consecuencias graves para la seguridad y certeza jurídica.

Debe tenerse muy presente, que la reconstrucción que se haga del lenguaje normativo (incluyendo el dominio de casos) la efectúa el propio intérprete; es decir, es la *hipótesis reconstructora de la norma del intérprete* la que se *somete a examen* de especificidad de la subnorma. Así, si es el Tribunal Constitucional el que somete a control una norma penal, entonces es la propia reconstrucción dogmático-penal que *dicho* Tribunal estime metodológicamente correcta, la que es revisada para ver si satisface los criterios de la *lex certa*. Y es dogmático-penal necesariamente, porque es *ese* sentido o norma la que debería aplicarse al caso particular por el juez judicial.

El carácter *a posteriori* del control viene dado en razón de que es este sentido normativo reconstruido e imbricado en la argumentación de la oración legal, el que es examinado para ver: cuánto influye el mejor sentido metodológico de la oración legal, es decir, la norma misma, en la solución del caso mediante la reconstrucción del Derecho Penal al caso particular. Revisamos al interior de la teoría interpretativa, cuánto *espacio lógicamente dejó*

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. Nº 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

el *sentido* de la oración normativa a la libertad de la construcción de la interpretación y, por lo tanto, a la actuación del intérprete-juez, para la *creación de criterios político criminales*.

Lo que a mi juicio complica en mayor medida la comprensión de esta subregla, es la concurrencia sobre el lenguaje penal del principio de igualdad.⁹⁸ El uso de términos *generales* en las oraciones legales, promovido por el principio de *igualdad*, es una característica deseable. Permite cierta abstracción del juzgador tratando con clases de sujetos y de circunstancias como elementos de enjuiciamiento contrastados con las circunstancias particulares, evitando *cierta* contaminación con razones privadas, al exigir razones público-generales como elementos de justificación y, además, implica un compromiso con el Estado de Derecho y el llamado “gobierno de las leyes”, por contraposición al gobierno de los hombres basado en decisiones u órdenes particulares.

Se debe tener conciencia de que la generalidad de las palabras, es, como dice F. Schauer, una cuestión *relativa*, “puesto que lo particular en un ámbito puede ser general en otro”,⁹⁹ en otros términos, lo que puede ser muy general para una regulación penal, puede no serlo si lo trasladamos a otra. De ahí que podemos encontrar una diversa calificación de lo general, respecto a toda la producción penal. Por ejemplo, al nivel de concreción de la imputación penal existe una mayor especificidad (parte especial) que al de las reglas operativas de todo el sistema (parte general). Y esto nos da pie para introducir el siguiente criterio de distinción:

Todo discurso jurídico se encuentra imbricado, dentro de sus diversos niveles, por una serie de conexiones necesarias y suficientes. Esta interconexión holista tiene trascendencia para el intérprete, pues, a diferencia de la estimación ilustrada, un fragmento del discurso, como un artículo, no es suficiente para obtener toda la información necesaria para su correcta comprensión y aplicación. Requiere ser insertado en esta red discursiva, para que lo tome el contexto que permite su adecuada decodificación. Pues bien, el articulado del Código Penal presenta diversos niveles del discurso y de generalidad. En tal sentido, parece razonable la división metodológica del discurso legislativo, en consonancia con la Codificación, de establecer: *a)*, normas *más generales*, que ofrezcan las nociones bases para la comprensión y desarrollo del sistema, que se contemplan en la parte general, y, *b)*, en concordancia con lo anterior, normas de menor generalidad, que tipifiquen y establezcan punibilidad, bajo clases de circunstancias más acotadas.¹⁰⁰ Si lo miramos desde un punto de vista más de fondo, el uso de la generalidad viene restringida en la parte que permite la referencia base de la previsión respecto de la posible coacción estatal: la parte especial del Derecho Penal.

⁹⁸ Esto muestra que la especificidad del principio de legalidad no agota todas las características de la ley penal, sino que sobre ella pueden concurrir otros principios en su formación, como el de igualdad, para su carácter general.

⁹⁹ SCHAUER, F., *Las Reglas en Juego*, Trad.: ORUNESU y RODRÍGUEZ, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 79.

¹⁰⁰ Básicamente, se enuncia la clase de sujeto que ha de realizar alguna clase de acción principal determinando clases de circunstancias relevantes, y de ahí se deriva su penalidad así como las variantes de participación y punibilidad correspondiente y otras variantes.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Sobre el catálogo de delitos y penas es donde el Derecho Penal *pretende* poner la máxima rigurosidad posible. Cada uno de ellos constituye el arquetipo y base sobre el cual trabajar, respecto de las diversas variantes que se presenten. En otros términos, ellos constituyen la referencia conceptual para la aplicación en el caso particular, del resto del aparato conceptual más general, por ejemplo, sólo se es autor de una clase de delito y no en general, por lo que la definición de autor tal y como el que “ejecute el hecho”, *toma sentido* en el caso *en relación con el tipo* (lo mismo corre para el *iter criminis*).¹⁰¹ De hecho si no se hiciera así, las normas más generales que están en el contexto, para la aplicación de una norma de la parte especial, así como las diversas posibles combinaciones de aquéllas, deberían especificarse para cada subclase de combinación en cada norma de la parte especial.

La aceptación de esta estrategia técnica de separación trae como lógica consecuencia, tener que aceptar diferentes *grados* en la *siempre presente generalidad*, para las diversas partes que estemos tratando. *i) Más general*, para las bases del sistema penal,¹⁰² y *ii) menos generales* para las que son el eje o referente en el juicio de la punición en cada caso.

Por lo expuesto, lo más problemático para los bienes jurídicos afectables por el Derecho Penal, tiende a ser el lenguaje en esta segunda sección “*ii*” (y que analizaremos a continuación), sin perjuicio de la afectación un tanto más indirecta de la parte general.

Hemos visto para la reconstrucción del Derecho Penal, que el uso de un lenguaje general puede, asimismo, acarrear problemas. En efecto, deja un mayor ámbito a la discrecionalidad interpretativo-judicial, y permite lesiones a la objetividad en la aplicación y a la previsibilidad de la reconstrucción;¹⁰³ por ejemplo, se puede utilizar la máxima *clase*, ‘de las sanciones’, para señalar, “si alguien realiza la acción de matar, será *sancionado* por el juez”, suministrando información sólo respecto de que alguien va a ser sancionado, pero no de qué sanción se trate ésta. En suma, mucha generalidad hace disminuir los controles sobre la reconstrucción del Derecho, incluyendo su aplicación.

Frente a esta afectación de los valores involucrados del principio de legalidad penal, el Derecho tiene la pretensión de control mediante la subnorma de la *lex certa*. Esto se refiere a que la ley general deba poseer la característica de mayor especificación posible; en tanto lo permita trabajar con clases de conductas y pueda tener relativa flexibilidad para la

¹⁰¹ Como señala S. Yáñez, hablando acerca del propósito del constituyente sobre los tipos penales, la “determinación de las figuras delictivas se harán en el texto mismo del precepto legal o se concluirá de la *conjugación de distintas leyes*”. YÁÑEZ, S., “Las Leyes Penales en Blanco”, *Gaceta Jurídica*, n° 58 (1985), p. 8. La cursiva es mía.

¹⁰² Como nos recuerda G. Jakobs, en materia de imputación de la parte general no rige la exclusión de generalización. Por ejemplo, en materia de la participación, tiende a reinar una mayor generalidad (vid. art. 15 CP) o en la determinación de las penas en general, que la que hay en la determinación de las pautas conductuales de los delitos. Asimismo, tampoco se da en materia de causas de justificación, lo que tiende a favorecer al propio delincuente. JAKOBS, *Derecho*, cit. nota n° 25, pp. 89, 106 y 107.

¹⁰³ Más o menos también así, aunque con una carga interpretativa del tipo preventiva, ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, p. 169.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

adaptación a la diversidad de las circunstancias. Como se ve, en la pretensión de la actual característica parece haber, en el peor de los casos, una *contradicción* entre estos dos caracteres (especificidad y generalidad) y, en el mejor, una *tensión* fundamental, que hace que la construcción de esta subnorma resulte sumamente compleja, cuando no vacua o meramente formalista.

En general, podríamos intuir dos formas en que pueden verse afectados los valores en esta subnorma cuando enfrentamos la parte especial (aunque también puede aplicarse en lo que corresponda a la parte general): una directa y otra indirecta:

a)

Mediante una *violación derecha y abiertamente del principio*, esto es, cuando la ley no contempla ningún criterio político-criminal, sea para imponer la pena o para la construcción del supuesto. En los Estados de Derecho es difícil de encontrar este tipo de violaciones. Para efectos metodológicos, podemos distinguir la afectación en las dos partes de las normas, esto es en la consecuencia jurídica y en los supuestos operativos de ésta.

- La determinación de esta clase de infracciones, se realiza de acuerdo a la teoría de la construcción técnica de la pena. Dentro de los elementos o criterios político-criminales sobre la penalidad están la *determinación de la clase de bien jurídico afectado* por la pena y *La medida de la afectación* de dichos bienes. En efecto, respecto de lo primero, en el centro del sistema penal se encuentra la libertad de movimiento -sumado a otras libertades específicas, como la de realizar ciertos trabajos-, y juntamente a ello el patrimonio, el honor y eventualmente la vida. Así, un ejemplo de violación directa sería: “el que realice una acción ‘F’, será sancionado con la pena que determine el juez”. Y en cuanto a lo segundo, por ejemplo, si son 5 UTM, si es presidio menor en su grado mínimo a medio. Como eje fundamental para la aplicación de dicha exigencia, la ley penal ha creado todo un complejo sistema de medidas de la pena, basado en diversos criterios, que dan un marco al juez y al resto de los ciudadanos para la determinación de la posible afectación penal. Esto, por supuesto, se determina en relación con los tipos penales: la especificación según si el tipo incluye a ciertos partícipes, por ejemplo, el autor, y el grado de *iter* delictivo, por ejemplo, el grado de consumación. A ello se suman ciertas circunstancias especiales que agravan o atenúan la penalidad dispuesta así legalmente. Un caso extraño que podríamos crear es aquel que diga: “El que realice la conducta ‘Y’, será sancionado con la *pena de privación de libertad*” o “*de multa*”, ambas a secas, pudiendo el juez optar por cualquier solución dentro un exageradamente amplísimo rango de privación de libertad o en la otra norma de privación patrimonial. La idea que concreta aquí el principio de legalidad penal es el rechazo jurídico a las penas indeterminadas, sean personas adultas o menores de edad.

- Respecto a los supuestos operativos, el caso más paradigmático lo constituye el tipo penal de los delitos (aunque también podría serlo el de las reglas sobre, por ejemplo, la

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

antijuridicidad¹⁰⁴). Puede tratarse de una norma que no contenga los elementos indispensables de construcción de los criterios político-criminales del tipo penal. De acuerdo al propósito del constituyente, la idea plasmada en el art. 19 n° 3 inc. 8 CPR, es la de brindar una protección al ciudadano *mediante* la técnica del *tipo penal* sobre conductas.¹⁰⁵ Dicha alusión al tipo se hizo mediante la palabra “conducta”, sin comprometerse de manera expresa con una teoría *fija*.¹⁰⁶ La noción a que alude “tipo” o “conducta” no está expresamente definida por la Constitución, sino que es una construcción *teórico-técnica* y es a ella que debemos remitirnos para saber qué es y a qué elementos constitutivos debemos recurrir (S. Yáñez).¹⁰⁷ Es claro que dicha noción es variable, pero la teoría (o la mejor teoría) es la que debe señalarnos cuáles son aquellos elementos a los que se debe remitir el juicio, para saber qué criterios buscar. Esto implica que para hacer la evaluación, el enjuiciamiento debe introducirse necesariamente en la densidad *teórico-técnica* del tipo penal. Así, por ejemplo, se señalan como pilares básicos de la estructura del tipo la *acción*, el *objeto material* sobre que recae o en relación con el cual se realiza la acción delictiva, el *resultado*, los sujetos involucrados, y algunas *circunstancias externas al hecho*, de lugar o tiempo.¹⁰⁸

El punto tiene trascendencia en relación con la exigencia constitucional del art. 19 n° 3 inc. 8. Como bien es sabido, no enuncia que la conducta esté *completamente* expresada en la ley. En otros términos, no exige que todos y cada uno de los criterios generales, constitutivos de la pauta de conducta, mediante los cuales se haga el enjuiciamiento punitivo, sean de origen legal. La teoría tradicional de la “esencia del tipo” es excesivamente estrecha y no da lugar a distinguir las diversas variedades del tipo, pues con tal criterio todos los tipos tienen la potencialidad de ser de mera actividad y satisfacer la teoría esencialista.

La trascendencia de ello para la objetividad, la estabilidad y la previsibilidad, estriba en que si el tipo no tiene límites de agregación de criterios, tanto el juez como la Administración

¹⁰⁴ Sobre la antijuridicidad y la legalidad penal, Vid. MORESO, “Principio”, cit. nota n° 34.

¹⁰⁵ Así lo reconoce en parte el Tribunal Constitucional en el caso ‘*Piratería*’, cuando señala que el art. 19 n° 3 inc. 8 CPR “consagra el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad. Su aplicación requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada... Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible” (consid. 4°).

¹⁰⁶ Así, el comisionado Jaime Guzmán señaló que “le parece necesario consagrar una disposición para exigir que la *tipificación* del delito esté completamente configurada en la ley”. En tal línea, se encuentra la sugerencia de R. Bertelsen de exigir “que la *conducta* que se sancione esté descrita en forma expresa y completa por la ley” (ambos citados en RODRÍGUEZ, “Constitucionalidad”, cit. nota n° 12, p. 239; la cursiva es mía). Esta evidencia muestra que la palabra “conducta” no debe ser entendida estrictamente como acción. Las razones son obvias, pues el problema de la conducta ha tenido una evolución desde la teoría del *corpus delicti* hasta a la del “tipo” y aun dentro de ella no se ha mantenido estable (vid. PLASCENCIA, R., *Teoría del Delito*, México DF: Unam, 1998, pp. 85-99).

¹⁰⁷ YAÑEZ, “Las Leyes”, cit. nota n° 101, p. 10. Esta idea pone una gran carga sobre el juez constitucional, pues le exige entrar en el conocimiento de los elementos técnicos desarrollados por los teóricos del Derecho Penal, para entrar a realizar un correcto enjuiciamiento constitucional.

¹⁰⁸ Sigo, en parte, a JESCHECK/WIEGEND, *Tratado*, cit. nota n° 85, p. 102.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

pueden agregar más elementos en la mañana, para un par de casos, y eliminarlos en la tarde para otros. De ahí que, insisto, sea necesario remitirse a la teoría del tipo para determinar los pilares básicos que sean las garantías que deban satisfacerse, en vistas a nuestros valores, a efectos de establecer si los criterios enunciados en determinada prescripción cumplen así cabalmente con el principio del *nullum crimen sine lege*. La actividad dejada a otras normas sería la de *complementación*; pero, entonces, surge la pregunta sobre ¿qué es lo que se complementa?

Para la mayor salvaguarda de los valores jurídicos comprometidos, la determinación de los pilares básicos del tipo penal, debe hacerse *interpretativamente* para *cada clase de delito*. Por un lado, la acción y sus resultados deben ser coherentes con el bien jurídico comprometido, en tanto el delito se siga definiendo como afectación mediante una conducta de un bien jurídico. Esto tiene corroboración en la propia exigencia Constitucional de “descripción de la conducta” (art 19 n° 3 inc. 8). Así, concuerdo con L. Rodríguez cuando señala que “la ley que crea el tipo no podría permitir que una norma posterior [de menor rango] agregara otras conductas”, ni “complementar la descripción de la figura en el tipo en términos de precisar su significado”, y agrega que la complementación “sólo puede referirse a aspectos circunstanciales de la conducta (circunstancias de tiempo o de lugar, por ejemplo)...”;¹⁰⁹ un buen ejemplo lo ofrece el art. 320 CP: “El que practicare o hiciere practicar una inhumación contraviniendo a lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al *tiempo, sitio y demás formalidades* prescritas para la inhumación” (ello, a su vez, muestra el carácter de normativa o garantía secundaria del Derecho Penal, respecto de otras normas).

Pero esto no es tan simple, el enjuiciamiento que se haga, debe especificar si se trata de un tipo base, o bien, de una modalidad de ellos. Las exigencias no pueden ser las mismas. Bajo el carácter holista de la Codificación y su pretensión sistemática, las *modalidades* de los tipos se construyen en el supuesto de existencia del tipo base. De ahí que J. Mera Figueroa resalte la importancia decisiva en la modalidad, del criterio de la relevancia de la punición de la acción base. Si la acción base es anodina o lícita para los efectos de la punición, entonces es indispensable la mención legal de la modalidad para la creación de la punición. Y ello es así porque es la *modalidad* misma la que, al complementarse con la clase de acción en principio lícita, constituye el *injusto*. Dos ejemplos paradigmáticos -en un sentido de aprobación y de denegación correspondientemente- serían: los delitos sexuales y el ya derogado delito de infracción a las disposiciones del Banco Central en operaciones de cambio internacional (art. 24 de la ex Ley de Cambios Internacionales).¹¹⁰

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ, “Constitucionalidad”, cit. nota n° 12, pp. 242 y 243.

¹¹⁰ Dice que en los primeros “-por ejemplo, la violación, el estupro- la acción misma consiste en yacer, irrelevante para el Derecho Penal. Lo que constituye el injusto en tales casos son precisamente las modalidades, las circunstancias en que se realiza la acción, en principio anodina penalmente (fuerza o intimidación, engaño, ser la víctima menor de 12 años o encontrarse privada de razón o sentido)”. Sobre los segundos, señala que la ley delegaba en el Banco Central la determinación de las modalidades y circunstancias que configurarían las operaciones de cambios internacionales, en principio lícitas, en delictivas. MERA FIGUEROA, J., *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*, Santiago: Lexis Nexis, 1998, pp. 76-79.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Mas este criterio no deja de tener observaciones. La suposición de la licitud *prima facie* parece entrar en pugna con la presencia en el tipo penal de la acción. Porque si la clase de acción entra en el tipo penal, es porque se la está convirtiendo en una actividad ilícita penalmente (porque la norma crea su *clase* de ilicitud), sea del yacer o de las operaciones de cambio. Como señalé en 3.13, la única opción es recurrir a otro criterio de examen de licitud. En tal sentido, sería la reconstrucción del resto de la normativa legal y constitucional la que nos indicaría si las actividades son en principio lícitas. Sin embargo, podríamos decir que la regla es que todas las acciones sean lícitas, a menos que contravengan el Derecho. Lo que nos devuelve al mismo problema, todas las acciones serían lícitas *prima facie*, hasta que el Derecho diga lo contrario. Así, por ejemplo, tanto el yacer como el matar a otro, no son actividades ilícitas penalmente, sino en tanto el Derecho Penal lo diga. Observemos igualmente que si la ley penal sólo dijese “yacer”, sin agregar nada más, en principio tendríamos que entender que todo yacer (sexual) sería el delictivo. Es decir, la actividad sería muy amplia, y requeriríamos de un criterio delimitador nuevamente. Ahora bien, cualquier penalista podría decir que habría que restringirlo de acuerdo al bien jurídico afectado: la libertad sexual. Pero metodológicamente ello no sería muy claro, pues dada la base lingüística, el bien jurídico afectado podría ser más bien, por ejemplo, la moralidad sexual de la comunidad. Muy posiblemente los juristas dirían que ése no es un bien jurídico digno de protección en un Estado de Derecho, dada la regla de libertad general, la dignidad humana (art. 1 inc. 1 CPR) y, en particular, la libertad de conciencia (art. 19 n° 6 CPR). Pero este movimiento nos muestra que el control de la generalidad puede pasar no tanto por una cuestión lingüística de la generalidad, sino por si *esa generalidad es adecuada a los bienes jurídicos protegibles en un Estado de Derecho*. Y esto nos remite al asunto teórico-metodológico, de la relación entre el principio de lesividad, la adecuación constitucional del bien y la apertura lingüística. El nivel de generalidad de la construcción lingüística debe poder ofrecer algún límite a la asignación de bienes no aceptables constitucionalmente (se evalúa la primera variante, mediante el criterio de coherencia, mirado desde el punto de vista vertical); y, a su vez, una mejor relación de adecuación a bienes jurídicos constitucionalmente más aceptables (aquí se mide derechamente la integridad de la expresión lingüística). Esto implica que el principio de lesividad, concretado en una discusión teórica particular sobre un bien jurídico, es la que está concurriendo en el control de la generalidad del lenguaje (unida a una potente metodología).¹¹¹

¹¹¹ Esta orientación debemos distinguirla, metodológicamente, de la que C. Roxin ofrece como criterio delimitador una conjunción, en donde uno de los elementos tiene un carácter teleológico. Señala que un precepto penal “será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador”, más otro agregado (ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, p. 172). Pero aquí el problema que se presenta es que del sentido del precepto no se puede deducir el fin legislativo. Ello porque el fin es lógicamente *previo* al sentido. El fin de la norma es un elemento que metodológicamente está dispuesto para reconstruir el sentido de la norma, y con ello podemos saber su ajuste. Por tanto, desde el fin de la norma se debe deducir su sentido, es decir, reconstruir la norma. Con los diversos sentidos lingüísticos sólo podemos conjeturar en un contexto de descubrimiento, cuál es el fin que justifique el sentido mismo de la norma, para efectos de luego deducir (y así justificar) de él el sentido de la misma. En suma, del precepto no se puede deducir el fin de la norma.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Todo lo anterior no implica, que otras normas infralegales puedan contribuir a *especificar* el tipo penal, que es otra actividad distinta de la “complementación” que agrega criterios para aumentar la punición a un cierto nivel. En el caso paradigmático de la ley de drogas, el criterio “sustancia psicotrópica”, es un criterio general legal, que dirige el enjuiciamiento, pero dada la amplitud y variedad de la misma, puede ser especificada mediante otra norma como el reglamento.

En verdad, esta discusión de la violación directa si bien es importante, no es tan compleja, pues el legislador mínimamente diligente puede cumplir y cumple con facilidad esta exigencia de existir *criterios* generales. Pero ello no elimina el siguiente problema, referido a cuando el legislador da, en *apariencia*, los marcos legales de enjuiciamiento, y que veremos con más detalle.

b)

La *violación indirecta* viene construida como un *fraude a la norma*. Como todo fraude constituye una de las formas más complejas y difíciles de determinar y de poner control. Como indica la teoría de los fraudes normativos, se *cumple con la forma o letra de la norma, para evadir su espíritu o fin normativo*.¹¹² Así, bajo la apariencia de cumplimiento de la exigencia base del principio normativo de legalidad penal, el legislador se ampara en las normas que le atribuyen potestades de regulación penal, formulando criterios cuyo dominio de casos es extremadamente amplio, careciendo de carácter informativo su referencia, por ejemplo, “la conducta ‘F’, será castigada con cualquier pena de presidio”, o bien, “el que incumpla sus deberes, será sancionado con la pena ‘Y’.

La estructuración del supuesto operativo de la prohibición del fraude aplicada a un articulado, implica la necesidad de una interpretación *teleológica*, pues hay apariencia de contenido: hay verbos, por ejemplo, pero el núcleo del tipo está *vacío* de contenido penal o de criterios político-criminales específicos.¹¹³ En la conducta defraudatoria todo es genérico en exceso. Esto es lo que causa el carácter fraudulento, pues se realiza la mera formalidad de *expresar* algún criterio o rango de criterios, pero es la *triada* de los valores jurídicos de la *objetividad* y la *certeza y seguridad jurídica* los que resultan afectados, justamente por la gran apertura semántica de dichos criterios. Ante esta falta informativa es otro funcionario estatal, el juez o el administrador público, el que tiene que presentar criterios político-criminales sobre los que juzgar la conducta.

¹¹² En la vieja fórmula romana de PAULUS: “*Contra legem facit, qui id facit prohibet vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*” (D. 1, 3, 29).

¹¹³ Dada la mayor complejidad de este tipo de violación, nada tiene que hacer la teoría usual del núcleo del tipo. Aquí hacen pleno sentido las palabras ya citadas de CEA, *Derecho*, cit. nota n° 64, p. 168., sobre el mayor trabajo de la teoría constitucional-penal. Se requiere recurrir a ítems indicativos de la *lex certa* o especificidad para el tipo: como dice la doctrina, que la ley deba suministrar información suficiente del delito.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Éste es el “nudo gordiano” de nuestro principio, y sobre el cual debemos ofrecer un criterio suficiente que *especifique* la protección a los ciudadanos de los valores jurídicos comprometidos y ofrezca adecuado control sobre el contenido de las propias potestades del legislador y de los demás órganos estatales involucrados en la política criminal.

Miradas las cosas desde el punto de vista constitucional, en virtud del art. 19 n° 3 incs. 7 y 8, esta descripción se configura como un *fraude a la norma constitucional*. Y en consideración a ello, a mi juicio algunas sentencias del Tribunal Constitucional han alcanzado a *rozar* esta idea matriz, como en el caso ‘*Silva Martínez*’ y sobre el ‘*Proyecto de ley que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica*’, cuando han ido más allá de la exigencia de la mera presencia de núcleo verbal del tipo penal.¹¹⁴

Referido al juez judicial, en especial, en ambas formas de infracción, tanto la indirecta como la directa, se ve que se encuentra en una posición que, al contrario de la consideración de esclavo de la ley, podríamos decir que es el soberano de la misma, por su poder de definición discrecional en que se halla.¹¹⁵

De acuerdo a la estructura de las normas que ya venimos tratando, la legalidad penal puede enfocarse en los supuestos operativos (‘A’) o en la consecuencia jurídica atribuida (‘B’).

¹¹⁴ Un proto-control del fraude constitucional hace el Tribunal Constitucional -aunque sin mucha conciencia de ello- en el caso ‘*Silva Martínez*’, sobre incumplimiento de deberes militares. Obsérvese que no evalúa simplemente la *existencia* de los criterios nucleares, sino la *suficiencia*: “la aplicación del delito de incumplimiento de deberes militares resulta contraria a la Constitución, al carecer de descripción constitucionalmente suficiente los deberes cuya infracción se sanciona en el caso concreto, por lo que no puede considerarse cumplido el mandato del constituyente”. Acto seguido, asevera que hay tipo pero lo califica de “*tipo imperfecto* de incumplimiento de deberes militares”. Y concluye haciendo una evaluación de la aplicación: “produce efectos contrarios a la Constitución, al permitir la condena de una persona por delitos que no están suficientemente descritos por la ley, ni aun en su núcleo fundamental” (consid. 18).

Por su parte, en lo relativo a la presencia de los criterios político criminales (en relación con la conjunción de los arts. 299 n° 3 y 433 CJM), señala el fallo que en este tipo de causas, “el sentenciador no interpreta simplemente el precepto legal o constata si los hechos de la causa están subsumidos en la descripción normativa, sino que -en ausencia de toda definición del tipo- resuelve discrecionalmente lo que es delito. En definitiva, crea el tipo” (consid. 20). Que en el fondo “crea el tipo”, quiere decir que pone los criterios político-criminales frente a un tipo imperfecto o insuficiente. Sentencia de 27 de septiembre de 2007, rol 781-07 INA.

Lo mismo puede decirse en la sentencia que examinó el “Proyecto de ley que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica”, donde se contemplaba un delito de ‘continuar entorpeciendo la investigación’ o de ‘rehusarse a proporcionar antecedentes que conozca u obren en su poder’. En la fórmula se veían claramente los *verbos* rectores. No obstante, se dictaminó con base en un bien jurídico del principio de legalidad penal, que “la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de *certeza* jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer”. Sentencia de 22 de abril de 1999, consid. 6, en causa rol 286.

¹¹⁵ Opinión similar tiene C. Roxin: “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir”. ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, p. 169.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Cualquiera de las dos partes operará sobre los ciudadanos y podrán poner en peligro los valores involucrados. No obstante, hemos visto que el Derecho Penal de la Codificación tiene una estructuración sumamente compleja, bajo la égida de la pretensión sistemática, pues cualquiera de las dos partes ‘A’ o ‘B’ pueden conectar con una múltiple variedad de normas que cooperan en la construcción del supuesto operativo, y dicha cooperación puede darse en una múltiple variedad de fórmulas o funciones.¹¹⁶

- Respecto a lo primero, la *punición* misma, nuestro ordenamiento es claro al parecer. Toda atribución de pena, en general, para una clase de sujetos, se debe asignar por la ley: “Ningún delito se castigará con *otra pena* que la que *señale* una *ley* promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (art. 19 n° 3 inc. 7 CPR). Ahora bien, esto se concreta como una base de *punibilidad legal*. Pero antes que cualquier cosa, se debe tener un concepto de “pena” teóricamente claro, con base jurídica, para poder determinar, qué es lo que deba estar prescrito por la ley según la Constitución -de ahí los problemas con las sanciones administrativas. En general, el esquema conceptual definitorio sobre la pena tiene suficiente precisión como para un relativo buen manejo, salvo en el caso aludido. En efecto, conceptualmente éste es un concepto construido a medida, que presenta diversos tramos subdivididos entre sí, los que permiten, precisamente, el acotamiento y el cálculo de posibilidades punitivas. La asignación general debe ser directa por la ley, en especial para la clase de los autores de un cierto tipo delictivo, que constituya la base de cálculo, o mediante fórmulas complementarias de tipo legal. Ello porque dada la pretensión sistemática del Derecho de la Codificación, dichas normas, sobre las clases de autores de un delito, han de ser complementadas con las de la parte general, para la determinación de las diversas formas de punibilidad. Tomando ello como una razón pragmática, tenemos que la concreción del principio en materia de las penas, pase por la exigencia de generalidad especificada en la determinación de la pena base para el autor de esa precisa clase de delito, del cual se esté tratando, y el resto de formulaciones posibles, se deje al minucioso cálculo legal, que el juez debe aplicar mediante una reconstrucción teórica conceptual de mayor amplitud.

No obstante, ello tiene al menos dos limitaciones. La primera viene dada por el propio concepto de pena (y Derecho Penal), que no logra ofrecer un criterio claro para la distinción frente a las sanciones administrativas. La segunda viene por un cierto problema de vaguedad, del tipo cuantitativo, en donde al igual que la palabra “cruel”, la *especificidad* de la pena, no queda clara si es cumplida, si tan sólo el legislador se limita a señalar una amplia gama de posibilidades que incluyan diversos grados posibles, por ejemplo, una pena que sea de presidio menor en cualquiera de sus grados más presidio mayor en su grado

¹¹⁶ La alternativa a ello no parece ser muy óptima, y ciertamente cae fuera del proyecto Codificador, compuesto por máximas generales fecundas en consecuencias. Consistiría en la confección de un catálogo de delitos con sus múltiples variedades de posibilidades. Por supuesto que ello podría decirse que abultaría en demasía los códigos penales, al nivel de los tratados de Derecho Penal, pero no es que acaso dichos tratados contienen las variedades de los diversos delitos, en tanto representativos de lo que sea el Derecho Penal, sobre los cuales los jueces y fiscales juzgan, y que no tiene la misma difusión o publicidad que la ley emitida por un Congreso democrático.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

mínimo vs. una pena de sólo presidio menor en cualquier grado. Aquí estamos enfrentados a la limitación de requerir un criterio convencional, con el que no contamos, que delimite uno u otro lado de la frontera.

- Para lo segundo, la determinación del *tipo* legal se vuelve bastante más complicada. Debe recordarse que sobre el tipo confluye también la garantía de la libertad de conciencia y el principio del Derecho Penal de *acto*, para efectos de caracterizar la ley punitiva. De ahí que: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la *conducta* que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (art. 19 n° 3 inc. 8 CPR). El principio de legalidad no puede confundirse y agotarse en sus caracteres técnicos en dichos principios, ni el examen de él simplemente satisfacerse con cumplir sólo este principio de acto.¹¹⁷ En verdad, debemos entender que más bien sobre el tamiz de aquel principio es que se pretende desplegar el de legalidad penal, para concretar su subnorma de la *lex certa*.

Ahora bien, es cierto que las palabras son las partículas de las oraciones, no obstante debe considerarse que son las *oraciones* normativas las que constituyen lo nuclear del significado (aunque no lo único), en tanto es ésta la unidad de significado. Es decir, que la comprensión de los sujetos destinatarios pasa más por la oración que por las palabras sumadas una a una; sin perjuicio de la influencia de otros lineamientos institucionales. Esto tiene especial importancia en la determinación de los tipos delictivos, que constituye la parte más nuclear con respecto a los hechos operativos de la penalidad.

Usualmente, la remisión al “núcleo verbal”, sólo evita la penalización a través de violaciones directas a la regla mediante la constitución de principios generales absolutamente, que *no contengan supuestos* operativos explícitos, o bien salirse hacia el Derecho Penal de ánimo. No obstante y según hemos dicho, la acción de, por ejemplo, “vulnerar principios revolucionarios”, claramente contiene el verbo de “vulnerar”, y la cosa afectada; la idea de principios, es una frase que requiere ser llenada semánticamente, tanto como castrar o matar. Otras opciones serían pedir definiciones para todo, pero caeríamos en un proceso o bien recursivo interminable o bien circular negativo.¹¹⁸

Algunos señalan que el problema se halla en la introducción de términos normativos o valorativos, por lo que podría sólo introducirse términos “descriptivos”; por una pretendida mayor precisión de éstos. Sin embargo, y aparte de los vistos en (3.14), como bien señala G. Jakobs, la diferencia entre unos y otros, no se halla en que unos sean específicos o determinados *per se* (los descriptivos) y otros indeterminados (los normativos o evaluativos). Tajantemente señala que “los elementos normativos están determinados si la

¹¹⁷ El Tribunal Constitucional ha sentenciado en el caso ‘*Piratería*’, que el art. 434 CP cumple la exigencia de tipicidad, al menos en que “la disposición cuestionada sanciona expresamente ‘actos’, descartando la punición de un estado o condición” (consid. 12). Es decir, sólo satisface en una perspectiva las garantías penales, el de la libertad de conciencia y el Derecho penal de acto, pero no en todas.

¹¹⁸ El Tribunal Constitucional chileno, ha adherido a la opinión de su par español, cuando señala que: “Es claro que el legislador penal no viene obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo (caso ‘*Piratería*’, consid. 12).

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

valoración relevante está a su vez determinada”. Es por ello que podemos encontrar términos normativos que son sumamente determinados, como por ejemplo, “ajena” en los delitos contra la propiedad (art. 432 CP). En verdad y de acuerdo al bien conocido problema de la vaguedad, aun los descriptivos, pueden tener una buena delimitación, pero en los supuestos extremos o zona de penumbra estén indeterminados¹¹⁹ (sumado a ello el problema de la incertidumbre sobre el grado de vaguedad).

Como vimos al principio de la sección de esta subnorma, para la salvaguarda de los valores jurídicos afectados en nuestro principio, es necesario que tomemos la opción del control metodológico *a posteriori*, es decir, ya seleccionada *una* interpretación. Pero en virtud de la multiformidad y solapamiento (en la juridicidad) de los ataques indirectos, es necesario crear *índices de incumplimiento* que delimiten finamente el estándar planteado por esta subnorma, a efectos de que acentúen cierto rasgo del control metodológico, pero siempre apoyándose en los otros rasgos. Dentro de dicho marco ensayaré seis índices, para ver si es posible tenerlos como referencia.

El *primero*, un criterio pragmático, para el control de los complementos, es de si es posible *especificar* más la clase que se usa. En especial, cuando la clase se trate de una creación propia del Derecho, por ejemplo, los deberes militares, en oposición a las cosas que no son creación jurídica y que, por tanto, no están en completo control del legislador, por ejemplo, la creación de nuevas drogas.¹²⁰ En tal caso, el legislador cuando pueda especificar las clases, porque están dentro de su control, y, no obstante, no lo haga, está privando de la especificación al ciudadano y de la previsibilidad, si es que el mismo no toma la decisión de determinar los deberes punibles. No ocurriría lo mismo en el caso de las drogas, en donde sí podría usar de la generalidad, para poder reenviar después.

Problema: por ejemplo, en el caso de los documentos públicos, ellos son creación jurídica y siempre pueden especificarse aún más, por lo que se podría, en base a dicho criterio, exigirse mayor precisión de los documentos. En verdad, siempre se podría pedir mayor precisión aún de tipos que consideremos bien contruidos, sin que este sólo criterio ofrezca un límite.

Un *segundo* índice, de tipo *teórico*, en su versión de *autoridad*, sería el siguiente: que la clase de conducta prescrita en la norma se corresponda con los elementos definitorios que nos han dado los juristas. Con ello obtenemos lo siguiente: criterios imparciales con qué contrastar la actividad juzgadora del juez en relación con la ley. Al no estar los juristas involucrados como juez y partes del juzgamiento o selección de los criterios legales, como si lo hace el juez, se obtienen estándares objetivos para el juzgamiento, y, a su vez, se logran criterios generales más o menos precisos.

¹¹⁹ Vid., por ejemplo, QUINE, W., *Palabra y Objeto*, Trad.: SACRISTÁN, Barcelona: Labor, 1968, pp. 137 a 140, y JAKOBS, *Derecho*, cit. nota n° 25, p. 97.

¹²⁰ En sentido similar, Kohlmann Lenckner, Naucke y Jakobs, todos citados por ROXIN, *Derecho*, cit. nota n° 27, p. 171.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

El único problema es que la mera autoridad del teórico carece de *potestas* y su producción no tiene vinculación *jurídica*, por lo que no se ve *por qué* la ley deba someterse *sin más razón* al criterio teórico. Asimismo, la teoría va produciendo una evolución en la consideración de la ley, por lo que los criterios no serían fijos sino cambiantes.

Un *tercer* índice a intentar es el de *variabilidad* de criterios político-criminales, en un nivel de *contexto de aplicación*. De acuerdo a lo que hemos venido examinando, la actividad jurídica tiene fuertes dependencias de elementos extralegales para la comprensión del Derecho Penal. Tanto la construcción de la pena como de los delitos, pasan por una comprensión, digamos, *teórica* sobre diversos elementos. Por ejemplo, el delito de injuria no pasa por el mero estímulo físico, sino por una comprensión previa sobre qué es lo que sea el honor, de acuerdo a un contexto social determinado. La autarquía lingüístico-legislativa del Derecho Penal debe ser rechazada como un mito, y atender a soluciones como razones que ofrezcan un control sobre la actividad del juez, que es quien va a concretar o no la protección de los valores del principio de legalidad penal.

La acentuación de este índice en el marco metodológico, trata de llevar el criterio teórico a la aplicación y *medir* el uso en sus consecuencias (otra variante pragmática). La ley penal y la tipicidad están dirigidas no sólo a los *ciudadanos justiciables*, a los cuales les comunica que, realizando una conducta de una cierta clase, serán retribuidos con cierta clase de pena, sino también a los *juces*, para que la apliquen frente a la infracción del orden punitivo. Esta última parte es de suma importancia, pues ante la posición del juez se concreta la protección de los valores jurídicos del principio. Ante él es que la ley se vuelve previsible en sus consecuencias para los ciudadanos y se tiene la estabilidad en las condiciones de vida, ya que es él quien debe aplicar la ley, y es sobre él que la objetividad se ha de concretar. Por tanto, en su posición es que podemos buscar un punto de juzgamiento de la especificidad de las pautas de conducta.

El juez, en el caso de aplicación, es quien tiene la competencia para seleccionar los criterios o estándares jurídicos con que se va a juzgar la conducta de un ciudadano. Esos criterios o estándares bajo el principio de legalidad penal, deben ser los establecidos o suministrados por la ley. Esto quiere decir que, cuando juzga, se ve si el juez necesitó de utilizar como criterio de juzgamiento, los señalados por la ley o si por el contrario debió crear otros.

Debemos recordar, que se ha de distinguir entre un tipo base o una modalidad creada sobre la base de aquél. La razón estriba en que el tipo base, como el de estafa del art. 473 CP, implica el uso de un lenguaje de mayor generalidad que sus modalidades. Estas últimas alteran en algún aspecto el tipo base, agregando un plus, como por ejemplo, la estafa usando nombre fingido, atribuyéndose poder, etc. según el art. 468 CP. Las primeras formulaciones, como tipo base, siempre son menos específicas que las modalidades.

Ahora bien, dado que sabemos que la realidad es tremendamente multiforme, la ley no necesita ponerse en todas y cada una de las variantes particulares en que puede realizarse

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

un delito. Basta que se ponga en las que *siempre deban* estar presentes en el juzgamiento de una *clase* de delitos.

Dicha invariabilidad es una cuestión relativa, y debe ser juzgada caso a caso. Porque depende del fin a lograr por la ley y sus alcances pretendidos. Es por ello que, en ciertas ocasiones, el tipo penal requiere presentar pautas de ciertas subclases de circunstancias, más específicas respecto de un tipo base que respecto de otro tipo base.

Si al juez no le basta con la enunciación legal interpretada, sino que debe especificar aún más los elementos conceptuales, para poder hacer aplicable fundadamente los criterios legales penales a la conducta, ello muestra que el juez ha aplicado otros criterios, más específicos, que han sometido a juzgamiento al ciudadano. Por lo tanto, el ciudadano no ha sido sometido a juicio penal por lo que mande la ley, sino que por lo que ha llenado o completado el juez judicial como condiciones generales de aplicabilidad.

Por ejemplo: i) En el caso de infracción a los deberes militares del art. 299 n° 3 CJM, para ser aplicado (incluso imaginariamente), primero, cualquier juez deberá construir una entidad de menor generalidad, que identifique *subclases* de deberes militares, pues sino no podría identificar que una determinada conducta *particular* es o pertenece a la clase de los deberes militares. Por lo tanto, el juez se ve obligado a tomar una decisión político-criminal. ii) Mirando el caso del aborto, a su vez, debe decidir qué es lo que sea el aborto o, mejor, la acción de abortar. El juez debería asumir un estándar teórico que no sería variable si fuera el indicado.

Dicho problema no es del juez judicial, por el contrario, ha sido causado por la mala técnica de la legislación que ha sido incapaz de suministrar los criterios o estándares generales de juzgamiento que siempre han de estar presentes en esa clase de delitos.

Así, podríamos remitir también el problema del *fraude constitucional* al principio de legalidad. Una ley abierta, con sólo apariencia de señalamiento de la clase de conducta, constituirá un fraude constitucional al principio de legalidad, si al amparo de la apariencia de prescripción de la conducta, dejara al juez llenar a su arbitrio los criterios jurídicos con que penará una conducta particular.

No obstante, de todas formas hay un problema que late subyacente: se requiere de un límite para no pedir más y más especificación. Volvamos a ver el estándar de invariabilidad en el juzgamiento de una cierta conducta. Éste tiene la tendencia a que las pautas conductuales normativas sean lo suficientemente amplias, para efectos de enjuiciar toda clase de conductas particulares que quepan en ella, juzgadas así metodológicamente. Ello implica que la reconstrucción de la conducta, partiendo desde el valor jurídico comprometido, puede ofrecer, según la mejor teoría, el agrupamiento de una cierta asociación de conductas que afectan a un cierto bien jurídico. Por supuesto, el lenguaje puede exceder dicho bien jurídico. Pero por el procedimiento reconstructivo desde el propio bien jurídico, tendrá el lenguaje metodológicamente un dique de contención: la propia reconstrucción de la norma

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

(un control interno); mas el problema a que nos dedicamos aquí, va más allá de una mera corrección que entregue el bien jurídico.

Aun así, los estándares muy abiertos de conducta son elementos invariables. De hecho entre más general, más invariable. Puede tantearse como solución de *segundo plano*, la entrada de la cuestión *teórico-metodológica*. En efecto, pues cuando examinamos la prescripción de la conducta, lo hacemos no de manera aislada, sino en el entramado de una argumentación teórica (con todos sus niveles). Y en la teoría revisamos la *posición* que ocupe la reconstrucción de la prescripción normativa.

La importancia de la decisión metodológica estriba en que la veracidad de la reconstrucción teórica, puede ser practicada por cualquiera. La *racionalidad de la teoría* permite *adelantar* el juicio que deba hacer el juez; y, precisamente, en ello consiste la previsibilidad jurídica. Tal adelantamiento del juicio penal mediante la teoría, ofrece el instrumental mediante el que, a través de un juicio objetivo, podemos y puede el juez constitucional adelantarse al enjuiciamiento del juez judicial, para saber si éste requerirá o no de echar mano a criterios jurídicos invariables contenidos en una teoría específica (de la teoría más racional) respecto a una clase de delitos, como el homicidio o bien el aborto o bien la estafa, etc. En el caso del aborto, el delito es definido como realizar actos de abortar, y requiere tomar una decisión sobre si al médico, por ejemplo, Sergio Ramírez, se le va a castigar bajo el criterio de la mera expulsión o extracción del producto de la concepción, sin que la muerte sea un elemento del delito; la interrupción de embarazo que puede traducirse o no en la expulsión prematura o muerte del feto; o, en la interrupción del embarazo con la necesaria consecuencia de la muerte del feto. Allí entrarán cuestiones de definición como qué bien jurídico se está protegiendo: el buen orden de la familia, o la vida del feto, etc., y argumentaciones consecuencialista, del tipo que señala Bascuñan Valdés, de que aceptar las otras posiciones, bastaría a los aborteros mejorar su técnica para evitar la expulsión del feto para transformarse en simples feticidas atípicos.¹²¹ Lo que muestra que en cualquier caso será necesario el ejercicio argumentativo para determinar la suficiencia de la pautas de las clases de conductas.

Obsérvese que el Tribunal Constitucional, en el caso ‘*Piratería*’, recurre al mismo procedimiento, para determinar la figura legal de este delito, en el considerando 7° cita una gama de descripciones teóricas de diversos autores para saber qué es el ‘delito de piratería’ y el considerado 8° utiliza igual instrumental para saber qué son ‘actos de piratería’.

Ahora bien, dado que el lenguaje tiene fuertes componentes intuitivos, los cuales van variando con el aprendizaje y la repetición, esto trae el problema de que la claridad y precisión de los términos puede ser *variable* en el tiempo. Esto significa que un término verbal que puede ser muy claro y preciso en un lapso, puede perder absolutamente dichas características, y así el lenguaje legal pierda su carácter de “describir expresamente la

¹²¹ Todo en VERDUGO, M., *Código Penal*, 2ª edic. Santiago: ConoSur, 1986, t. III, pp. 707 y 708.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

conducta”. Mal que mal estamos tratando con el lenguaje, el que está sometido a los vaivenes de la comunidad de lenguaje.

A lo anterior debe agregarse el problema de la vaguedad. Una limitación que se presenta en el juzgamiento de las conductas, viene dado por el problema de la vaguedad de los términos en sus zonas grises, ya visto en la parte 3. De acuerdo a lo que han dicho los teóricos, este problema no se resuelve meramente desde el punto de vista lingüístico-legal, por lo que la suficiencia constitucional del texto de ley, no puede medirse allí. Parece ser que es en relación con la idea de bien jurídico protegido que debe resolverse. Esto se puede ver bien en el caso del porte ilegal de armas en la vía pública, delito de peligro sancionado por el art. 288 bis inc. 2 CP, respecto de quien portaba una katana japonesa en su automóvil para llevarla de adorno a su casa (situación límite que fue resuelta por referencia al bien jurídico y la ausencia de posibilidad de su puesta en peligro¹²²).

Las clases de criterios *variables*, juzgados así metodológicamente, son los que no necesariamente deben estar en la ley expresamente prescritos, sino que pueden ser reenviados. En tal sentido, se comprende que la Constitución no utilice la palabra “completamente” en la oración sobre “descripción de la conducta punible”, pues todos los elementos constitutivos de la clase de la conducta están siempre completos en la construcción que haga la ley, pero siempre admiten una mayor precisión y eso vuelve a la completitud un elemento *relativo*, que el legislador no tiene por qué siempre cumplir.¹²³ El tópicico del tráfico de drogas es un buen ejemplo, en el cual “sustancia psicotrópica” se convierte en un criterio constitutivo del tipo invariable del delito, pero cada una de las subclases de sustancias psicotrópicas, hacen que sean variables sus presencias lingüísticas en la oración normativa, por lo que permiten la remisión.

El problema que tiene este índice es que falla en el criterio de detención de la exigencia de especificación. El criterio de la posibilidad de abarcar el dominio de casos, de acuerdo al bien jurídico, termina eliminando el propio criterio de necesidad de subdivisión para juzgar una conducta particular. Porque el propio caso del art. 299 n° 3 CJM, es invariable y permite juzgar al dominio de casos completos de todas las infracciones a los deberes

¹²² Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14 sept. 2007, causa rol 1924-07, redactada por el juez J. Fuentes Belmar: “... debe tenerse presente, que si bien el automóvil se desplazaba por la vía pública, esta sola circunstancia no es motivo suficiente para estimar que la acción del porte estuviera destinada o dirigida, precisamente, a comprometer el *orden público o la seguridad*... sabido es, que nuestra cultura cristiano-occidental, esa arma de origen y tradición japonesa, se utiliza normalmente como elemento decorativo o deportivo..., y no precisamente como arma de defensa, como ocurre en la cultura occidental... ese sable japonés, por sus características y dimensiones, de emplearse como arma, requiere que sus portadores posean un adiestramiento especial, lo que conforme al mérito del proceso no acontece respecto del imputado... lo que hace más razonablemente cierto que el porte no estaba dirigido a alterar el orden o la seguridad, sino como elemento decorativo en su vivienda” (consid. 5°, el resaltado es mío). *Gaceta Jurídica*, n° 327 (2007), pp. 279 y ss.

¹²³ En base a este criterio aplicativo-metodológico, se puede también utilizar con provecho respecto de la prohibición de redundancia, en tanto, permite contrastar críticamente el nombre del delito con el nombre de la teoría.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

militares. Y a su vez metodológicamente puede hacer intervenir un bien jurídico, lo suficientemente general como para abarcar todos los casos de incumplimiento de deberes militares, como por ejemplo, la buena marcha institucional, etc.

En *cuarto* lugar, eventualmente puede sumarse al anterior, mediante el cual puede intentar resolverse el problema, el criterio de la *conjunción de bienes jurídicos homogéneos*. Si en la explicación de la subdistinción o especificación (como en el caso de los deberes militares), es posible la intervención metodológica de *nuevos* bienes jurídicos de un mismo nivel (por ejemplo, valores distintos en las subclases de deberes militares específicos), heterogéneos e inconsistentes entre sí, y que se agregan todos ellos a un bien jurídico más general, ello nos muestra que la construcción típica ha sido excesivamente amplia, al no poder juntarse en un mismo juzgamiento los bienes jurídicos agrupados en la figura delictiva. Así, por ejemplo, no tendría mayor relación el ser prolijo en el cuidado de los explosivos (art. 42 de la Ordenanza de la Armada, en adelante OA) o “*velar desde lo más íntimo de su alma*” por el prestigio de la institución (art. 11 OA) o el deber de mantener la tolerancia y el respeto de cada región, (art. 45 OA).

En tal evento, nuevamente debe hacerse intervenir una revisión metodológica, de la construcción de los tipos penales en la teoría, integrando los supuestos deberes atribuidos, y dada la imbricación teórica de los bienes jurídicos con la reconstrucción lingüística, dicha estructuración mostrará a su vez la necesidad del juez de subdividir el tipo penal, para realizar el enjuiciamiento necesario.

En lo que sigue, voy a presentar dos índices más de tipo lingüístico, ligados a un contexto, que se pueden complementar con los demás índices:

Un *quinto* criterio apoyado en el *lenguaje* que se podría usar, es el de la *redundancia*. Un enunciado es redundante si sólo repite cosas, ya supuestas o sabidas previamente, sin entregar información suficientemente específica de aquello por lo que se pregunta. La prohibición de redundancia trata de que la prescripción constitutiva del delito, no repita cosas sobre las que ya tenemos información, más allá del contenido propio de la enunciación. Y aquí podríamos ver que no sea lingüísticamente la misma que el nombre del delito mismo o que parafrasee la infracción normativa que nos entregue el contexto sobre el problema delictivo. Esto puede devenir de dos maneras.

Redundancia entre el nombre del delito y la prescripción normativa. Por ejemplo, el supuesto operativo del ‘delito de aborto’, no podría ser el ‘causar aborto’. Porque supone mantener la pregunta por lo que está preguntado en el nombre del delito mismo; sólo entrega que se “*causa*” un delito en el mundo causal. Dada esta falta de información, entonces los criterios públicos generales de juzgamiento, deben ser llenados por la *norma* particular del juez, es decir, un *tercero* que no es el legislador. Obsérvese que en el ejemplo del aborto, por la falta de precisión de su complemento no ha habido claridad, respecto a si la acción es: a) o bien, expulsión o extracción prematura del producto de la concepción, sin

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

ser necesaria la muerte del feto (del Río), b) o bien, la interrupción del embarazo, con o sin expulsión o muerte del feto (Labatut), c) o bien, dar muerte al feto (Bascañan Valdés).¹²⁴

El Tribunal Constitucional ha validado la redundancia, en materia del delito de piratería, al señalar que “la disposición cuestionada [art. 434 CP] sanciona expresamente ‘actos’... tales actos son de piratería, por lo que se concentra en este término el quid del problema”; y afirma como tesis que: “El precepto... no deriva la descripción de la conducta incriminada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto”.¹²⁵ Esto quiere decir, que la prescripción de la conducta del delito de piratería es correcta en tanto que la describe como ‘cometer actos de piratería’.¹²⁶ Cuando se habla de control de generalidad y se pretende precisión en los términos, se está pensando que la prescripción de las condiciones generales de constitución de la clase de delito, en la clase de conducta de que se trate, sea menos general que el propio nombre del delito mismo.

Si bien parece ser un criterio útil y fácil de determinar, él no está exento de problemas. Primero, basta un pequeño movimiento lingüístico del aplicador para salvar el punto. Hacia el nombre o hacia abajo de la prescripción, cambiando el nombre por algo parecido, por ejemplo, ‘piratería’ por ‘bucanería’, o poniendo un sinónimo en la conducta, como realizar ‘actos de corsario’. Y dado que es el aplicador, el juez de cualquier nivel, quien pasa a denominar a los delitos cuando debe aplicar la legislación, puede perfectamente cambiarle el nombre y hacer válida una prescripción que por la prohibición de redundancia no lo sea.

Otro problema, relacionado con el anterior, es que teniendo un tipo cualquiera, pero bien definido, podría adjudicársele el nombre al delito, de acuerdo a la conducta típica, y no obstante estar bien definido, habría redundancia entre su denominación y la prescripción típica, lo que conduciría injustamente a declararlo inconstitucional.

Aparte está la conocida tesis de que toda definición implica un asunto sinonímico. Una palabra se define con más palabras que se intercambian, como homicidio y matar. Por lo tanto, la información siempre estaría en el nombre del delito, sea que se exprese en más o menos palabras, por lo que el argumento del Tribunal Constitucional referido a que la información de la conducta incriminada de piratería, está en el propio texto legal, es correcto, pero así no ofrece ningún dique de contención.

La segunda variante se refiere a que la información redundante en una información que ya nos entrega el contexto de la oración normativa:

Ejemplo 1º: tenemos el supuesto de que el Derecho Penal con que tratamos, está basado en el principio del acto. El problema vendría al disponer como verbo rector de una palabra que viene exigida por el Derecho Penal de acto, por ejemplo, ‘realizar actos’, ‘conducirse’,

¹²⁴ Todos citados por VERDUGO, *Código Penal*, cit. nota n° 121, p. 707.

¹²⁵ VERDUGO, *Código*, cit. nota n° 121.

¹²⁶ Lo que satisface solamente es la faceta del Derecho Penal de acto, pero no necesariamente del principio de legalidad penal.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

‘actuar’, ‘usar’, etc. El art. 434 CP utiliza como elemento lingüístico del tipo los “actos”. En tal evento, se está dando a conocer por la ley, que se está realizando un acto, lo que ya se sabe porque estamos frente a un Derecho Penal de acto, entonces toda la cuestión se carga en el complemento esperando la especificación.

Ejemplo 2º: el verbo rector puede utilizar clases de acciones tan generales, que son iguales o sobrepasan la idea misma de delito, como “incumplir” o “infringir”. Ello porque el Derecho Penal es una garantía secundaria o terciaria, frente al no cumplimiento de una norma primaria (por supuesto, es el Derecho Penal el que define la ilicitud penal). Por lo anterior es que cuando hablamos de “Delito”, en el fondo estamos hablando de: una especie de *infracción*, de *algo que no se cumple* (por ejemplo, en el homicidio no se cumple con la garantía a la vida), de una *conducta desviada de la regularidad jurídica*, sea de manera activa o pasiva. Y la sola referencia al incumplimiento o infracción sobrepasa la idea misma del delito, requiriendo una mayor delimitación. Es por lo expuesto que ello deberá necesitar de un complemento, que delimite la idea de la punición. Por lo que es necesario entrar a revisar ese complemento.

Nuevamente, tal complemento debe introducir un estándar que aluda a una idea más específica que la propiamente del área temática del delito mismo. Si la normativa, debiendo especificar la clase de conducta, sólo devuelve el problema al resto del área temática, por ejemplo, infracción a las leyes del tránsito, entonces la normativa que debía ser una especificación de clases de conductas dentro de una cierta área, sólo remite nuevamente a la misma normativa temática, no logrando así lo que debió realizar: la especificidad. Así es otro, no el legislador, el que debe terminar poniendo los criterios político-criminales.

Si bien es cierto que puede ser útil en esta segunda variante, tal criterio tiene limitaciones, pues no agota, necesariamente, todas las formas de afectación de la generalidad encubierta que pueden caer y ser satisfechas por este criterio, y tengo la impresión que en los casos de modalidades de delitos, como los de piratería, no es suficiente.

Otro *sexto* índice metodológico para los casos de las modalidades de delitos podría intentarse con lo siguiente. En las modalidades, el criterio de especificidad de la norma es mayor, que el que vemos al comparar con sus tipos básicos, porque precisamente la modalidad se trata metodológicamente de una variante dentro de un ámbito más general constituido justamente por el tipo base. Pues bien, un criterio simple para juzgar la modalidad y determinar el cumplimiento o no de la variedad de fraude a la norma, parte de aquella base, de que la modalidad de un delito especifica aún más el tipo base. La especificidad en el alcance se ha de dar mediante la intervención de un estándar que necesariamente ha de sumarse a la estructura del tipo base; por ejemplo, ante la conducta de engaño, en la estafa, sumamos la variante de atribución de un crédito inexistente. De ahí tenemos que si la modalidad del tipo, en vez de seguir con la especificidad, introduce términos que no siguen la línea lingüística reductora de la extensión, de acuerdo al texto base, entonces podemos tener que la modalidad está abierta por comparación. Como descripción negativa, todo lo que entre en ella, sería una instancia del índice.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Me parece que lo propio ocurre con el tipo de la piratería. Se trata de una modalidad del delito de robo, pero que el legislador en vez de señalar cómo es la modalidad, redundante en un término de Derecho Penal de acto: “los que cometieren actos”, eso por una parte. Pero luego en vez de definir las características especiales del robo en este tipo, simplemente señala que realice actos “de piratería”, es decir, les atribuye un adjetivo calificativo, que en el mejor de los casos, hace remitir al tipo base para determinar lo que sea aquello a que se refiere, sin señalar por sí mismo otro estándar de mayor especificidad de corte complementario. Podemos entender perfectamente que no todo se pueda definir, pero de ello no se sigue que nada se deba definir o que sea libre para el legislador definir sus rasgos o no. En este sentido, el lenguaje normativo no sigue el derrotero metodológico esperado, en términos informativos de indicar la información adicional, dentro de alguno de los parámetros de las coordenadas normativas: de lugar, tiempo, forma o sujeto. Al no seguir la línea de señalar alguna coordenada o estándar, se hace necesario entrar a recurrir a elementos complementarios extralingüístico-normativos para poder determinar qué sea la “piratería”.

5.2.3.

Una vez vistos los índices de juzgamiento de la especificidad de la ley penal, tenemos que enfrentarnos al interior del juzgamiento interpretativo del tipo, aunque ahora desde otra perspectiva. Nuevamente, la respuesta a este desafío sólo puede pasar por la evaluación metodológica.

Como hemos dicho, el principio de legalidad penal es constitutivo del Derecho Penal, y la ley se erige así en el principal elemento constituyente de la penalidad y de los delitos. No obstante la intervención de otros elementos que participan activamente en la construcción y reconstrucción del Derecho Penal, la idea es que el principio de legalidad penal *se erija como un límite a la participación de aquellos otros elementos*. En tal sentido es que se viene a erigir la *taxatividad* penal, como un límite o restricción metodológica para la interpretación penal. Y ello puede tener una perspectiva general del Derecho y una especial para el Derecho punitivo.

a)

La idea es que el lenguaje legal presente el *marco* en el cual desarrollar la metodología reconstructiva de la ley. El problema de la subnorma de la *lex stricta* pasa por dichos aspectos: por la *prohibición de generalización*¹²⁷ del lenguaje legal. Aquí el principio de legalidad parece ir en contra de una intuición moral, de colmar las lagunas punitivas mediante la interpretación (lo que nos conecta con la cuestión primigenia de la competencia de la legalidad penal).

¹²⁷ La prohibición de crear nuevas reglas sin fundamento legal, es una consecuencia de la regla de que el delito viene constituido por fuente legal como vimos más arriba.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Como base podemos decir que, en general, en el *resto de las ramas* del Derecho *tampoco se puede generalizar*, mirada las cosas desde el punto de vista metodológico. En tanto siempre rija el principio de legalidad, en cualquier área, el lenguaje legal siempre constituirá una piedra de toque. Incluso como *marco*, esta misma idea supone un no pasarse de dicho marco (en cuanto tengamos una aceptación del límite concreto del marco). Si generalizar es extender una solución reglada a supuestos no previstos normativamente, entonces ello implica alterar la regla por quien pretende interpretarla, formulando otra regla, con otros supuestos operativos que tienen diferentes dominios de casos. Si el principio de legalidad es un supuesto de la argumentación metodológica, entonces está vedado producir dicho movimiento ampliativo en tales términos.

En la misma dirección, tampoco debe considerarse una estrategia válida, metodológicamente, el uso de la analogía, sea para buena o mala parte, en ningún ámbito. Metodológicamente, se carece de un criterio cierto que asegure o haga probable el resultado de la operación formal. Se dice que una “visión ingenua” sobre la analogía postula que “hay una facultad en los seres humanos..., que los capacita para ver semejanzas y diferencias sin la mediación de reglas” (F. Schauer).¹²⁸ Desde el punto de vista formal, en el mundo jurídico sólo una regla de algún tipo puede decirnos qué características de un caso o suceso son relevantes, para ser consideradas dentro de una clase o subclase. Ello porque hemos visto que la construcción de una clase tiene un criterio arbitrario, que es elegido por quien la construye. En nuestro caso, la extensión de las normas viene dada por el legislador, y él selecciona la clase a construir mediante su lenguaje y selección de caracteres para los fines político-criminales que juzgue convenientes. Es por ello que la semejanza de un caso no es criterio relevante para juzgar si dicho caso es una instancia o miembro de la clase definida por el legislador que se pretende reconstruir. La semejanza pueda venir dada desde cualquier punto de vista, y desde tal punto, como reconstructores podemos armar las clases que se nos plazcan con cualquier criterio que pongamos. No obstante, en tanto destinatarios y reconstructores del Derecho Penal de la Codificación, lo que nos interesa reconocer son los criterios normativos que determinan el punto de agrupamiento de una cierta cantidad de casos, semejantes en algunas cosas y dispares en otras. Por ejemplo, un caso donde un deudor, Juan Pérez, mediante un contrato simulado perjudica a otro, en general, como un acreedor llamado Miguel Ponce, comparado con otro caso donde Luís Ruis mediante contrato simulado perjudica a Ernesto Guevara y comparados con un tercero donde Hans Prowler incurre en otra situación similar también con contrato simulado perjudicando a Cristián Vitali, los tres pueden quedar sometidos a diferentes soluciones normativas de acuerdo a las reglas legales, no obstante ser tres casos semejantes. Basta que, no obstante la semejanza de la situación, el contrato simulado fuese para sacar los bienes de su patrimonio, a efectos de no pagar su deuda, y que don Juan Pérez no sea un deudor dedicado al comercio, para ser una instancia del tipo penal del art. 466 inc. 2 CP: “En la misma pena [presidio menor en cualquiera de sus grados] incurrirá [El deudor no dedicado al comercio] si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”. No

¹²⁸ SCHAUER, F., “La Categorización en el Mundo del Derecho”. Trad.: PÉREZ LLEDÓ, *Doxa*, n° 28 (2005), p. 319.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

obstante la semejanza de la situación ya vista, tenemos que don Luís Ruis simuló un contrato, pero de manera previa a la generación de la confianza del tercero, Ernesto Guevara, mediante la cual le traspasó dineros, apropiándose de ellos el Sr. Ruis; en tal caso, dado que el art. 471 CP es una modalidad del tipo base del art. 473 CP, queda sometido a su dominio: “El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”, siendo penado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos, más multa. Vista la misma clase de situación, en la cual incurre don Hans Prowler, incluso mucho más parecida, pues fue realizada en los mismos términos, con la pequeña variación de que don Hans, es un comerciante, entonces la situación es atípica, pues las defraudaciones del párrafo 7° del CP no contienen mayor tipificación para dicho caso. En los tres casos vemos que no sólo la semejanza queda corta en relación con el criterio legal, sino que este criterio legal es de suyo complejo, pues en más de una ocasión, implicó la conjunción sistemática de disposiciones para la articulación organizada de los criterios legales.¹²⁹

De hecho, si seguimos en la línea argumentativa, los casos más interesantes y complejos en materia penal son los casos semejantes, en donde precisamente ocurren los conflictos aparentes de leyes penales que deben ser resueltos por ciertos criterios normativos.

Por lo visto, dar un salto analógico es dar un salto formal desde la nada hacia la incertidumbre, por lo que la construcción de la analogía no valida el razonamiento analógico, ni sirve para justificar ningún razonamiento. Por tanto, desde este punto de vista, la analogía no queda necesariamente vedada por esta subnorma, sino derechamente por invalidez metodológica de su razonamiento.¹³⁰

¹²⁹ De este problema no escapa el *Common Law*. En dicho sistema se manifiesta el problema de la siguiente manera. Una vez que se tiene un precedente los jueces están obligados a seguirlos en todos los casos parecidos. Para no estar obligado, la judicatura debe anular (“*overruling*”) el precedente mediante un fallo en sentido contrario, pero ello debe ocurrir por la judicatura del grado que fijó el precedente. Pues bien, los jueces recurren a la idea de la *distinción*, a través de la cual se señala que, no obstante que el caso parece ser similar al del precedente, el juez o intérprete afirma que hay una circunstancia en el caso, que remite a un criterio jurídico que es relevante, y remite a otra regla o principio para ser solucionada de otra manera. De hecho, los jueces buscan apelar a dicho recurso para liberarse del precedente, cada vez que se sienten muy constreñidos por la normal interpretación del precedente. Vid. RAZ, J., “Derecho y Valor Judicial” en: *La Autoridad*, cit. nota n° 77, pp. 231-241.

¹³⁰ Este problema se repite sea que hablemos incluso de “convicciones” o “creencias”, en contra de lo que piensan POLITOFF, S., MATUS J.P. y RAMÍREZ M.C., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª edic. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2003, p. 100, quienes siguen a E. Cury. Ello porque, como es bien sabido, la convicción o creencia, para ser evaluada metodológicamente, se le mira desde el punto de vista objetivo, es decir, de su *contenido informativo*, y no de su posición psicológica. En tal sentido, la convicción -de no castigar o de conceder morigeración- que legalmente se le pide al juez, no es lo primero que se le venga a la cabeza, sino una convicción *racional*. En un marco de racionalidad del proceso, al juez penal se le piden *buenas razones para fundar* un fallo, esto es, que pasen el examen de criterios que sean metodológicamente válidos para fundar un razonamiento (vid. art. 342-*d* CPP), y que, como vemos, la analogía no los tiene. Igual sentido racional, tiene la formación de la convicción en materia de hechos, en donde se alude a criterios lógicos y máximas de experiencia (vid. arts. 342-*c*, 341 y 297 CPP). Todo lo anterior nos devuelve al mismo punto de la argumentación presentada arriba.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

b)

Vetar la generalización no implica una prohibición de poder moverse o ampliar *estratégicamente* el marco. Un movimiento que permita flexibilizar, se puede obtener mediante dos estrategias válidas, que pasaré a explicar *grosso modo*. Para ello debe suponerse la necesidad de la creación de un sistema jurídico, de diversos niveles, tipos de normas y extensión, mediante la *interpretación*:

- Contamos con elementos jurídicos de diversa *jerarquía lógica*, en donde unas normas funcionan como principios y otras como reglas de especificación. Entonces, mediante la apelación a *normas que funcionen como principios*, se puede señalar que *una determinada norma de especificación*, por ejemplo, la del art. 1683 CC, precisamente está especificando un caso, como el *nemo auditur*, pero que detrás hay un principio general que abarca todo el resto del ámbito del Derecho Civil, justamente el principio del *nemo auditur*; de esta manera, el resto de clases de casos queda abarcado por esta norma de principio, que se encuentra implícita, pero reconocida en el ordenamiento jurídico. Esto supone que se construya una teoría interpretativa de diverso nivel metodológico. La hipótesis inicial puede funcionar como una norma implícita de la cual se deduzcan ciertas consecuencias necesarias, entre las cuales esté la reconstrucción de ciertas normas de un cierto ámbito del Derecho Penal. Esta reconstrucción al *contrastarse* con las normas positivas, mostrará su capacidad explicativa y así ofrecerá una razón de validación del esquema deducido y de la norma implícita descubierta así como de todas las consecuencias deducidas de ella.

- Con respecto a la interpretación de una oración de un artículo, en especial, de *alguna palabra*, en que no se pueda realizar el movimiento anterior, se puede tratar la palabra de la oración como un *ejemplo* o *instancia* de una idea más general, que inserta en un cierto esquema teórico, dicha estrategia puede validar este esquema. La idea es evitar caer en lagunas axiológicas.

No obstante, en el Derecho no todo es puramente metodológico como una ciencia. Por razones propias de la estructuración del sistema, el Derecho puede intervenir sobre las reglas metodológicas (con razón o no, como en el art. 20 y ss. del CC), para delinear ciertas consecuencias queridas o repugnar otras consecuencias rechazadas. Precisamente, la taxatividad constituye una regla especial del ámbito punitivo, para limitar o estrechar la extensión de los resultados metodológicamente válidos en el Derecho Penal. Pero ello no es suficiente explicación, pues requiere ciertas precisiones que van de la mano con la *ratio iuris* de esta intervención metodológica especial. Adelantándonos, la razón está justamente en la peor posición que tiene el sujeto al poder punitivo según veremos.

Podemos constatar que la estrictez en el Derecho en general tiene distintos grados. Como señalé, el principio de legalidad penal no es sólo una especificación del Imperio del Derecho o del principio de legalidad en general. Ciertamente, comparte elementos constitutivos con aquél, pero, dada la especial posición de los ciudadanos sujetos al poder coactivo del Estado, se le pide a nuestro principio mayor rigurosidad o estrictez en su

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

cumplimiento; así se lo configura con caracteres *proprios*, distintos de la legalidad en general. Para ganar en objetividad legal, previsión y estabilidad, nuestro principio pretende limitar las dos estrategias anteriores, en la generalización de los supuestos nucleares de mayor protección, tipo conductual y pena.

Pero el carácter *stricti iuris* del Derecho Penal tampoco es parejo; la *estrictéz de la taxatividad legal es gradual* de acuerdo a las áreas temáticas del Derecho Penal, en relación con la mayor o menor puesta en riesgo para los bienes que afecte la pena. La idea base aquí está construida sobre la distinción que genera la subregla de la *lex certa* (entre Derecho de la parte especial y la general). En este sentido, la idea matriz de la taxatividad es que toda y cualquier punición tenga como eje básico, los tipos específicos y la penalidad específica de la parte especial. Allí la estrictez es mayor, en cuanto no permitir una amplitud en las condiciones o supuestos normativos para la aplicación de la pena, que vayan en desmedro de los valores jurídicos protegidos de la previsibilidad, estabilidad y objetividad para el sujeto al poder coactivo del Estado.

Sobre la parte general, la prohibición de generalización tiene menor estrictez. Primeramente, porque se trata de construir las bases *generales* de la punición. Y, en segundo término, porque en lo referente a la eximición de la punición, en garantía del sujeto a la coactividad estatal, debe recordarse que los valores protegidos no concurren de la misma manera que para la pretendida víctima y, por tanto, no concurren con el mismo grado de estrictez o fuerza. Me parece que la construcción del principio de culpabilidad, en relación con el error de prohibición se ha realizado entre nosotros con base a dicha comprensión metodológica.¹³¹

En la parte especial, según dije, opera una fuerte restricción *convencional* sobre las posibilidades metodológicas. Sólo es una correcta reconstrucción del Derecho Penal, para producir la punibilidad, lo que esté bajo el dominio directo de la semántica de las normas especiales reconstruidas que tengan un correlato exclusivamente con las normas legales y su contenido posible. Ese nivel reconstructivo de normas específicas de tipo y punición de la parte especial, son la llave de entrada y cierre de la punibilidad. La ley y su lenguaje son una caja de salvaguarda al ciudadano sujeto al poder punitivo, por lo que debe respetarse esta delimitación, de tal manera que fuera de sus márgenes no hay Derecho de punición. Ni los principios jurídicos ni los bienes jurídicos son válidos para extenderse en la creación de punibilidad directa, al modo en que lo hacen las normas especiales.

Ahora bien, los problemas no quedan allí. Sabemos que el lenguaje da en ocasiones un marco y, en otras, situaciones de vaguedad y ambigüedad. Y, como señalamos, en buena medida la determinación del sentido específico que tenga una norma, va a venir reconstruido metodológicamente, con todas sus reglas. Sobre el marco, el intérprete no puede pasar. Tal marco, no obstante, tiene un carácter consensual dado por los propios usos

¹³¹ Vid. CURY, E., “El Estado Actual de la Doctrina y Jurisprudencia Nacionales en Torno a los Problemas del Error de Prohibición”, en: RODRÍGUEZ, L. (Coord.), *Delito, Pena y Proceso*. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2008, pp. 237-248.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

de las palabras que tenga en la comunidad y el contexto lingüístico de la oración en que se contenga e incluso por cierta conjunción de oraciones. En parte dicho marco de posibilidades es intuitivo para el intérprete, precisamente por la forma de uso del lenguaje en la comunidad en que participa, y en parte empírico, pues se puede actuar como un lexicógrafo recogiendo el uso de la palabra en diversos contextos (un ahorro de tiempo lo ofrece el diccionario, que reúne y resume el trabajo lexicográfico de los diversos usos de los partícipes competentes de una determinada lengua, pero ello lo hace bajo ciertas reglas, que no necesariamente una comunidad puede acatar¹³²), incluso el propiamente legal. Así, el abigeato, que tiene por supuesto el robo de animales, no puede, por el uso de la palabra ‘animales’, extenderse a cosas inanimadas.

A simple vista esto parece ser una restricción sumamente importante. Sin embargo, a causa de la apertura lingüística y la enorme influencia del contexto, la prohibición de generalización es manejable por el intérprete, porque puede justamente recurrir a dicha apertura para hacer que el sentido teórico atribuido en la reconstrucción de una figura delictiva pueda calzar en el marco de posibilidades. La restricción, en alguna medida, como ya se anunciaba más arriba, tiene ribetes intuitivos y empíricos a la vez. Intuitivos porque el intérprete puede apelar a un uso conocido que él tenga del término, y que así pida adhesión del lector o receptor de la misma, apostando al conocimiento como usuario de una determinada lengua, o bien, se remita a una investigación lexicográfica sobre los diversos usos, sea mediante el diccionario o mediante artículos públicos en donde, precisamente, se usa el término reiteradamente con tal sentido. Obsérvese que el Tribunal Constitucional realiza dicha investigación, cuando en el ‘caso Piratería’, cita al sitio web “Wikipedia”, página que puede crear y cambiar cualquiera del público, al diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE) y el de J. Escriche, para efectos de mostrar cuál es el uso público de la palabra “Piratería” (consid. 5°). La influencia del contexto lingüístico oracional, también debe ser tenida en cuenta, como vimos en el capítulo 3°.

El caso de caer en desuso un término, es uno relativamente distinto. Se trata de una palabra que ha quedado obsoleta en el uso del lenguaje común y corriente, pero que puede haber sido usada ocasiones para referirse a una clase diferente de cosas. Así, por ejemplo, el art. 1 de la ley 3301 decretó que los términos “flebotomiano” aparecidos en el art. 494 n°s 8 y 10 CP, fuesen sustituidos por el de “dentista”, cuando se creó dicha profesión (art. 2). El término “flebotomiano” tiene un significado y una referencia distinta de un dentista; el diccionario de la RAE, en su versión de 1869, señala que es el que ejerce el arte de sangrador, el profesor de flebotomías o sangrías (y además de otras cosas, como sajar, echar sanguijuelas, ventosas, etc.). El legislador mantuvo el término para los cuasidelitos del art. 491 CP, lo que podría llevar a pensar en que se mantuvo la referencia a los viejos oficios y prácticas de los sangradores. No obstante lo cual, la modificación hizo caer en completo desuso al término y a la práctica misma. De ahí que, se haya usado en el contexto

¹³² En Chile, por ejemplo, se usa la palabra “dictación”, la cual no aparece en el diccionario de la RAE, reemplazando la palabra “dictado”, o la palabra “valorico” en reemplazo del término “valorativo”. Ahora, referido a su sentido, la palabra “prístino” (que sí aparece en el diccionario), se usa en Chile para aludir a algo *claro* y no a su asignación regular de *primigenio*.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

jurídico el término “flebotomiano” en el sentido de dentista u odontólogo¹³³. Para evaluar esta clase de casos (más allá del argumento de la extensión de la puntual Ley n° 3.301) se pueden tomar dos vías: se pueden tomar los casos anteriores resueltos, como un uso público, y así darle ese sentido, o bien, negárselo. Pero el dar cabida a aquel recurso es validar la generalización, a casos que ni siquiera lexicográficamente hay testimonio de uso así, más que la violación de la regla de los propios tribunales. De hecho, el uso anteriormente expuesto, sólo da cuenta de la violación de la regla, por lo que no se puede validar un Derecho, que sólo tiene existencia en base a tal irregularidad. Cuestión distinta es, si tal uso irregular dio origen al diverso uso en el resto de los partícipes de la comunidad, que no actúan en la restricción de la regla, sino que su operación es previa lógicamente. Es a ellos a quienes va dirigida la protección de la previsión, y el uso de dichos partícipes valida la posibilidad de prever la extensión del sentido originario a otro.

Dado que esta norma está dirigida para restringir al intérprete, a quien acorrala es precisamente a quien aplica el Derecho. De esta manera, es la reconstrucción del juzgador la que estará en tela de juicio. Es por ello que al juez, incluso de la suprema corte, no le bastará para nada la mera emisión de su teoría reconstructiva del tipo en su sentencia, para validarla. Debe mostrar que su uso lingüístico de la oración normativo penal, está inserta dentro de las posibilidades que ofrece el lenguaje.

En suma, mucho de la reconstrucción del principio de la legalidad penal, desde su punto de vista interno, cuenta con grandes elementos obstructores de la concreción de los valores, y en buena medida su plasmación pasa por fuertes elementos de intervención metodológica, que implican de parte del intérprete exigencias mucho mayores que saber leer, para poder dar, con las fuertes limitaciones de construcción del principio, una garantía a los valores jurídicos comprometidos en esta institución jurídica.

Por parte del legislador, la construcción técnica de este principio importa poner una mayor carga de trabajo y análisis que respecto del resto de la legislación. En alguna medida, en otras partes del Derecho, el legislador puede descansar con mucho en el juez para que supla ciertas falencias cognoscitivas o de mejoramiento de la técnica legislativa. No obstante, en materia penal no se le está permitido y al juez le está vedado, en buena parte, la labor de complementación. Y ello porque en un Estado de Derecho, los valores superiores protegidos por éste, hacen bastante más compleja la intervención estatal sobre la vida y bienes de los ciudadanos.

6. ¿Qué queda del Principio de Legalidad al nivel de la norma ya reconstruida?

Una vez reconstruida la norma, los fantasmas que aquejaban a la institución de la legalidad penal parecen haber quedado en los anillos superiores del razonamiento jurídico. En efecto, parece aquí sólo ser procedente la operación de aplicación del Derecho Penal, en particular, de la ley penal, y sólo entrar en la discusión de la metodología aplicativa, esto es, la

¹³³ Vid. ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*. Santiago: Gibbs, 1965, t. IV, p. 254.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

aplicación de un modelo, o bien, silogístico, o bien, de instanciación, o bien, nomológico deductivo.¹³⁴ No obstante, aquí se enfrenta la legalidad a otro problema: ¿Es derrotable la legalidad penal? y ¿si es razonable la legalidad penal frente a un mundo multicultural? A mi juicio, este problema de la legalidad penal, desde el punto de vista de los jueces, constituye una problemática que no viene asumida de manera consciente, y afecta al concepto mismo de regla o norma que se tenga (de seguir una regla).

6.1.

Desde que R. Dworkin mostró que los jueces también tratan a los principios como Derecho para juzgar, mediante dos casos jurisprudenciales (*‘Riggs vs. Palmer’* y *‘Henningsen vs. Bloomfield Motors inc.’*), se puso en el tapete la distinción entre principios y reglas. De aquel entonces se viene diciendo que las reglas tienen una vigencia del todo o nada. Para aquello que cae dentro de la regla, entonces se le debe aplicar de forma necesaria esta regla, determinando en forma categórica el resultado, y si no cae, entonces no tiene vigencia la norma, por lo que no debe aplicarse; mientras que los principios tienen una dimensión de peso para su realización, es decir, no son concluyentes en sus resultados respecto de los casos que estén, en principio, dentro de su campo.¹³⁵ No obstante, J. Raz ha señalado, con razón, que si, como muestra Dworkin para afirmar que los principios sean Derecho, el principio invocado en el caso *“Riggs vs. Palmer”*, adquiere su carta al derrotar a una regla legal, entonces ello muestra que las reglas no son de aplicación del todo o nada.¹³⁶

Lo anterior ha vuelto más compleja las cosas, pues ha hecho entrar a la discusión el tema de la derrotabilidad de las reglas y junto con ello, la intervención de las reglas morales sobre el Derecho mismo, en competencia con éste. De tal suerte, la caracterización de las reglas legales también ha pasado a ser indeterminada, en especial, en la propia aplicación.

La derrotabilidad es identificada como un tema de excepciones implícitas a las reglas legales, mediante la cual se impide la aplicación de una regla legal que tiene, por su lenguaje, el dominio sobre una cierta situación singular. La operación ocurre a través de la intervención de un principio, como una norma considerada en el Derecho, que tiene carácter más bien moral. Dicho conflicto no afectaría la validez de las normas, pues sólo sería una derrota en un caso particular no generalizable. Ahora bien, una solución a este problema está en simplemente rechazar la derrotabilidad, pero con el costo, según dice A.

¹³⁴ Para las operaciones de aplicación vid. MENDONÇA, D., “Aplicación del Derecho” en: GARZÓN y LAPORTA (Comps.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 270-275.

¹³⁵ Dworkin agrega que: “Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o no son *funcionalmente importantes*... Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. DWORKIN, R. “El Modelo de las Normas (I)”. *Los Derechos en Serio*, Trad.: GUAUSTAVINO, Barcelona: Ariel, 1984, pp. 73 y ss.

¹³⁶ RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, *The Yale Law Journal*. v. 81, n° 5 (1972), pp. 832 y ss. En igual sentido, HART, H.L.A., “Post Scriptum”, *Estudios Públicos*, n° 65 (1997), p. 249. Ver también la réplica de DWORKIN, R., “El Modelo de las Normas (II)”, *Los Derechos*, cit. nota n° 135, pp. 135-145.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Peczenick, de quitarle moralidad al Derecho, y así legitimidad en la población.¹³⁷ De ahí que para algunos jueces la derrotabilidad es un alivio a su conciencia, pues los libera de las ataduras contraintuitivas a que en ciertas ocasiones los restringe la legalidad, permitiendo una solución satisfactoria desde el punto de vista intuitivo moral (y, para otros, les permite evadir el conocer toda la estructura y diversas combinaciones de fórmulas de solución que ofrece el Derecho).

Por su parte, técnicamente, la derrotabilidad no parece ser tan grave, pues sólo importa un mecanismo de excepción y no uno ampliativo de, por ejemplo, el tipo penal. No obstante, al concepto de *regla legal* mismo lo afecta, como hemos visto, y en ese sentido toca a la legalidad penal. Porque cuando se derrota una regla legal penal, no es que simplemente se le haga un puntito a ella o un hoyo negro, sino que afecta su dominio de casos que viene determinado por la regla misma y la precomprensión de lo que sea una regla. Y dicho dominio de casos viene implicado por una propuesta teórica sobre el entendimiento de la regla aplicado a las normas legales penales en juego.

A mi juicio, es necesario introducir la distinción metodológica entre la norma ya reconstruida y la norma en construcción, y quitarle el carácter dicotómico a la distinción entre principios y reglas.¹³⁸

Si asumimos la perspectiva de la norma penal ya reconstruida, podemos señalar que por definición la norma ya reconstruida y aceptada como tal norma, es deónticamente vinculante. En tal sentido, podríamos decir que una vez aceptada, es *formalmente* de una aplicación del todo o nada, sin caer en grave inconsistencia: si se cae en sus supuestos reconstruidos y aceptados, se debe aplicar su contenido, en caso contrario, no. La aceptación es una decisión metodológica (no epistemológica) relativa al proceso particular de que se trate, que autorrestringe a quien la acepta, de tal manera que una vez que el juez-intérprete acepta la reconstrucción de la norma penal, ya pasada por todos los *contextos* metodológicos, tanto de fundamentación como de aplicación, y teniendo razones para estimar que es la mejor reconstrucción del Derecho Penal de acuerdo a los criterios de control, aquél queda ligado a su contenido reconstruido teóricamente para su aplicación.

Cosa distinta es que, por un problema cognoscitivo, no tengamos certeza de si es correcta la aceptación y, a lo largo del tiempo debemos tratar a la norma como una *hipótesis en construcción*; pero ello, como se ve, implicará volver a la fase de reconstrucción de la norma. Todo esto trae como consecuencia que una norma no puede ser derrotada, sin afectar la validez de la misma.

Una norma tiene varias coordenadas de validez, por ejemplo, real, temporal, espacial, personal etc. Al ocurrir la supuesta derrotabilidad, desde el punto de vista reconstructivo, la

¹³⁷ PECZENICK, A., “Una Teoría acerca de la Doctrina Jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales Sobre el Razonamiento Jurídico*, n° 45 (2000), p. 299, trad.: VALLE.

¹³⁸ Para ver que una distinción no es una dicotomía, PUTNAM, H., *El Desplome de la Dicotomía Hecho/Valor y otros Ensayos*. Trad.: FORN i ARGIMON, Barcelona: Paidós, 2004, pp. 23-28.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

hipótesis hermenéutica de la norma penal se ve refutada en un caso particular en lo referido a la propuesta del dominio de casos que tenga la norma. Tal refutación afecta toda la construcción imbricada o interconectada lógicamente. Por tanto, una excepción implícita de una norma es, antes que nada, una derrota de la teoría reconstructiva misma (ocasionado por la falta de conocimiento completo de todo el sistema jurídico y sus diversas combinaciones, que tienen los seres humanos), que muestra que la reconstrucción no fue lo suficientemente potente para pasar los criterios de control metodológicos, en especial, del engarzamiento sistemático en el ordenamiento jurídico junto a (la reconstrucción de) las demás normas de diverso grado y generalidad. Dicha derrota ocasiona, más que una derrota de la norma penal, su *desplazamiento* o *repliegue* en las coordenadas de validez que tenga problemas (un conflicto total o parcial).

De lo expuesto es que técnicamente, me parece que no hay una derrota de la norma misma de parte de los principios. Por su parte, si la legalidad penal pretende tener algo de fuerza, no puede permitirse que la norma penal sea derrotada por un principio (o valor) con caracteres morales.

Respecto a los principios debemos recordar que el Derecho de la Codificación tiene una pretensión sistemática de su presentación, e incluye en ello a los principios desde los cuales se extraen reglas de especificación. Pero ambas tienen un carácter normativo-jurídico vinculante, y pueden ser aplicados en los casos que correspondan. Tal esquema se puede llevar al contexto de reconstrucción de las normas, en donde el jurista debe hacer la reconstrucción de todo el esquema, y en donde los principios al igual que las reglas de especificación, vienen definidos por su posición en el esquema hipotético reconstructivo.

La importancia de esto, es que los principios no son de tipo moral (aunque puedan repetirse en su contenido), sino que son conceptualizados y seleccionados jurídico-formalmente, dentro de un esquema reconstructivo jurídico que pasa por tres niveles ya vistos: el de los contextos de fundamentación y de aplicación, y el nivel reconstructivo de normas. En cada nivel son sometidos a los criterios de control que correspondan: la coherencia lógica interna de la teoría y externas en relación con otras figuras, la captación del lenguaje jurídico normativo, la integridad de ellos con reglas superiores de otros contextos, como, por ejemplo, el constitucional, el cumplimiento de las expectativas protectoras. De ahí que su contenido no sea absolutamente abierto, sino que viene atribuido por esta metodología jurídica, la cual exige que el contenido pueda ser desarrollado con consecuencias normativas específicas (reglas de especificación); así se comporta, por ejemplo, nuestro propio principio de legalidad penal que tiene un contenido específico con subprincipios involucrados.

De esta manera, los principios están sometidos a la misma reconstrucción que las normas específicas y constituyen parte de un todo interconectado. En suma, tanto los principios como las reglas de especificación tienen una forma jurídica normativa (explícita o implícita), que hacen que cualquier conflicto afecte alguna coordenada de validez de la misma y a la reconstrucción jurídico-metodológica.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Recapitulando, la aceptación de la reconstrucción de una norma, como la penal, importa un compromiso con una cierta teoría, que adjudica un contenido particular a un conjunto de oraciones normativas asignando un sentido semántico al articulado. Dicha propuesta tiene una *implicación* también sobre el dominio de casos a que deben aplicarse determinadas normas, revisado en el contexto de aplicación de la teoría. Por lo tanto, una vez aceptada la reconstrucción como norma, la fáctica *operación* de aplicación debe poder simplemente repetir lo previsto en alguna medida en el *contexto* de aplicación¹³⁹ implicado por el segundo nivel donde reconstruimos la validez de la norma misma. Es en este contexto donde se prevé, si la norma es pertinente y aplicable al caso particular, para su posterior presentación en la fáctica operación de aplicación. Esto que puede parecer una repetición trivial no lo es tanto, pues dicha previsión es lo que concreta el valor de la previsibilidad del principio de legalidad penal en la realidad misma.

A su vez, al estar ya determinada, desde el contexto de aplicación, cual será la operación de aplicación práctica, entonces admitir en la fase de norma ya reconstruida, al final del discurso, la derrota de la aplicación de una norma aceptada más arriba en su contenido teórico, es desde el punto de vista del propio discurso, una inconsistencia en principio (salvo el recurso a hipótesis *ad hoc*). De tal suerte, lo que cae en el dominio de casos de la validez de la norma penal específica ya reconstruida, y determinado su aplicación en el contexto de aplicación, se debe aplicar como una norma del todo o nada.

Un ejemplo que ya he trabajado anteriormente es sobre la reconstrucción del delito de malversación de fondos públicos por apropiación (233 CP).¹⁴⁰ Antonio Carrasco T. funcionario público realiza la conducta de sustraer caudales o efectos públicos por un monto de 4 UTM, que éste tenía a su cargo a título de depósito, junto a sus copartícipes Leonel Ruiz y Marcos Zambrano, que no reúnen tal calidad ministerial. Las penas asignadas son las de presidio menor en su grado medio, multa, más inhabilitación para cargos y oficios públicos. De acuerdo a lo dispuesto en el texto de la norma, parece aplicarse a estos últimos el tipo y la pena del art. 233 CP junto a Antonio Carrasco. Acortando la argumentación, sabemos y reconocemos que el delito (en el tipo y su pena) se construye sobre la base de dos bienes jurídicos que concurren en conjunción: el del respeto a la propiedad ajena y del deber jurídico de fidelidad para con la administración. De ahí que podemos visualizar para el contexto de aplicación que, la pretensión de aplicarles a don Leonel Ruiz o Marcos Zambrano o a “Juan Pérez” la norma del art. 233 CP, resultará en que les estaremos aplicando una norma no construida para ellos, que les achaca una conducta lesiva sobre la conjunción de dos bienes jurídicos que ellos no pueden concretamente lesionar como conjunto y se les aplicará una penalidad construida bajo el supuesto de la doble lesión.

¹³⁹ Aquí es necesario distinguir entre el contexto de aplicación y la fáctica operación de aplicación. El primero es un nivel que se da internamente dentro de la teoría reconstructiva de la figura penal de que se trate. Y tiene un sentido meramente teórico. La segunda, la operación, es una fase de concreción de la validez de las normas, que se ha de dar en la realidad, y supone la actividad teórica previa.

¹⁴⁰ GANDULFO, “La Validez”, cit. nota n° 7, pp. 524-526.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Entonces, podemos nuevamente revisar la construcción del sentido de la norma, y señalar que la norma se dirige a castigar a aquellas personas que son capaces de vulnerar los dos bienes jurídicos a la vez, cosa que no pueden hacer quienes no reúnan la calidad de funcionario público que les haga recaer sobre ellos el vínculo de fidelidad para con la administración. Es por ello que por la reconstrucción del sentido del art. 233 CP se entienden, desde el punto de vista negativo, excluidos del tipo los no funcionarios públicos que participen en cualquier calidad. Esta reconstrucción interna desde la teoría del Derecho Penal, fija así el dominio de casos, respecto sólo de los funcionarios públicos, y al llevarse nuevamente al contexto de aplicación, las personas como don Leonel Ruiz y Marcos Zambrano quedarán excluidos del dominio de casos de la norma penal. Llevada a la operación de aplicación práctica en la sentencia, ésta no expresará la derrota del art. 233 CP, sino la no aplicación por estar fuera del dominio de casos particulares de la norma.

Lo que en definitiva pretendo resaltar es lo siguiente: 1) La carga de la finalidad moralizadora que pretende obtener la derrotabilidad, debe trasladarse a una cuestión metodológica, en la fase reconstructiva de las normas y darle allí su debido encauzamiento en las formas del sistema jurídico; 2) Asimismo, por el problema epistemológico de la incertidumbre, queda siempre abierta la vuelta a la discusión de la correcta o incorrecta reconstrucción metodológica de una norma o de un conjunto de normas, sea en el *contexto* de fundamentación o de aplicación dentro de la teoría misma, y 3) Ahora bien, por una cuestión metodológica, una vez concluida la reconstrucción de la validez de las normas involucradas -revisados los contextos y los controles-, debe aceptarse la norma con el sentido teórico preciso, y debe pasarse a la *fáctica operación* de aplicación, derechamente repitiendo lo visto en el contexto de aplicación.

En la aplicación, las normas penales, en especial, las de especificación, cobran toda su validez, esto es, la fuerza obligatoria de una norma para regular casos, y todo caso particular que caiga dentro de su dominio, debe ser sometido a las prescripciones de dicha norma.

De esta manera, el principio de legalidad en materia penal, mirando las normas en su fase de ya reconstruida y aceptada tiene plena vigencia, por sobre cualquier otra razón.

6.2. Addenda: el multiculturalismo.

La crítica que se le ha dirigido al Derecho Penal y, en particular, al principio de legalidad en materia penal, dice relación con que no son capaces de asumir los problemas de la sociedad multicultural y, por el contrario, tienen una tendencia a reprimir las diferencias mediante el rasgo coactivo. Así actuaría, por ejemplo, frente a distintos cuestionamientos y reivindicaciones étnicas. En suma, aquí se mezclan o chocan el principio de legalidad con el de igualdad ante la ley de todas las expresiones culturales y la libertad de desarrollarlas.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”
Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.
[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

A mi juicio, el sólo hecho del multiculturalismo no es un tema tan relevante en la construcción de la teoría de la legalidad penal. Como hecho tiene más bien un carácter contingente.¹⁴¹ En efecto, podríamos estar situados en una sociedad monocultural y no obstante ello, lo que está de trasfondo, en cualesquiera de los casos, es la cuestión político-jurídica de si ciertas diferencias o posibles diferencias entre los seres humanos *deben ser* respetadas por los otros.

Ello porque no obstante estemos situados en una sociedad monocultural, cualquier individuo o cualquier grupo de individuos que en algún tiempo disienta de la mayoría, bajo el supuesto del deber de respeto a las diferencias y el derecho a la libertad de optar por otras vías en su desarrollo espiritual, debe ser respetado en tal decisión y en las consecuencias prácticas que ello acarree (en tanto no dañe a terceros).

En tal sentido, hemos de recordar que el principio de igualdad no está fundado en circunstancias *empíricas* igualitarias, pues precisamente nuestras diferencias nos llaman a la necesidad de un trato igualitario en ciertos tópicos. Así, existe una idea de igualdad mínima en ciertas consideraciones seleccionadas expresamente por el potestado normativo. Ello es lo que se quiere rescatar con la idea fuerza del art. 1 inc. 1 CPR, en orden que: “Las personas nacen... iguales en dignidad y derechos”. El problema que se presenta es el de determinar qué derechos se tienen en igualdad desde el nacimiento.

La libertad es construida y adjudicada por las normas jurídicas como una garantía de precedencia en nuestro ordenamiento jurídico, la cual es imputada a toda la clase de personas por igual, ya desde el art. 1 inc. 1 CPR. Fundamentalmente, la Constitución marca una opción de vida como personas a través de la libertad, lo que se ve corroborado en la autonomía o libertad de cada uno para buscar la mayor realización espiritual y material posible, como reconoce el inc. 4° del art. 1 CPR, salvaguardando, asimismo, la libertad de conciencia, en tanto estructuración de creencias, tanto descriptivas como valorativas sobre la comprensión o explicación del mundo y su devenir (art. 19 n° 6 CPR) así como la libertad de enseñanza (art. 19 n° 11 CPR), de asociación (art. 19 n° 15 CPR), de trabajo (art. 19 n° 16 CPR) y de desarrollo económico para la automantenimiento u otros fines (art. 19 n° 21 CPR).

En tal sentido, la Constitución despliega un arsenal de derechos para poder tener la libertad de estructurar un sistema de creencias, divergente al de la mayoría políticamente dominante (sin carga peyorativa), y desarrollarlo, viviendo según aquel sistema de manera integral. En suma, lo que debemos saber es la asignación jurídica de esa libertad en un Estado de Derecho y sus márgenes.

¹⁴¹ Esto que señalo me pone en directa oposición con la tesis de H. Rojas Corral, que parte del supuesto de una sociedad plural, multicultural y multiétnica, para darle sentido a la propuesta de incorporación del principio del multiculturalismo. ROJAS CORRAL, H., “El Principio del Multiculturalidad. Un Aporte a la Protección de los Derechos Humanos Culturales”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. n° 18 (2000), p. 454.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

En lo que toca al Derecho Penal y a la legalidad penal misma, debemos tener en consideración que dicha normativa se encuentra inserta dentro de los márgenes del Estado de Derecho (incluyendo fines y funciones), por lo que a la solución del problema planteado en el párrafo anterior, debe concurrir el Derecho Penal de manera de guardar consistencia con ella en su especialidad, y el principio de legalidad -a mi juicio- debe adecuar su contenido también a las exigencias que ella imponga. El Derecho Penal es, desde el punto de vista jurídico, una construcción de garantía de segundo (o tercer) grado, en donde los valores protegidos vienen dados por el resto del ordenamiento jurídico. Es por ello que la solución al problema es bastante mayor que el Derecho Penal mismo y la legalidad penal, pero, en lo que incumbe al penalista, ciertamente es la forma concreta que adopta la respuesta penal a la cuestión de la libertad y el pluralismo cultural.

Veámoslo con un ejemplo. Si el Derecho Penal protege la propiedad privada entendida como un esquema conceptual desarrollado en términos occidentales (de la tradición judeocristiana), así como la posesión de las cosas en el mismo sentido, y en buena medida definidas así por la legislación civil, por ejemplo, en materia de tierras sometidas a la inscripción posesoria y las reglas de prescripción de 5 o 10 años, es sumamente razonable la aplicación de dichas reglas y la protección mediante la garantía penal de ellas, a la ciudadanía que actúa con base en dichas normas (aun las que incumpla). Esto, por supuesto, no se puede saber por la sola aplicación espacio-temporal *prima facie* de una norma penal; importa un *enjuiciamiento de contexto*.

La norma penal, y su reconstrucción por parte del intérprete se encuentra encajonada dentro de los márgenes contextuales de éste. Y si observamos aquí bien, los “contextos” a que aludí son diferentes en una otra oración. La primera alusión es a fijar los contextos culturales de cada población y el segundo alude a que es el intérprete el que buscará decodificar la legalidad penal, en los “códigos” que ha aprendido en el desarrollo de su vida.

Se ha dicho que no parece ser lo mismo, el que, por ejemplo, una comunidad de personas que históricamente se ha regido por ciertos cánones o reglas forjadas al fuego lento de su propia cultura, esto es, valoraciones morales, usos y comprensiones de la realidad diferentes a la tradición judeocristiana, haga una toma de tierras o inmuebles que bajo su comprensión histórico-jurídica (y/o moral) siempre han pertenecido a ella, incluso no de manera individual sino colectiva, que lo que pueda hacer un grupo de personas que pretenden el apoderamiento de terrenos que se pueden incluso disputar entre sí, pero que participan del Derecho de la comunidad políticamente con poder.

El sistema de creencias imperantes es juzgado desde la perspectiva de la realidad de la propia persona. Pero lo más importante que determina es la selección de las expectativas más correctas de actuación individual como colectiva, y así sirve para planificar la propia actuación. Por lo que debe entenderse que el sistema de creencias y expectativas confluyen en la determinación individual del comportamiento respecto de su corrección y a lo que se espera de la reacción social.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Es importante traer a colación aquí la idea de Derecho. Éste es definido por los positivistas de manera global: como un sistema jurídico. La calificación de “jurídico” de ciertas normas se da, en parte, por su pertenencia al sistema jurídico. Este sistema puede ser compartido o reconocido con otras formas culturales o no (por ejemplo, la cultura china frente a la chilena, la chechena con la rusa), en tanto el Derecho, desde cierta perspectiva, es el producto de construcciones culturales sobre la forma de funcionar de la sociedad concreta y la consideración de las personas. La incorporación a este sistema es de vital trascendencia en la formación de creencias y expectativas según veremos.

La formación de una cultura, su existencia, es un asunto *contingente*. A lo largo de la historia hemos visto que existen culturas que nacen y desaparecen; unas son absorbidas por otras, por debilidad o mejores perspectivas de una sobre la otra para el desarrollo de los individuos y otras veces ocurre por simple imposición. Esta contingencia afecta igualmente a los sistemas culturales existentes en la actualidad. Se trata fundamentalmente de una realidad *dinámica*¹⁴² y que, además, *en* cada sistema no es uniforme en el conjunto de creencias, sino que presenta al interior diversos grados de intensidad.

Esto implica que cierto grupo de personas puede, efectivamente, haber abandonado su sistema cultural y haberse incorporado a otro. Las causas pueden ser variadas y complejas. En el mundo occidental contemporáneo, esto debe pasar por ciertas decisiones individuales, más o menos voluntarias, sin perjuicio de las presiones que puedan ocurrir desde un sistema cultural a otro (piénsese en el marketing invasivo que afecta los cánones precomprensivos de la realidad).

Así, por ejemplo, ocurre con múltiples personas y sus descendientes de etnias precolombinas, que han pasado a incorporarse, con más éxito que otros al sistema cultural judeocristiano y capitalista-postindustrial.¹⁴³ En ese aspecto, ellos han pasado a incorporarse al sistema jurídico dominante (sin carga peyorativa), y son usuarios u operadores jurídicos del mismo. Su sistema de creencias pasa a incorporar como datos y razones, las soluciones normativas que ofrece el Derecho nacional que corresponda, y genera las expectativas legítimas según éste. Lo mismo ocurre con los extranjeros que vienen al Estado de Chile, desde países con tradiciones culturales radicalmente diferentes, que pasan a incorporarse y ser usuarios de nuestro sistema jurídico. Todos ellos son operadores del sistema jurídico dominante.

¹⁴² Esta característica, mirada desde la óptica del reconocimiento, según Ch. Taylor, se explica porque interactúan de manera diaria, diversos elementos positivos y negativos, tanto el reconocimiento social como su ausencia, que van contribuyendo al delineamiento de la autoimagen y así cultura misma. TAYLOR, Ch., “La Política de Reconocimiento” en: (vv.aa.), *El Multiculturalismo y la Política de Reconocimiento*. México DF: FCE, 1993, pp. 44 y ss.

¹⁴³ Recordemos que un ascendiente aborigen de Catalina de los Ríos, tuvo “ocho indios de encomienda a su servicio” bajo el reinado español en Chile. Vid. VICUÑA MACCKENNA, B., *Los Lisperger y la Quintrala*, Santiago: Edit. Sudamericana, 2001, pp. 20 a 22.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Por supuesto, la adquisición del sistema cultural y la operación relativamente competente del sistema jurídico, en términos de usuario del sistema (aquí tengo en mente algo parecido al nivel de usuario de los sistemas operativos computacionales, en donde el sujeto se maneja en una serie de habilidades y conocimientos que le permiten, juzgado globalmente, realizar una cantidad suficiente de operaciones como para lograr los objetivos que se predispone de manera más o menos eficaz y autónoma; sin perjuicio de que no sepa domeñar ni conocer la totalidad de funciones del programa, pero que pueda alcanzar la solución a un problema que desconozca con métodos sucedáneos, o bien, con preguntas de rápida solución), ocurre de manera gradual, por lo que el Derecho Penal debe disponer de criterios graduales para el juzgamiento de dichas situaciones. En estos casos, y siguiendo la línea de mi tesis metodológica, la carga puesta en la reconstrucción del Derecho, ofrece la salida intrasistema, mediante el uso del error de prohibición. Es decir, se supone una cierta solución que por desconocimiento y divergencia cultural no es la que rige en el sistema dominante, pero que lleva a la persona a actuar de manera consecuente con dicha creencia; en suma se trata de un error.

El problema que tiene mayor complejidad es: qué ocurre con las personas que derechamente se encuentran en otros sistemas culturales, y que interactúan medianamente o pocamente con el sistema cultural dominante. Aquí surgen dos problemas: i) la delimitación fina de los que interactúan a uno u otro lado de la vereda cultural; y ii) el tratamiento que se le dé al sector cultural no dominante, incluso en relación con los individuos del sector dominante (insisto no-peyorativo).

El primer problema que surge es que una persona al interactuar con el sistema dominante puede pasar a adquirir capacidades de interacción de ese sistema. Es decir, aprende a formarse creencias y expectativas de la corrección en el sistema dominante, así como a comparar la corrección ética entre uno y otro sistema.

En este punto entra en juego una vaguedad operativa o funcional. Parece fácil decir cuándo una persona está absolutamente fuera de un sistema de creencias y si lo está en el otro, pero cuando conviven los distintos grupos sociales, las interacciones entre los diferentes grupos, operando unos con otros, hace muy difícil saber, cuándo participan de una y de otra cultura, por una creencia más o menos o por un uso más o menos. Afortunadamente, como juristas no tenemos que dar dicha respuesta, podemos remitirnos a saberes auxiliares, como la sociología y la filosofía, que nos permitan identificar entre uno y otro.

En cuanto al segundo problema, respecto de quienes forman parte de la tradición cultural no-dominante, surge la cuestión de qué estatuto se le aplicará, en lo que nos interesa, qué estatuto penal. Es necesario volver a recordar que, por la normativa jurídica libertaria que nos rige -ya citada- las agrupaciones de personas pueden perfectamente formar grupos culturales apartes del sector dominante y el Estado de Derecho les reserva un ámbito de acción relativamente autónomo, al margen de aquel sector.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

Desde el punto de vista penal y de la estrategia interna de solución, no es posible aplicarles a ellos el error de prohibición, pues no actúan simplemente movidos por un error, sino que, repito, actúan al margen del sistema jurídico dominante y, por ende, movidos por otras creencias y expectativas razonables.¹⁴⁴

Lo que ocurre aquí es algo que para el jurista, no formado en la cultura jurídica latinoamericana, es extremadamente inusual y complejo (de hecho para el autor así lo es). La solución pasa por restringir el campo semántico del actuar constitutivo del principio de legalidad penal (y así del Derecho Penal mismo). Se restringe la validez de las normas como un conjunto, en algunas de las coordenadas normativas que vimos, a través de la conjunción normativa de diversas materias en la construcción del ordenamiento jurídico. En otras palabras, al reconstruir el sistema jurídico, las normas penales concurren con otras, como las que conforman el estatuto de la libertad de los ciudadanos, y en dicha combinación quedan restringidas, en las coordenadas *personales*, calificadas así junto a otros criterios extraídos y recepcionados con la asistencia de otros saberes.¹⁴⁵

La reconstrucción como sistema, de inmediato arrojará que ciertas normas penales quedarán restringidas en su ámbito de vigencia personal.

Esto es muy consistente con una vieja idea liberal: el que la libertad jurídica no es simplemente una libertad natural de mero dejar hacer -sin determinar qué consecuencia puede acarrear-, sino que viene constituida mediante normas o instituciones jurídicas. En virtud de dicha constitución, las normas jurídicas del Estado de Derecho son las que reservan el ámbito de libertad a ciertos ciudadanos, delimitándola jurídicamente, aun de manera muy amplia.¹⁴⁶ Pero nuevamente surge otra compleja y difícil pregunta (por su respuesta): ¿Hasta dónde llega esa libertad?

Siendo directo en la respuesta, así como la libertad es construida por normas jurídicas, son ellas mismas las que fijan los deslindes y, lo más importante, suponen un punto de partida. En tal sentido, no podemos suponer que las normas del Estado de Derecho dan simplemente vía libre para hacer y deshacer, como si el propio Estado de Derecho fuese

¹⁴⁴ Aquí hay una coincidencia parcial en el criterio de R. Carnevali sobre lo que identifica como primer supuesto de los delitos motivados culturalmente: “El primero se relaciona con la determinación de los motivos para actuar -factores psíquicos-, es decir, que las razones para actuar se apoyan en motivaciones culturales. Supuestos psicológicos que determinan su obrar, dada la concurrencia de ciertos códigos culturales que lo condicionan dentro de un determinado contexto”. CARNEVALI, R., “El Multiculturalismo: un Desafío para el Derecho Penal Moderno”, *Polít. crim.* n° 3 (2007), p. 24.

¹⁴⁵ La restricción de orden territorial en las coordenadas no tiene justificación bajo este esquema. Territorialmente puede haber coincidencia con la restricción personal, pero en las razones que justifican la restricción no intervienen directamente consideraciones territoriales. Vid. las críticas de R. Carnevali al art. 14 de la ley n° 16.441 sobre rebaje de penalidad para ciertos delitos, en “El Multiculturalismo”, pp. 19, 20, 22 y 23. Me parece que, apartándome un poco lo dicho por Carnevali, la ley utiliza un criterio personal en combinación con uno territorial, y si bien es cierto que no hay referencia directa a la motivación cultural del delito, la restricción debe pasar por una adecuada reconstrucción normativa, basada en el valor protegido por esta norma y no sólo una mera estimación lingüística.

¹⁴⁶ Vid. VON HAYEK, *Los Fundamentos*, cit. nota n° 10, p. 81.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

completamente neutral en eso. Si así lo fuese, la libertad de las minorías culturales, sería una mera contingencia política, un azar jurídico. El Estado de Derecho de raigambre liberal es un estado *comprometido* con la protección del ciudadano, de tal manera que en él dicha libertad es una consecuencia necesaria de su propósito y definición: como una organización construida en torno al individuo, que respeta y salvaguarda sus derechos y libertades fundamentales. En tal sentido, la legislación del Estado de Derecho no va a dar absoluta carta blanca a cualquier costumbre; sabemos que existen costumbres de mutilaciones corpóreas severas, limitativas del desarrollo de la personalidad del ser humano, ciertas prácticas de iniciación sexual entre parientes que violentan la comprensión del mundo de los menores, etc. La misma razón que da la libertad, la restringe y delimita.

El Estado de Derecho no va a autolimitar la vigencia de los derechos humanos,¹⁴⁷ reconocidos por el Estado y por los tratados internacionales vigentes, en especial, referidos a las prácticas dañinas para la personalidad de los individuos y su desarrollo autónomo, en el ara del multiculturalismo. Dado que el Derecho Penal es un instrumento de garantía para la vigencia de ciertas cosas valoradas como importantes, la interconexión del contenido del Derecho Penal a esas normas mínimas que el Estado de Derecho considera fundamentales, constituirán parte del estatuto de garantías, sobre las cuales no regirá la autolimitación recaída sobre el Derecho Penal. A lo que sí estarían sometidos todos los ciudadanos es al Derecho Penal ultramínimo, que es parte integrante de la salvaguarda de los derechos fundamentales. Fuera de él creo que quedaría, por ejemplo, el delito de bigamia que no persigue la protección de un bien jurídico fundamental directamente. Al resto de la normativa se van incorporando o no de acuerdo al sistema de creencias.

La determinación de esa legalidad penal ultramínima, no es cosa fácil. En relación con los delitos, se determina, en principio, mediante la conexión de los bienes jurídicos comprometidos en los mismos. Trayendo a colación el caso histórico de la comprensión de propiedad de algunos pueblos aborígenes, éstos fueron juzgados en diversas ocasiones por robo, siendo que su concepción de propiedad sobre algunas cosas era más bien colectiva, de buena fe. Pues bien, dentro del catálogo de derechos fundamentales está el de la propiedad y el Derecho Penal forma parte de dicho estatuto protector. En tal sentido, los derechos fundamentales ciertamente tienen un cariz que está permeado por cierta evolución y necesidades propias de nuestra cultura, aunque no de igual manera, como podemos ver en la diferencia entre la garantía a la vida y el derecho de propiedad. Esto que en principio

¹⁴⁷ En similar sentido ROJAS CORRAL, “El Principio”, cit. nota n° 141, p. 462. R. Dahrendorf ha advertido respecto de grupos que pretenden su independencia bajo cualquier medio, amparándose en la autonomía, al señalar que su causa “suele defenderse con pasión y no pocas veces violencia, [lo que] es siempre antidemocrático. O al menos no es el fruto de una voluntad de autodeterminación democrática, sino del deseo de homogeneidad étnica (lingüística, religiosa). Su principio fundamental es la delimitación: hacia fuera, frente a los vecinos ‘extranjeros’; hacia dentro, frente a las minorías ‘extranjeras’”. Lo que muestra que su vía no es para producir una mayor igualdad en la consideración. Y se agrega que “si el intento tiene éxito, los más beneficiados son los activistas, no el pueblo. Entonces, ya no se habla de democracia; cuando por fin se es escocés o catalán, todo lo demás (los *checks and balances*, los cambios en la cúspide del poder y hasta la participación del pueblo) se considera secundario”. DAHRENDORF, R., *En Busca de un Nuevo Orden*, Trad.: GÓMEZ IBÁÑEZ, Barcelona: Paidós, 2004, p. 123.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

parece ser un problema del Derecho Penal, me parece que tiene que ser solucionado, con referencia a la propia construcción y comprensión de los bienes protegidos por los derechos fundamentales, respecto de otras culturas, por ejemplo, en el caso de la propiedad, de manera colectiva por ciertas agrupaciones de raíz precolombina. Ello porque al igual que el tema de los principios, el bien comprometido por el Derecho implica una comprensión más allá del mero término, por ejemplo, “vida”; importa la atribución de un esquema conceptual capaz de ser desarrollado mediante ciertas consecuencias, por lo que, en medio de ese desarrollo, pueden efectivamente darse ciertas diferencias, que mediante la intervención de la salvaguarda de la libertad cultural, permitan ciertas bifurcaciones en el modelo teórico. Pero también este problema, en alguna medida, debe ser asumido por la *legalidad penal*, para *limitar o atenuar el injusto penal* a causa del entendimiento de tales bienes fundamentales.

Conclusiones

Por lo extenso del trabajo voy a dividir las conclusiones en dos partes y presentarlas de manera muy apretada: la crisis del principio y la reconstrucción del mismo.

La crisis del principio nos arrojó los siguientes resultados:

- El lenguaje no presenta ya caracteres de seguridad para la transmisión del Derecho, como lo pretendía la versión primigenia de la Codificación.
- El lenguaje se presenta al receptor como una cadena de signos externos que requieren ser reconstruidos o decodificados por éste siempre, para ser comprendido.
- La incerteza sobre la reconstrucción del lenguaje es insuperable.
- Las palabras, las oraciones y las teorías son susceptibles de múltiples influencias que alteran el resultado de lo que se puede pensar *a priori* o en principio sobre el significado de una oración normativa y sus términos.
- La legalidad penal no describe conductas, sino que mediante prescripciones construye y constituye pautas relativas a clases de conductas.
- Lo anterior origina que remitiéndose a la teoría de clases, se carezca de un criterio de adecuada o justa generalidad de la prescripción.
- Toda la legalidad penal se halla contaminada por la teoría indefectiblemente.
- La teoría interpretativa penal de alguna figura delictiva que se queda en un contexto general, siendo justificada y semánticamente razonable es opaca para determinar la correcta aplicación o no, de la ley interpretada, a un contexto particular.
- La legalidad penal, en su versión original, tiene fuertes problemas para adecuarse a exigencias de legitimidad de su contenido, en especial, en su fase de aplicación.

Por su parte, de lo dicho respecto de la reconstrucción del principio, se sigue:

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

- Se debe partir como distinción metodológica entre la fase reconstructiva de las normas y la fase de la norma ya reconstruida.
- Dentro de la misma línea se distingue, entre el contexto de aplicación como una cuestión teórica y la operación de aplicación como cuestión práctico normativa.

En particular, sobre la fase reconstructiva de las normas:

- Las deficiencias del lenguaje sólo pueden ser superadas mediante una aproximación metodológica a la legalidad penal, que permitan la crítica jurídica.
- La reconstrucción de la ley penal es sólo conjetural y provisoria.
- Es posible darle un contenido técnico al principio de legalidad penal distinto de la legalidad en general, mediante la reconstrucción operada: tanto al nivel de fundamentación, mediante los valores protegidos, al nivel reconstructivo de la norma misma, con sus cuatro subnormas, y su aplicación.
- Sobre el principio de legalidad confluyen tres valores a proteger: la objetividad, la certeza jurídica subjetiva, entendida como previsibilidad y la seguridad o estabilidad de las condiciones sociales.
- Especialmente la estabilidad (sin perjuicio de la concurrencia más débil de los demás valores), más un argumento pragmático, hacen fuerza por un principio de reserva legal para el Derecho Penal, por ser el procedimiento más complejo para la modificación normativa de delitos y punitivos.
- En el mismo sentido que el anterior, se exige la característica de escrituración de la ley penal.
- El valor de la objetividad permite la concurrencia de leyes retroactivas más favorables al ciudadano sujeto al poder penal, mientras que la certeza subjetiva y la estabilidad concurren en exigir que la ley penal más desfavorable no se le aplique retroactivamente a él.
- Especialmente la certeza jurídica subjetiva, exige que sea estrictamente la normativa legal, la que especifique las pautas de clases de conducta y especifique los márgenes de punición.
- La comprensión de la norma legal examinada en relación con esta exigencia, supone que ya ha pasado por la reconstrucción metodológica y los diversos criterios de control; se trata de un control sobre el resultado.
- La violación a esta norma puede venir de manera directa o de manera indirecta del tipo fraude constitucional a la especificidad.
- La construcción del concepto de pena, permite una determinación relativamente suficiente respecto a la determinación de la misma.
- La construcción conceptual de una clase de conducta: referida a la primera forma de violación de la subnorma, permiten una limitación más razonable; referida a la segunda forma, ofrece todo tipo de problemas, prácticamente insolubles, tanto a nivel nacional como internacional.

GANDULFO, Eduardo. “Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica.”

Polít. crim. N° 8, 2009, A2-8, pp. 1 – 90.

[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf]

- Los diversos criterios intentados y creados para detectar y limitar la defraudación constitucional, sólo funcionan en el mejor de los casos, a medias, por lo que deben ser tomados sólo como índices que guían al control de la subnorma.
- La previsibilidad, en especial, carga sobre el legislativo la mejor elección de los términos y oraciones, pues constriñe al aplicador a no generalizar en las soluciones presentadas por el legislador.

Y, finalmente, sobre la fase de la norma ya reconstruida:

- Parte desde la idea de *aceptación* de la reconstrucción teórica finalizada.
- La carga de legitimidad o moralidad de la legalidad penal se traspasa directamente a la fase reconstructiva, quedando excluida de la fase de aplicación.
- Determinada su pertinencia y aplicación al caso particular en la fase reconstructiva y aceptada así la reconstrucción de la norma, su contenido *debe ser* aplicable a dicho caso.
- El problema del pluralismo y del multiculturalismo si bien exige cierta intervención legislativa, en lo que toca al penalista, debe resolverse de manera interna en la reconstrucción del intérprete.

La última pregunta pendiente por responder, con la que comenzó el presente trabajo es: ¿Qué es lo que estremece los labios y le muerde como un pesar, a quien detente la posición de poder y pueda utilizarlo de manera arbitrario -bajo cualquier pretexto o artimaña? La respuesta, a mi juicio, es que lo que estremece y pesa sobre el potentado, es la Ley y su valor que está en lo último del trasfondo, la Libertad, égida para el fin del disfrute de los poderes discrecionales.