

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

Hugo Puebla

Profesor Guía: Salvador Mohor

Santiago, abril de 2005

Introducción .	1
LOS FUNDAMENTOS DEL <i>IUS PUNIENDI</i> .	7
Derecho penal objetivo y subjetivo . .	7
Titular del Derecho penal subjetivo .	9
Fundamentos de la facultad punitiva del Estado . .	9
Las teorías abolicionistas . .	9
Las teorías justificacionistas .	16
Los límites constitucionales al poder punitivo del Estado .	29
Generalidades .	29
El principio de legalidad como base del Derecho penal en un Estado de Derecho . .	32
Antecedentes históricos del principio de legalidad . .	32
Fundamentos del principio de legalidad . .	33
Consecuencias del principio de legalidad .	38
Nullum crimen nulla poena sine lege stricta . .	38
Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta . .	43
Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia .	45
Nullum crimen, nulla poena sine lege certa .	49
El Principio de Proporcionalidad como Límite al poder punitivo del estado .	51
Los subprincipios del principio de proporcionalidad .	52
Los principios de derecho penal en la constitución chilena .	65
Antecedentes históricos .	65
El Principio de Legalidad en la legislación chilena . .	67
Nullum crimen nulla poena sine lege stricta . .	67
Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta . .	68
Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia .	69
Nullum crimen, nulla poena sine lege certa .	71
El principio de proporcionalidad en la legislación chilena . .	72

Puntos conflictivos entre nuestra legislación positiva y el principio de proporcionalidad .	73
Trasgresión a la proporcionalidad en las normas sobre autoría .	100
Conclusiones .	101
Bibliografía .	105

Introducción

De acuerdo a lo señalado por el Diccionario de la RAE, la Constitución Política puede ser definida como la «Ley fundamental de un Estado», es decir, es el cuerpo normativo máximo que informa y regula el resto de los ámbitos del ordenamiento jurídico.

La Constitución fija las bases en donde son recogidos los principios que inspiran un determinado sistema político y de acuerdo al cual deberán ajustarse todo el resto de las normas positivas internas.

De todas las ramas del ordenamiento jurídico, es el Derecho penal el que se encuentra más ligado a la Constitución¹. Como señala Teresa AGUADO, «La relación existente entre la Constitución y el Derecho penal es innegable. La Constitución es expresión de los principios fundamentales que inspiran un Ordenamiento jurídico. En la base de todo texto constitucional, se encuentra latente una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. Este es el motivo por el que los cambios constitucionales suelen venir acompañados de una reforma correlativa en el Código penal».²

La importancia de esta estrecha relación entre el Derecho penal y la Constitución no

¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «*Derecho Penal. Concepto y Principios Constitucionales*», 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999; AGUADO CORREA, Teresa, «*El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*», Editorial EDERSA, Madrid, España, 1999, p. 39.

² AGUADO, p. 31.

estriba en que esta última fije en su seno una política criminal concreta ³, de hecho habitualmente no lo hace. Su importancia está en que, al ser el Derecho penal la ingerencia más grave que puede realizar el Estado en la vida de sus ciudadanos, al punto que por su medio le puede limitar incluso el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, la Constitución le servirá de límite a aquel para ejercer su actividad punitiva, estableciendo determinadas cotas, más allá de las cuales el Estado no podrá intervenir legítimamente a través del Derecho penal. Así, uno de los ámbitos en que mejor queda de manifiesto la relevancia de la Constitución para el Derecho penal es el de los llamados *Límites al ius puniendi*, de acuerdo a los cuales si el estado quiere limitar los derechos de sus ciudadanos deberá hacerlo de forma que con ello no vulnere los principios que derivan del ordenamiento constitucional.

Ahora bien, todos los principios que inspiran al Derecho penal en un Estado Democrático, derivan de lo que es conocido como el «principio de legalidad» (que expresa, en su sentido formal, el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*). Dicho principio, en el sentido que lo conocemos actualmente, deriva de la teoría del contrato social y supone una estructura política en que la ley es competencia exclusiva de los representantes elegidos por el pueblo. El contrato social es el pacto que el ciudadano hace, por el cual renuncia a su estado natural y asume un estado civil a cambio del aseguramiento de su participación y cierto nivel de control sobre la vida política de la comunidad. Dicho control y participación es ejercido principalmente a través del poder legislativo, por lo que se puede deducir que las penas y las privaciones de derechos que ellas implican, son una manifestación de voluntad del pueblo, que las considera una necesidad. Así, este principio es a la vez una exigencia de seguridad jurídica —por el cual se asegura el conocimiento previo de los delitos y las penas— y una garantía de que el ciudadano no se verá sometido por parte del Estado a penas que el pueblo no admita como una necesidad. ⁴

La revitalización que ha experimentado la idea contractualista como criterio legitimador del orden social, ha puesto énfasis en los medios por los cuales se puede obtener un legítimo consenso sobre los temas centrales, tanto en relación a las cuestiones políticas como sociales de relevancia para los integrantes de dicho sistema. ⁵

En nuestro caso, la Constitución de la República es la norma encargada de recoger el contenido del acuerdo mencionado al cual se llega mediante el consenso de los integrantes del sistema social, norma que a la vez es susceptible de modificación y se encuentra condicionada por los acontecimientos históricos que tengan lugar durante su vigencia.

Además de establecer los aspectos formales del ejercicio del poder, la Constitución,

³ CARBONELL, p. 84

⁴ MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 143.

⁵ Sobre la referida revitalización de la teoría contractualista, ver en extenso: VALLESPIN, OÑA. «*Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick, Buchanan*». Alianza universidad, España, 1985. Págs. 15-29, 33-39 y 50-134.

consagrando la idea de Estado garantista, establece como límites o parámetros para las normas legales un grupo de valores o principios.⁶ Así, no se queda en establecer sólo la estructura política del Estado, sino además los objetivos que deben perseguirse con ella. En nuestro caso, así como en muchos otros⁷, la norma superior consagra un amplio número de garantías individuales, libertades públicas y derechos fundamentales que deben ser estrictamente observados al momento de actuación de los poderes públicos.

La actuación de los poderes públicos, constitucionalmente afectada a la consecución de determinados objetivos, enriquece en gran medida el contenido del contrato social, pues éste no se encontrará limitado a describir el procedimiento por medio del cual se ejercerán los poderes públicos y que legitimará el ejercicio de la fuerza, sino también se dedicará a asegurar que dicho procedimiento persiga los fines establecidos en la Constitución, fines que tienen una trascendencia mayor a la de simplemente mantener el orden público.

Como consecuencia de la tendencia descrita, la Constitución impone ordenes de convivencia social por medio de métodos en los que el uso de la fuerza debe estar circunscrito a pautas valorativas que persiguen fines adicionales y diferentes al de orden social. Sin embargo, el orden social no puede ser alcanzado mediante un simple consenso sobre sus contenidos, sino que además exige que otras instituciones sociales difundan dichos contenidos. Estas instituciones —tales como la familia, el colegio, la comunidad y la opinión pública, entre otras—, colaboran para asegurar que el comportamiento de los integrantes de la sociedad sea acorde al contenido convenido del contrato social.

Las instituciones mencionadas anteriormente tienen la misión de insertar en el sistema social el sistema de control social, cuyo fin es garantizar el orden social, ya sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización de ellos de los comportamientos sociales adecuados, o bien estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada⁸.

Ahora bien, el Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de los mismos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso.

Su elemento característico, ante todo, es la capacidad limitada de sus objetivos, puesto que de desligarse el Derecho penal de los otros subsistemas de control social, este se vería imposibilitado de asegurar la vigencia de sus normas. Esto, de hecho, es el común denominador de todos los subsistemas, pues son todos fenómenos sociales

⁶ Constitución Política de la República de Chile de 1980, especialmente en su artículo 19.

⁷ Como es el caso de la Constitución española de 1978, especialmente en el art. 1.1 y en el Título Y, y de la Constitución argentina de 1994, especialmente en su Primera parte a partir del art. 14 y en diversos lugares del art. 75.

⁸ Sobre el control social en extenso, vid. PITTS-ETZIONI. Voz "Control Social" en *"Enciclopedia internacional de las ciencias sociales"*. Aguilar. España. Págs. 160-171.

dentro del mismo sistema complejo que es nuestra sociedad, lo que hace necesaria su interacción recíproca. Dicha interacción impide que el Derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y lo obliga a enmarcarse dentro del ámbito de protección, previsión de sanciones y regulación de procedimientos de un modo substancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

Asimismo, el Derecho penal cuenta con un reducido campo de actuación, derivado de su consideración como último recurso del que dispone el control social (*ultima ratio*), que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos haya de dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último, su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, se puede atribuir al temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social.

9

La descripción realizada anteriormente destaca los rasgos característicos del modelo de intervención penal propugnado por el Derecho penal democrático (o garantista), que deberá necesariamente guiarse por una serie de principios rectores establecidos constitucionalmente. Dichos principios que, como ya dijimos, emanan del principio de legalidad, deben en todo momento inspirar por entero al ordenamiento jurídico-penal. Ellos, sin embargo, merecen una revisión periódica, pues su fijación teórica o positiva no basta para asegurar su absoluto respeto y materialización.

Ahora bien, dentro del conjunto de estos principios que inspiran y dirigen la labor del Derecho penal, y a que la doctrina apela recurrentemente a la hora de desarrollar sus postulados, existe uno al cual, como señala FERRAJOLI, tradicionalmente se le ha otorgado muy poco tratamiento. Se trata del llamado principio de proporcionalidad, en virtud del cual se establece que la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo.

En las páginas que siguen nos avocaremos al tratamiento pormenorizado de estos dos principios constitucionales del Derecho Penal: el Principio de Legalidad y el Principio de Proporcionalidad. El primero de ellos por ser la fuente básica de la cual emana todo el ordenamiento jurídico criminal, garantía de libertad para los individuos y componente básico de todo Estado de Derecho que merezca ser llamado de este modo. Y el principio de proporcionalidad por constituir uno de los ámbitos menos abordados por la doctrina, y estar compuesto por una variedad de otros subprincipios que en sí, junto al principio de legalidad, sientan las bases de las limitaciones al poder punitivo del Estado.

⁹ HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. «Introducción a la Criminología y al Derecho penal». Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, España, 1989, pp. 116-117; MUÑOZ-CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social». Fundación Universidad de Jerez, España, 1985, pp. 36-41.

LOS FUNDAMENTOS DEL *IUS PUNIENDI*

Derecho penal objetivo y subjetivo

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre dos ámbitos a la hora de enfrentar el estudio de la ciencia penal, denominando a cada uno de ellos: Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo.

El Derecho penal en su sentido objetivo o *ius poenali*, ha sido definido como: «un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas». ¹⁰ Es decir, bajo este concepto el Derecho penal es entendido como una parte del ordenamiento jurídico, que en su carácter positivo corresponde a un conjunto de normas obligatorias cuyo signo distintivo viene dado por el hecho de que a quienes incurran en alguna de las conductas descritas en su tipo —presupuesto de hecho— será impuesta una sanción, que podrá consistir en la aplicación de penas o medidas de seguridad. ¹¹

Junto a este carácter objetivo del Derecho penal, la ciencia jurídica coloca dentro de su línea de análisis al denominado: Derecho penal subjetivo ¹², a través del cual lo que se pretende elucidar son los fundamentos y los límites a la facultad punitiva del Estado o *ius puniendi*; es decir, «el Derecho del Estado al castigo de los delincuentes para cuyo

objeto debe ejercitar su potestad, conforme a los principios jurídicos que lo rijan». ¹³

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes, «*Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998, p. 34. Esta definición, como la mayoría de las que a este respecto da la doctrina, arranca del concepto de Derecho penal acuñado por Von LISZT, para quien éste debía ser entendido como «el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia». (LISZT, Franz Von, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, 2ª edición en español traducida por Quintiliano SALDAÑA, Editorial Reus, Madrid, España, 1926, p. 5). Aún cuando esta definición de Derecho Penal elaborada por Von LISZT puede considerarse «clásica», por cuanto gran parte de los autores la utilizan como punto de partida, hoy en día ha sido objeto de numerosas críticas puesto que se piensa que ella es demasiado estrecha, por no dar cabida a otras consecuencias jurídicas del hecho delictivo, como las medidas de seguridad, que en el transcurso del siglo XX fueron introduciéndose en la mayoría de los sistemas penales. De ahí que en la actualidad algunos autores, como MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, adicione a la definición dada por Von Liszt una referencia expresa a dichas medidas (Cfr. MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, p. 34; MIR PUIG, Santiago, «*Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1998, pp. 8 y ss; MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2003, pp. 7-8).

¹¹ No obstante, MIR PUIG considera un error restringir la noción de Derecho penal a la fijación de penas y medidas de seguridad, sino que éste, ante todo, supone normas que prohíben la comisión de delitos. Del mismo modo, este autor asevera que al utilizar el término «normas» se debe entender a éstas en su sentido amplio, contemplándose dentro de ellas también las valoraciones y los principios de Derecho penal. Es por esto que prefiere definir a este Derecho penal objetivo como: «conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica». (MIR PUIG, «*Derecho Penal*», p.11).

¹² Para algunos autores la noción de Derecho subjetivo no es propia de ser utilizada en el ámbito penal por cuanto él recuerda a las concepciones civilistas de las cuales el concepto se derivó, que no pueden ser aplicadas sin más en una órbita eminentemente publicista como la penal. MANZINI, criticando el concepto que de Derecho subjetivo da ROCCO –quien lo define como la «facultad del Estado de obrar de conformidad a las normas de Derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan la obtención de su finalidad punitiva y de pretender de otro (reo) aquello a que está obligado en fuerza de las normas mismas»–, señala que aún cuando Rocco clasifique a estos derechos entre los de supremacía, de todas formas en su definición perdura el recuerdo del tipo jurídico privado de los derechos de obligación. A su juicio, para poder hablar en el ámbito público de derechos subjetivos, y para que dicha noción sea aplicable a las potestades soberanas, es menester emanciparse de manera total de las concepciones civilistas de que el concepto derivó. Manzini agrega: «si derecho subjetivo es la facultad concedida por el derecho objetivo de pretender una cierta conducta de otro, no se puede admitir en el Estado sino la potestad de exigir la sujeción a la pena; mientras la facultad de obrar, esto es, de observar una determinada conducta, surge, absolutamente de la noción del derecho subjetivo, y entra en la función pública. No se puede confundir la *facultas agendi*, del derecho subjetivo privado, con la potestad de obrar en materia penal. En la primera, el derecho objetivo da el modo de exigir que otro haga o no haga, pero no da la facultad de hacer, porque incluso en algunos casos la prohíbe expresamente. En la segunda, por el contrario, el derecho objetivo, además de conceder la facultad de exigir, impone también el deber de hacer, reuniéndolos en el mismo sujeto». (MANZINI, Vincenzo, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, Vol. I, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1948, p. 112). Opinión similar sostiene Jiménez de Asúa, para quien en puridad no hay derechos subjetivos, sino pretensiones del sujeto activo (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, «*La Ley y el Delito*», 2ª edición, Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954, pp. 23-24.) No obstante, aún cuando ambos autores rechazan la concepción misma de Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, de todas formas deciden mantener el uso del término en el desarrollo de sus respectivos trabajos, por cuanto, a su entender, y pese a las críticas de que lo hacen objeto, se encuentra muy ampliamente extendido y resulta útil para efectos didácticos.

Titular del Derecho penal subjetivo

Pese al origen eminentemente privatista del Derecho penal, en que el derecho a castigar correspondía esencialmente a los particulares, hoy en día existe un amplio consenso en torno a considerar que la facultad de establecer delitos, penarlos y juzgarlos es una prerrogativa exclusiva del Estado, sin que esté permitido a los sujetos, de forma individual o colectiva, pretender hacer «justicia» por su propia mano, cuestión que reafirma el carácter eminentemente público de esta área del Derecho.¹⁴

Fundamentos de la facultad punitiva del Estado

Si bien en doctrina existe un cierto acuerdo en torno a considerar que el *ius puniendi* es una facultad que la sociedad le otorga al Estado y cuya titularidad y ejercicio exclusivo es privativo de éste, no se presenta el mismo grado de consenso respecto al fundamento que tendría este poder de la sociedad, políticamente organizada, para declarar ilícitas y punibles ciertas conductas, y como tal perseguirlas y castigarlas; o, dicho de otro modo, desde donde arranca el «poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros».¹⁵

Esta cuestión —de suyo importante, en tanto de ella arranca todo el fundamento del Derecho penal¹⁶—, históricamente ha recibido distintas respuestas, dependiendo de la concepción política e ideológica que sustenten sus autores.

Siguiendo a Ferrajoli, estas posturas pueden agruparse en dos grandes conjuntos: *teorías abolicionistas* y *teorías justificacionistas*.

Las teorías abolicionistas

Bajo esta denominación se engloban toda una serie de diversas teorías políticas, filosóficas y sociológicas, no necesariamente coincidentes entre sí, cuyo elemento en común se halla en realizar un profundo cuestionamiento al sistema penal y a la validez de sus presupuestos institucionales, llegando al punto de proponer acabar con éste, en

¹³ COUSIÑO MAC IVER, Luís, «*Derecho Penal Chileno. Parte General*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1975, p. 7.

¹⁴ Cfr. MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», pp. 97-98; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «*Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*», 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 32.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*», 2ª edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997, p. 247.

general, y con la pena como sanción, en particular; dejando la solución de los conflictos producidos entre los miembros de la sociedad en manos de otras formas de regulación jurídica, como por ejemplo, las sanciones civiles, mecanismos autocompositivos y procedimientos «espontáneos» de abordaje y resolución de las disputas. Es decir, más allá de algunas diferencias de matiz entre ellas, se puede concluir que en general lo que caracteriza a estas teorías es que buscan llegar al establecimiento de un Estado sin penas.¹⁷

FERRAJOLI caracteriza a estas doctrinas afirmando que ellas «no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores (...) al coste de la triple constricción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que los son».¹⁸

No obstante, este mismo autor señala que no todas las teorías que critican la existencia del sistema penal deben considerarse *per se* como abolicionistas, sino que distingue entre tres tipos de posturas¹⁹ :

Las *abolicionistas propiamente tales*, que son aquellas doctrinas axiológicas que declaran ilegítimo al derecho penal, sea porque moralmente no aceptan ningún fin que sirva para justificar los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran provechosa la

¹⁶ No obstante, también existen autores para los cuales la discusión sobre el fundamento del Derecho penal subjetivo hoy en día se encontraría superada. Para éstos, el *ius puniendi* no es sino una potestad de rango similar a aquellas otras que posee el Estado en los más variados ámbitos, y que en sí también significan una limitación a los derechos de los individuos. Así, para JESCHECK, el poder punitivo no es sino una expresión de las facultades coactivas generales que posee todo Estado con el objeto de hacer posible la convivencia en sociedad, en cuanto esta es imposible sin la creación e imposición de un ordenamiento jurídico que regule las relaciones entre los sujetos, y en este sentido, el Derecho penal posee un valor fundamental, por cuanto sus normas tienden a proteger las bases mismas sobre las que se erige el edificio social (Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición, Editorial Comares, Granada, España, 2002, pp. 9 y ss.). En este sentido, para CARBONELL, el poder crear normas penales y hacerlas cumplir no sería otra cosa que expresión de la soberanía de los Estados, cuyas funciones han sido establecidas en virtud del pacto social y fijadas a través de la Constitución. Como señala este autor: «El poder de crear de crear normas penales no tiene diferentes características que el de legislar en materia de cultura, obras públicas o educación, si bien, a diferencia de esas materias y como ya sabemos, el Derecho penal supone recortes a la libertad general con el fin de tutelar las libertades de los ciudadanos». (CARBONELL, p. 106). Finalmente, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN consideran al poder punitivo como inherente al poder estatal, y que en cuanto tal se justifica a sí mismo por su propia existencia, es decir, «porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada» (MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, p. 75). No obstante, para estos últimos autores, la anterior constatación no implica una aceptación acrítica de esta realidad, sino que para ellos la cuestión de la legitimidad del Estado para utilizarlo, aunque no es una cuestión superflua, si está más allá del Derecho penal propiamente dicho (Ibíd., p. 76).

¹⁷ SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 42.

¹⁸ FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», p. 247-248.

¹⁹ Cfr. Ibíd.

abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y sus sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control informales o directamente sociales.

Teorías sustitucionalistas, aquellas doctrinas que proponen una sustitución de la forma penal de la reacción punitiva, cambiándola por tratamientos pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo, y no meramente social.

Teorías reformadoras, entre las cuales se encuentran aquellas doctrinas penales que postulan la reducción del ámbito de la intervención penal o su abolición a favor de sanciones penales menos aflictivas que la reclusión carcelaria.

El abolicionismo anarquista

Aún cuando las teorías propiamente abolicionistas, como ya dijimos, son muy variadas y, en ocasiones, hasta contradictorias entre sí, se pueden señalar como ejemplos típicos de ellas aquellas doctrinas que, a partir de una crítica político-ideológica anarquista de todo el orden social, propugnan la desaparición del Estado y con éste también de la potestad de imponer penas por sobre los individuos. La más radical dentro de estas corrientes corresponde al anarco-individualista STIRNER, quien en su obra del siglo XIX *«El Único y su Propiedad»*, llega a sostener que cualquier orden o regla, sea jurídica o moral, carece de todo valor y, por tanto, es legítimo trasgredirlas o rebelarse frente a ellas, en cuanto ello es una manifestación libre y auténtica del egoísmo amoral del «yo», que no es justo ni prevenir, ni castigar, ni juzgar.²⁰

También dentro del anarquismo, pero con una posición menos extrema que la de STIRNER y partiendo de presupuestos no egoístas de reafirmación del «yo», sino de planteamientos solidarios que apelan a la existencia de una moral superior —la moral proletaria y revolucionaria—, autores como BAKUNIN, KROPOTKIN y MALATESTA también critican intrínsecamente la existencia del sistema penal, en cuanto consideran que éste no es sino el instrumento y la expresión de la dominación de una clase social por sobre otra, que usa las normas penales para someter a las capas populares y evitar que éstas se rebelen en contra de un sistema injusto que les explota, cuya consagración institucional se encuentra en el Estado, el cual debe ser abolido de raíz, y junto con él el sistema penal en general, que sería reemplazado por técnicas de control no jurídicas ni opresivas, sino inmediatamente morales y sociales.

El abolicionismo marxista-leninista

Otra variante de las teorías abolicionistas basadas en fundamentos político-ideológicos, es posible encontrarla en el marxismo-leninismo.

Al igual que el anarquismo, el marxismo-leninismo también plantea que el Estado burgués se sirve del sistema penal para oprimir a las masas proletarias y que, por tanto, una vez desaparecido aquel éste perderá toda razón de ser. No obstante, la diferencia entre ambas posturas estriba en que, mientras para los anarquistas la revolución y la desaparición del Estado van de la mano, siendo una, consecuencia inmediata de la otra,

²⁰ Cfr. FERRAJOLI, *«Derecho y Razón»*, p. 249.

para los marxistas la desaparición del Estado no es algo que se produzca automáticamente una vez que las masas obreras tomen el poder, sino que para ello es necesario un período intermedio, durante el cual el proletariado ejercerá una feroz dictadura para exterminar hasta sus bases todo vestigio de la vieja sociedad burguesa, y durante dicho período el sistema penal será aún necesario, pero éste tendrá un carácter absolutamente diferente, pues ya no será una herramienta de opresión en manos de los explotadores burgueses, sino que será el pueblo quien le administre transitoriamente, hasta el arribo de la sociedad comunista que, se vaticina, será más libre, igualitaria y justa para todos.

Para la teoría marxista-leninista, una vez llegado el comunismo el sistema penal ya no existirá, por cuanto el Estado mismo habrá sido destruido y en su reemplazo será instaurada la reacción espontánea de la sociedad, al punto de que se asimilan reacción y prevención en un concepto único. Además, esta concepción postula que una vez finalizado el período de educación y resocialización de la dictadura del proletariado, surgirá un hombre nuevo, que no necesitará del temor a sufrir una pena para que respete las reglas sencillas y fundamentales de la comunidad.²¹

El abolicionismo moderno

Aún cuando en la actualidad las tesis abolicionistas tienden a tener cada vez menos seguidores entre los teóricos del Derecho, todavía es posible encontrar algunos autores que adhieren a ellas²². Así, por ejemplo, modernamente Louk HULSMAN ha sostenido que: «Es preciso abolir el sistema penal. Es decir, romper el vínculo especial que une entre sí —de modo incontrolado e irresponsable, con desprecio de las personas directamente implicadas, a base de una ideología de otra época y apoyándose sobre un falso consenso— a los órganos de una máquina ciega cuyo objeto mismo consiste en la

²¹ Cfr. SILVESTRONI, p. 43-44; y FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», p. 250.

²² Según se ha dicho, las corrientes contemporáneas del abolicionismo nacen en un momento de debilitamiento discursivo de la legitimación, al igual que ocurrió en los orígenes de estas tendencias durante el siglo XIX, lo cual va acompañado por un reclamo irracional de represivización. Así, el abolicionismo moderno, a partir de la deslegitimación del poder punitivo y de su incapacidad para resolver conflictos, postula la desaparición del sistema penal y su reemplazo por modelos alternativos de solución de conflictos, preferentemente informales. (Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 2002, p. 364). Para FERRAJOLI estas nuevas tesis abolicionistas se encuentran cargadas de moralismo utópico y nostalgia regresiva de modelos arcaicos y tradicionales de comunidad sin derecho, y ellas no son más que una vuelta a las teorías abolicionistas clásicas anarquistas y holistas, respecto de las cuales no aportan nada nuevo. Para este autor «Abolicionistas como Louk Hulsman, Henry Bianchi y Nils Christie proponen de nuevo las mismas tesis del abolicionismo anarquista decimonónico, oscilando en la prefiguración de las alternativas al derecho penal, que es de por sí una técnica de reglamentación y delimitación de la violencia punitiva entre improbables proyectos de microcosmos sociales basados en la solidaridad y en la fraternidad, vagos objetivos de “reapropiación social” de los conflictos entre ofensores y partes ofendidas y métodos primitivos de composición patrimonial de las ofensas que recuerdan las antiguas formas del precio de la sangre. Con el agravante, respecto al abolicionismo clásico, de una mayor incoherencia entre *pars destruens* y *pars construens* del proyecto propugnado y de una más imperdonable despreocupación por las tristes experiencias, incluso contemporáneas, de crisis y de obsolescencia del derecho penal». (FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», p. 251)

producción de sufrimiento estéril. Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver —los cuales no resuelve en absoluto, ya que nunca hace lo que se supone está llamado a hacer— deben ser abordados de otra manera».²³

HULSMAN llega a la conclusión de que el sistema penal es, en sí mismo, un problema, que causa más daños que los que corrige, provocando sufrimientos innecesarios que se reparten socialmente de modo injusto. Además, a juicio de HULSMAN, este sistema es también inútil para cumplir los fines manifiestos que se propone, por tanto es menester abolirlo y reemplazarlo por instancias intermedias e individualizadas de solución de conflictos, que respondan a las necesidades individuales de los involucrados y no al macronivel estatal.²⁴

Otros autores que pueden ser mencionados como partidarios de este abolicionismo contemporáneo son: Thomas MATHIESEN, Nils CHRISTIE, Michel FOUCAULT, Henry BIANCHI y Eugenio ZAFFARONI.²⁵

Crítica a las teorías abolicionistas

Las tesis abolicionistas han sido criticadas desde distintos puntos de vista.

Para SILVESTRONI uno de los aspectos más censurables del abolicionismo se encuentra en el hecho de que sus partidarios son incapaces de elaborar una teoría general de la coerción que sirva como alternativa a la pena y que explique, con un mínimo de detalle que las torne viables, qué instituciones concretas habrán de abordar la resolución de los conflictos que actualmente caen bajo la órbita punitiva.²⁶

Los sistemas autocompositivos intermedios que algunos autores propugnan, tal vez pueden ser aplicables en aquellos delitos que se refieren al honor o a la propiedad, sin embargo, ¿qué ocurre con aquellos crímenes que importan atentados en contra de la vida y la integridad de las personas? ¿Es posible acaso que todos los conflictos suscitados por ellos sean solucionados a través de mecanismos civiles llevados a cabo entre las víctimas y los victimarios? Resulta difícil de creer, toda vez que en estos casos es del todo factible pensar que muchas víctimas, o parientes o personas cercanas a las víctimas, frente a la imposibilidad de obtener «justicia» por medio de los canales institucionales, recurrirán a la venganza privada, que es también otra forma de imponer una pena, aunque mucho más arcaica y peligrosa para la paz social. Además, en estos casos ¿la sociedad deberá reaccionar de la misma forma ante un criminal propiamente tal

²³ HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*», Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984, p. 7.

²⁴ Cfr. ZAFFARONI, p. 364

²⁵ La inclusión de ZAFFARONI entre los abolicionistas no está exenta de reservas, por cuanto este autor nunca se declara abiertamente como partidario de esta tendencia. Sin embargo, para SILVESTRONI no cabe lugar a dudas este hecho, puesto que la teoría negativa de la pena sustentada por ZAFFARONI y su discurso deslegitimante, traen como consecuencia necesaria la desaparición última del sistema penal (Cfr. SILVESTRONI, p. 52-53).

²⁶ Cfr. SILVESTRONI, p. 47.

que frente a una víctima que busca venganza? ¿Se encuentran ambos sujetos en la misma situación y deben, por tanto, recibir igual tratamiento jurídico?

Por otra parte, FERRAJOLI también critica el abolicionismo, señalando que el reemplazo del sistema penal garantista sólo puede conducir a alguno de estos cuatro modelos de control social ²⁷ :

Los sistemas de control *social-salvajes* ²⁸

Los sistemas de control *estatal-salvajes* ²⁹

Los sistemas de control *social-disciplinarios o autorregulados* ³⁰

Los sistemas de control *estatal-disciplinarios* ³¹

Todos estos modelos se caracterizan porque en ellos no existe garantía alguna en contra del abuso y el arbitrio, siendo el más peligroso de todos el último de ellos —el de control estatal-disciplinario— por la capacidad que tiene de convivir ocultamente también con las modernas democracias.

Según afirma FERRAJOLI, en el sistema de control estatal-disciplinario es posible disminuir la incidencia y la comisión de los delitos mediante una acción preventiva policial, sin embargo, el costo que esto acarrea a las libertades de los individuos, incluso de aquellos que no se encuentran en la actitud de cometer delito alguno, es demasiado alto. Así, se puede tratar de evitar que los sujetos delincan mediante un despliegue indiscriminado de fuerzas policiales en la calles que faciliten el control de todos y cada

²⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, «*El Derecho Penal Mínimo*» en: «*Prevención y Teoría de la Pena*», Varios Autores, Director Juan BUSTOS RAMÍREZ, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 40 y ss; y FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», pp. 338 y ss.

²⁸ «Los cuales se han manifestado históricamente en todos los ordenamientos punitivos arcaicos, cuando la reacción frente a la ofensa ha sido confiada a la venganza de la sangre, la “faida” (venganza privada especialmente cruenta), el duelo, el “guidrigildo” (en el antiguo derecho germánico, el precio que el homicida de un hombre libre pagaba para evitar la venganza familiar) y similares, en todos los cuales se verificaba un amplio espacio para la ley del más fuerte». (FERRAJOLI, «*Derecho Penal Mínimo*», p. 41).

²⁹ «Los cuales han sido históricamente utilizados, ya en ordenamientos primitivos de carácter despótico, ya en los modernos ordenamientos autoritarios, cuando la pena es aplicada sobre la base de procedimientos potestativos generados por el arbitrio o los intereses contingentes de quien la determina, sin garantías que tutelen al condenado». (FERRAJOLI, «*Derecho Penal Mínimo*», p. 41).

³⁰ «También ellos característicos de comunidades primitivas pero más en general de todas las comunidades de fuerte índole ética e ideologizadas, sujetas a la acción de rígidos conformismos que operan bajo formas autocensurantes, como también bajo las presiones de ojos colectivos, policías morales, panoptismos sociales difundidos, linchamientos morales, ostracismos y demonizaciones públicas» (FERRAJOLI, «*Derecho Penal Mínimo*», p. 41).

³¹ «Son un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro en el futuro, los cuales se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de policía y de seguridad pública a través de técnicas de vigilancia total, tales como aquellas introducidas, además del espionaje sobre los ciudadanos por obra de potentes policías secretas, por los actuales sistemas informáticos de registro generalizado y de control audiovisual». (FERRAJOLI, «*Derecho Penal Mínimo*», p. 41)

uno de los miembros de la sociedad, y también se puede recurrir a formas más sutiles de control, como el uso de micrófonos, cámaras de televisión instaladas en lugares públicos, hogares y centros de trabajo, o el recurso a otros sistemas informáticos de vigilancia a distancia que hagan posible tener a los sujetos en todo momento vigilados, al modo de un moderno Panóptico³², mucho más capilar y penetrante que el edificio carcelario diseñado por BENTHAM, cuyo riesgo es que sirva no sólo para prevenir el delito, sino también para hacer llevar adelante el gobierno político de la sociedad.

Frente a esta alternativa de control tan penetrante, la defensa del Derecho penal equivale entonces a la defensa de la libertad, en cuanto significa una técnica de control que garantiza la libertad, incluso para delinquir, a costa de que penda sobre los individuos la amenaza de sufrir una condena en el caso de que ello ocurra. De este modo, para FERRAJOLI resulta evidente que aunque la prohibición y la restricción penal traen aparejadas limitaciones a la libertad, éstas son mucho menores que las necesarias para el mismo fin, con la sola prevención policial.

Mientras el sistema penal actual ataca directamente a los delincuentes, el sistema de prevención policial afecta a todos los individuos por igual, hayan o no incurrido en algún ilícito; además el sistema penal actúa *ex post*, es decir, una vez los hechos han ocurrido, en cambio la otra alternativa actúa *ex ante*, en presencia del único peligro de delitos futuros que puede ser inducido de indicios indeterminados e indeterminables normativamente.³³

Como concluye FERRAJOLI, «Si se consideran las alternativas constituidas por estas cuatro formas de represión incontrolada y oculta, resulta evidente el fin justificador del derecho penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad de los ciudadanos. La idea de que un sistema racional de penas ciertamente aflictivas que se producirían de otro modo puede parecer una paradoja sólo a quienes hayan olvidado el carácter “artificial” del derecho penal hasta un punto tal como para considerarlo poco menos que un fenómeno natural. La paradoja, en realidad, está más bien en las doctrinas abolicionistas de inspiración progresista, habida cuenta de que el derecho penal representa el máximo esfuerzo llevado a cabo para minimizar y disciplinar el arbitrio y el abuso punitivo. El abolicionismo penal más allá

³² El Panóptico es una estructura arquitectónica ideada por Jeremías Bentham para ser utilizada en recintos carcelarios, cuya utilidad principal era tener a los reos controlados y bajo vigilancia en todo momento. FOUCAULT se refiere a él del siguiente modo: «Conocido es su principio: en la periferia una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra, que da al exterior, permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas, en los que cada actor está sólo, perfectamente individualizado y constantemente visible. El dispositivo panóptico dispone unas unidades espaciales que permiten ver sin cesar y reconocer al punto». (FOUCAULT, Michel, «Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión», 1ª reimpresión argentina, Siglo xxi Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 203-204).

³³ Cfr. FERRAJOLI, «El Derecho Penal Mínimo», p. 43)

de sus intenciones libertarias y humanitarias se configura por todo ello como una utopía regresiva que, bajo presupuestos ilusorios de una sociedad buena o de un estado bueno, presenta modelos en realidad desregulados o autorregulados de vigilancia y/o castigo respecto a los cuales es el derecho penal —con su complejo, difícil y precario sistema de garantías— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista». ³⁴

Las teorías justificacionistas

En la berma opuesta a las doctrinas abolicionistas, que pretenden eliminar la pena y al sistema penal, se encuentran las teorías llamadas «*justificacionistas*», las cuales, aún cuando en ocasiones reconocen y aceptan las críticas al Derecho penal provenientes desde el abolicionismo, llegan a la conclusión de que éste es necesario, justificando su existencia con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. ³⁵

Al igual que ocurre con el abolicionismo, entre las doctrinas justificacionistas es posible encontrar un abanico heterogéneo de posturas y corrientes, las cuales pueden ser clasificadas en: teorías justificacionistas *absolutas* (o *quia peccatum*) y teorías justificacionistas *relativas* (o *ne peccetur*).

Para las primeras —conformadas particularmente por las llamadas doctrinas *retribucionistas*— la pena es concebida como un fin en sí misma, es decir, como castigo, compensación o retribución del delito ³⁶, o, dicho de otro modo, «como el mal, que se impone a quien cometió un mal» ³⁷. En este caso, la pena no se mira como un medio, ni como un coste, sino como un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. ³⁸

Por su parte, para las teorías relativas o utilitaristas, la pena es considerada como un medio para la consecución de un fin ulterior, consistente en la prevención de los delitos. ³⁹ A su vez, ellas pueden ser clasificadas en dos vertientes: doctrinas de la *prevención especial*, que dirigen el fin preventivo directamente a la persona del delincuente; y doctrinas de la *prevención general*, que dirigen el fin preventivo a la sociedad en su

³⁴ FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 341.

³⁵ *Ibíd.*, p. 247.

³⁶ *Ibíd.* p. 253.

³⁷ SILVESTRONI, p. 26

³⁸ Ferrajoli, «Derecho y Razón», p. 253.

³⁹ Sobre el particular señala Bustos: «Ya Protágoras expresó en la antigua Grecia con mucha claridad el pensamiento relativista de la pena, en el sentido que al hombre no se le castiga porque haya sido malo, ya que esto sólo se hace con las bestias feroces; por eso mismo la pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto perseguir que otros hombres no delincan o la enmienda del sujeto al cual se aplica». (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Manual de Derecho Penal. Parte General», 3ª edición, editorial Ariel, Barcelona, España, 1989, p. 23).

conjunto.

Teorías justificacionistas absolutas

MUÑOZ CONDE define las teorías absolutas como aquellas que «atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica *retribución*, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena». ⁴⁰ De acuerdo a esta posición la existencia de la pena se justifica como el merecido castigo que debe sufrir quien infligió un daño a otro, al más puro estilo de *ojo por ojo, diente por diente*. Para sus sostenedores, si se parte de la idea de que la justicia es dar a cada uno lo que se merece, entonces el castigo es el justo merecimiento que debe recibir quien comete un mal, con independencia de toda otra consideración, como la personalidad, peligrosidad, resocialización del autor o repercusión social que la imposición de la pena puede tener. ⁴¹

Los dos filósofos más representativos de esta teoría son KANT y HEGEL.

Para KANT —quien se refiere a este punto en varias de sus obras, pero particularmente en la primera parte de *La Metafísica de las Costumbres*—, la pena es considerada como un imperativo categórico, como una exigencia incondicionada de justicia, que hay que tratar en forma independiente de toda consideración utilitaria. La pena no puede nunca fundamentarse en que ella sirva de medio para alcanzar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; es decir, ella no puede instrumentalizarse a favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado.

⁴²

KANT afirma que sólo la *ley del talión* puede ofrecer la cualidad y la cantidad del castigo. ⁴³ Así, en la *Crítica de la Razón Pura*, llega a establecer que la pena de muerte es la única sanción justa para el asesino y sus cómplices, así como también lo es para el autor de cualquier otro delito público que sólo la muerte puede expiar. ⁴⁴

Por su parte HEGEL, quien también ve en el castigo penal un afán retributivo, aplica su método dialéctico al análisis de la finalidad de la pena, llegando a establecer que ésta

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», 2ª edición, Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 71.

⁴¹ SILVESTRONI, p. 26

⁴² Cfr. KANT, Immanuel, «*La Metafísica de las Costumbres*», Editorial Altaya, Barcelona, España, 1996, pp. 166 y ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁴ Cfr. MOCCIA, Sergio «*El Derecho Penal, entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*». Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2003. p. 34. La posición de KANT es tan absoluta que en un pasaje de *La Metafísica de las Costumbres*, profusamente citado por la doctrina, sostiene que: «Aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentren la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia» (KANT, pp. 168-169).

no es sino la negación de la negación del Derecho.⁴⁵ Es decir, a la *tesis*, representada por la voluntad general manifestada a través de la norma jurídica, ha sucedido una *antítesis*, que es la negación de esta voluntad general mediante la violación de la norma, obteniéndose como resultado una *síntesis*: la reacción de la voluntad general de la sociedad expresada en la pena, que es la negación de la negación de la norma.⁴⁶ En este sentido, según cual sea el quantum en que el Derecho ha sido negado, será entonces el quantum de la nueva negación que constituye la pena, ningún otro factor debe influir en la determinación de ella⁴⁷, por cuanto en este planteamiento la pena sólo es concebida como una reacción de la sociedad que mira hacia el pasado, a la corrección del mal inflingido por el delincuente, y no como un instrumento para alcanzar fines futuros.⁴⁸

Estas teorías han sido fuertemente criticadas por la doctrina, entre otras, por considerarse: a) que ellas se basan en presupuestos arcaicos, como es la «venganza de la sangre»; que poseen tendencias marcadamente moralizantes, impropias del ordenamiento jurídico; b) que al derivarse de sus postulados que sólo es justa una pena si es equivalente a la medida de la culpabilidad, ello hace imposible entonces el Derecho penal, por cuanto no existe forma de cuantificar fehacientemente cual es la lesividad de la conducta ejecutada por el autor; etc.⁴⁹ No obstante, también se les reconoce positivamente el que ellas tengan como finalidad última —aunque no siempre expresada— el servir como garantía de libertad de los individuos frente al poder omnímodo del Estado, limitando el poder que posee éste para imponer castigos por sobre individuos. Como señala Silvestroni: «El respeto de la relación retributiva entre la acción y la reacción es una condición necesaria de la legitimidad del castigo, y ése es uno de los aspectos que debe rescatarse de esta teoría».⁵⁰

⁴⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Control Social y Sistema Penal*», Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1987, p. 90.

⁴⁶ MIR PUIG lo expresa del siguiente modo: «Para Hegel el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico con la “voluntad especial” del delincuente, concordancia quebrada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la negación de la voluntad general por la voluntad especial del delincuente, de acuerdo con el método dialéctico hegeliano: la *posición* es la voluntad general (orden jurídico), la *negación* de la misma es el delito y, por último, la *negación de la negación* se consigue con la pena.» (MIR PUIG, «*Introducción a las bases...*», p. 50.

⁴⁷ Cfr. BUSTOS, «*Control Social y Sistema Penal*», p. 90.

⁴⁸ Cfr. MIR PUIG «*Introducción a las Bases...*», p. 50.

⁴⁹ Para un estudio más acabado de las críticas a las teorías de la retribución vid.: SILVESTRONI, pp. 28-29; BUSTOS, «*Control Social y Sistema Penal*», pp. 93-94; BUSTOS, «*Derecho Penal*», pp. 22-23; MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», pp. 50 y ss; FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», pp. 254 y ss; MOCCIA, pp. 31 y ss.; CURY URZÚA, Enrique, «*Derecho Penal, Parte General*», Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, pp. 34 y ss.

⁵⁰ SILVESTRONI, p. 28. En un sentido similar se pronuncian BUSTOS, «*Derecho Penal*», p. 22; y MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», p. 50-51.

Teorías justificacionistas relativas

En oposición a las teorías absolutas, recién estudiadas, se erigen las teorías relativas de la pena, para las cuales ésta sólo se justifica en la medida de que se emplee como medio para alcanzar un objetivo ulterior: luchar contra el delito y evitar su proliferación.⁵¹ Así, se puede afirmar que estas teorías relativas —también llamadas de la prevención— no se preocupan en descubrir el fundamento mismo de la pena, sino que pretenden dar respuesta a la pregunta ¿para qué sirve la pena?⁵²

Estas teorías relativas pueden, a su vez, subclasificarse en dos grupos: teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Teorías de la prevención general

Elaboradas originalmente, en su versión moderna, por BENTHAM y FEUERBACH, las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en «la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos»⁵³; o, dicho de otro modo, la prevención general «supone la prevención *frente a la colectividad*. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad»⁵⁴.

Para BENTHAM, consecuente con su concepción filosófica utilitarista, la pena tiene como único fundamento legitimante el ser útil. El Delito no es algo intrínsecamente malo o moralmente reprobable, sino que él debe ser perseguido por el daño social que produce; debido a ello las penas lo que buscan es evitar que el daño se lleve a cabo. De ahí, por ejemplo, la importancia de que la aplicación de la pena de muerte se efectúe con la mayor espectacularidad posible, para que el hecho cause una fuerte impresión en la sociedad, por cuanto ello permitirá lograr una mayor efectividad de ésta en su capacidad preventiva general.⁵⁵ Así entonces, el destinatario último de los efectos de la aplicación de una pena no es la persona misma del delincuente que es castigado, sino el resto de la población, que observa el hecho y se abstiene de cometer nuevos ilícitos por temor a correr la misma suerte.

Por su parte FEUERBACH —a quien se reconoce como el principal exponente de la teoría de la prevención general—, plantea que para evitar la comisión de delitos es menester aplicar una intimidación o coacción psicológica sobre todos los ciudadanos, que los impela a reprimir el impulso que los lleva a delinquir, por cuanto el placer obtenido con la ejecución del hecho será considerado menor que el desagrado obtenido por la reacción social que se impone a quien lleva a cabo esa acción.

⁵¹ Cfr. CURY, p. 36

⁵² BUSTOS, «Derecho Penal», p. 23

⁵³ MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», p. 71

⁵⁴ MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 53.

⁵⁵ BUSTOS, «Derecho Penal», p. 23.

Según señala ROXIN, FEUERBACH «se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hicieran prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y; de esta manera, pudiesen ejercer una “coacción psíquica” para abstenerse de la comisión del hecho.»⁵⁶ Así, FEUERBACH afirma que: «Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión».⁵⁷

Ahora bien, no todos los autores, desde BENTHAM y FEUERBACH hasta acá, han adoptados las mismas bases para caracterizar el sistema de la prevención general, sino que ellos, aún cuando concuerdan en que la pena es un medio para lograr determinados fines sociales, difieren en cuanto a cuáles son dichos fines. En virtud de ello, estas teorías pueden a su vez subclasificarse en *teorías de la prevención general negativa* y *teorías de la prevención general positiva*.

Las **teorías de la prevención general negativa**, básicamente concuerdan con la caracterización hecha previamente de las concepciones sustentadas por BENTHAM y FEUERBACH. Para ellas la pena es considerada como un medio de disuasión, en cuanto intimida a los miembros de la sociedad, quienes se abstienen de delinquir por temor a sufrir los males que trae aparejada la pena.⁵⁸

Por su parte, las **teorías de la prevención general positiva** consideran que la finalidad última de la pena es «restablecer la vigencia de la norma que se vio desautorizada por el delito».⁵⁹ Es decir, como el delito niega la vigencia de la norma, la pena viene a su vez a negar al delito, con lo cual se restituye el imperio de la norma, en una forma muy similar a la expuesta por la dialéctica hegeliana. Así, la pena viene a cumplir la función de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la sociedad⁶⁰, atribuyéndole además la facultad de servir de integración social a través de

⁵⁶ ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, p. 90.

⁵⁷ FEUERBACH, Anselm von «*Manual de Derecho Penal. Introducción a la Ley Penal*», §13, citado por ROXIN, p. 90.

⁵⁸ SILVESTRONI, p. 35; FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», pp. 275 y ss. Estas teorías han sido criticadas, entre otras cosas, porque de acuerdo a ellas el Estado utilizaría a los sujetos como un medio para lograr determinados fines sociales, lo cual contradice la concepción kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo (Bustos, «*Manual de Derecho Penal*», p. 24; Silvestroni, p. 35). ROXIN agrega que estas teorías no contemplan ninguna medida para delimitar la duración de la pena, así ésta siempre se encuentra ante el peligro de convertirse en un verdadero «terror estatal», por cuanto la idea de que mientras más larga y dura sea la pena mejor será sus efecto intimidatorio ha sido un tradicional argumento que se ha esgrimido con el fin de utilizar «penas sin medida» (ROXIN, p. 93). Una opinión similar sustenta en el Derecho español MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», pp. 53 y ss.

⁵⁹ SILVESTRONI, p. 35.

⁶⁰ ROXIN, p. 91.

un reforzamiento general de la fidelidad al Estado, y de «promoción del conformismo de las conductas»^{61 62}.

Teorías de la prevención especial

Bajo esta denominación se engloban aquellas teorías que «ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento»⁶³.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la prevención general, los fines preventivos de la pena no se enfocan en el conjunto de la sociedad, sino directamente en la persona del delincuente, frente a quien ésta habrá de servir como medio para neutralizarlo o para resocializarlo.⁶⁴

El principal exponente moderno de esta teoría es Franz v. LISZT, para quien la pena, en cuanto coacción, puede actuar de 3 formas sobre la persona del delincuente:

Neutralizándolo. Sustrayendo al delincuente del medio social, expulsándolo o aislándolo;

Intimidándolo, a través de la pena para que no cometa nuevos ilícitos;

Corrigiéndolo. Resocializando al delincuente para devolverlo al curso social normal, y así evitar la reincidencia.⁶⁵

Siguiendo esta línea trazada por el jurista alemán, en doctrina se han distinguido dos corrientes dentro de las teorías de la prevención especial: *teorías de la prevención especial positiva*, que postulan la resocialización del delincuente; y *teorías de la prevención especial negativa*, que buscan neutralizarlo.

Las **teorías de la prevención especial positiva** atribuyen a la pena la función de resocializar al delincuente, sea mediante su corrección o su intimidación. En este caso, la pena es considerada útil para modificar la personalidad del sujeto que ha cometido un ilícito, transformándolo en un ser apto para la vida social.⁶⁶

⁶¹ FERRAJOLI, p. 275.

⁶² SILVESTRONI critica estas teorías por cuanto afirma que ellas en sí nada nuevo aportan sobre la justificación de la pena como sanción, puesto que «Es evidente que esta justificación parte de la norma penal y de la pena como entes existentes y las legitima a partir de sí mismas con lo que incurre en un razonamiento circular: como la norma penal impone una pena, su vigencia exige la aplicación de la sanción cuando alguien incumple el mandato normativo. Nada más obvio, ya que en ese esquema lo que justifica la aplicación de la sanción amenazada es la amenaza misma: ¿para qué se anuncia una pena si no se la va a aplicar? Si el anuncio es serio (la ley debería serlo) la pena debe ser aplicada si se comete un delito; por lo tanto, lo que en realidad justifica la aplicación de la pena no es la necesidad de mantener la vigencia de la norma sino la norma misma: la ley que establece la sanción justifica la sanción». (SILVESTRONI, p. 36)

⁶³ MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», p. 72.

⁶⁴ SILVESTRONI, p. 29; MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 72.

⁶⁶ SILVESTRONI, p. 29.

A juicio de ROXIN, esta teoría cumple de manera perfecta el cometido del Derecho penal, por cuanto, además de obligar a la protección del individuo y de la sociedad, busca ayudar al autor, integrándolo, con lo cual desempeña mejor que cualquier otra las exigencias del principio del Estado social.⁶⁷ No obstante, este mismo autor reconoce que este postulado en sí posee varias falencias:

En primer lugar, esta concepción no proporciona un baremos para la pena, es decir, favorece la aplicación de penas indeterminadas, que habrán de durar todo el tiempo que se estime necesario para que el individuo sea resocializado⁶⁸. Esto puede traer como consecuencia que frente a un delito de poca importancia al delincuente le pueda ser aplicable una pena excesivamente gravosa, que se extienda considerablemente en el tiempo, bajo el pretexto de que si bien el atentado al Derecho ha sido menor, el delincuente aún necesita mayor tratamiento para ser resocializado.⁶⁹ Incluso en aquellos casos en que se concluya que la corrección no es posible, entonces habría que tener al individuo privado de libertad de por vida, sin atender a la gravedad del ilícito cometido.⁷⁰

Del mismo modo, la teoría de la prevención especial positiva ha sido también criticada porque ella atenta en contra de la libertad de los individuos y su derecho a ser diferentes. Así, la comisión del delito sería considerada sólo una excusa para modificar al sujeto y adecuarlo a la ideología que satisface a la mayoría.^{71 72}

Por su parte, las **teorías de la prevención especial negativa** le asignan a la pena la función de eliminar o neutralizar a la persona del delincuente, con el objeto de asegurar la seguridad de la comunidad frente a éste.⁷³ En este caso lo que se busca es que el sujeto

⁶⁵ Expresa v. Liszt: «La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrará corporización. Como coacción, la pena puede ser de doble naturaleza. »a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad, »α) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales; »β) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas. »b) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inepto. «La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel». »Corrección, intimidación, neutralización: estos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos». (LISZT, Franz Von, «*La Idea de Fin en el Derecho Penal*», Editorial EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1984, pp. 111-112).

⁶⁷ ROXIN, p. 87.

⁶⁸ ROXIN., p. 88; CURY, p. 38

⁶⁹ ROXIN, p. 88.

⁷⁰ MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», p. 58.

⁷² Para un estudio más acabado de las críticas a las teorías de la prevención especial vid.: MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», p. 58; SILVESTRONI pp. 30 y ss.; JESCHECK, pp. 80-81; ROXIN, pp. 88-89; FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», pp. 264 y ss.

que ha perturbado el orden normativo sea sustraído del medio social para que no pueda seguir causando daños con sus actos, con este objeto se le podrá encerrar (encarcelar), expulsar, relegar o incluso eliminar físicamente.

A juicio de SILVESTRONI, esta es, en doctrina, la teoría que resulta más antipática y desagradable, por cuanto no sólo actúa directamente sobre la persona del autor, sino que se desentiende totalmente de cualquier fin resocializador, con lo que la pena se reduce a ser mero castigo. No obstante, también se puede afirmar que es una de las teorías más sinceras y realistas, por «cuanto resume el objetivo principal de quienes esgrimen una pretensión punitiva: en el fondo de los razonamientos más populares sobre el por qué castigar subyace la idea de que la pena neutraliza a quien se dedica a cometer delitos»⁷⁴

Podría afirmarse que esta es la teoría que, consciente o inconscientemente, goza de mayor número de partidarios entre los miembros comunes de la sociedad, que no gozan una formación jurídica básica. De hecho, es una creencia altamente extendida pensar que mientras más personas se encuentren detenidas, menos serán los delitos que se cometan, razón por la cual los entes sociales tienden a exigir a la autoridad que endurezca las normas y aplique la pena de cárcel a todos los ilícitos que se cometan, incluso los que no presentan una mayor gravedad, con lo cual el Derecho penal tiende a sufrir una hipertrofia, provocada más por intereses políticos que por criterios estrictamente jurídicos.

Teorías de la Unión

Frente a la profunda, y a veces inconciliable, división que ha existido durante años en el ámbito de la ciencia penal, derivada de la lucha entre las escuelas que sustentan algunas de las teorías antes expuestas, ha surgido una posición, más bien ecléctica, representada por las llamadas teorías de la unión, que buscan dar una respuesta a la interrogante de cuál es el fundamento del *ius puniendi* a través de la integración de los distintos elementos constitutivos de las tesis sustentadas por las teorías de la retribución y de la prevención general y especial. Éstas son hoy las dominantes en la doctrina, principalmente de España y Alemania.⁷⁵

⁷¹ SILVESTRONI, p. 30. Sobre el particular señala FERRAJOLI: «cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social no lesiona sólo la dignidad del sujeto tratado sino también uno de los principios fundamentales del estado democrático de derecho, que (...) es el igual respeto de las diferencias y la tolerancia de cualquier subjetividad humana, aún la más perversa y enemiga, tanto más si está recluida o de cualquier otro modo sometida al poder punitivo. En la medida en que es realizable, el fin de la corrección coactiva de la persona es por consiguiente una finalidad moralmente inaceptable como justificación externa de la pena, violando el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es.» (FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 272).

⁷³ ROXIN, p. 84; v. LISZT, «La idea de fin...», p. 112.

⁷⁴ SILVESTRONI, p. 29

⁷⁵ MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 59.

Según señala JESCHECK, «Las teorías unitarias intentan situarse entre las teorías absolutas y relativas, naturalmente no a través de la simple suma de sus ideas básicas y contradictorias, sino por medio de una reflexión práctica que permita a la pena desarrollar la totalidad de sus funciones en su aplicación real frente a la persona interesada y a la colectividad».⁷⁶

Las combinaciones que se pueden presentar en esta búsqueda por compatibilizar los fundamentos de las diversas teorías pueden ser múltiples y ellas van a depender de los criterios propios de cada autor.⁷⁷ No obstante, pueden distinguirse al menos dos grandes grupos dentro de las teorías unitarias:

Aquellos que ven en la retribución el fundamento último de la pena, considerando a los fines preventivos sólo complementarios de aquella; y

Aquellos que piensan que el fundamento principal del Derecho penal se encuentra en la protección de bienes jurídicos, considerando, por tanto, a los fines preventivos como el elemento central, y dejando a la retribución relegada sólo a la función de limitar las exigencias de la prevención.⁷⁸

Si bien originalmente primó en doctrina el primer criterio, esto es, se consideró que los fines retributivos eran los que debían primar a la hora de determinar el fundamento de la pena —llegándose a afirmar que «sólo se debería hablar de una “auténtica” teoría unificadora mixta “en sentido tradicional” cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución»⁷⁹—; hoy en día tiende a eliminarse este criterio, y en la actualidad se piensa que la retribución, la prevención general y la prevención especial son de igual rango. Así, se parte de la base de que ninguna de las teorías penales se encuentra ordenada o prohibida por la ley, de modo que, según cuál sea el caso, puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin, sea retributivo o preventivo, indistintamente.⁸⁰

Nuestra opinión

Antes de seguir adelante con este estudio, creemos menester dar nuestra propia opinión frente a las distintas concepciones que pretenden justificar el Derecho penal, toda vez

⁷⁶ JESCHECK, p. 81.

⁷⁷ SILVESTRONI, p. 39.

⁷⁸ MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 60.

⁷⁹ ROXIN, p. 94.

⁸⁰ *Ibíd.* Si bien esta posición es valorada, en cuanto se considera que ninguna de las teorías, ni de la retribución ni de la prevención, por sí solas pueden determinar el contenido y los límites de la pena, a su vez se la critica porque sus defensores «se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una “teoría unificadora aditiva” de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.» ROXIN, pp. 94-95.

que ello habrá de servir de base para los posteriores análisis que realizaremos en el curso de esta memoria.

En primer lugar, debemos dejar de manifiesto que nos mostramos completamente contrarios a las teorías abolicionistas, tanto en sus manifestaciones clásicas como modernas. Pensamos que el Derecho penal no es sólo una entelequia creada antojadizamente por la autoridad. Su establecimiento ha sido el fruto de largos años de lucha por garantizar la libertad de los individuos frente al poder omnipotente del Estado. Quienes critican su existencia, olvidan la situación vivida antes que el Derecho penal comenzara a desarrollarse en la forma que lo ha hecho hasta ahora. Las arbitrariedades de la venganza privada, que es la única realidad que puede existir cuando no hay Derecho penal, en modo alguno son garantía para la libertad de los sujetos. Por el contrario, ello nos retrotrae hacia estadios de desarrollo de la humanidad arcaicos, en los cuales prima la ley del más fuerte, siendo imposible que se realice cualquier idea de justicia y de pacífica convivencia entre los sujetos. Aún un Derecho penal imperfecto, es siempre preferible a la inseguridad que plantea la carencia absoluta de éste.

Atendiendo a lo anterior, lo primero que podemos afirmar es que nuestra concepción de la fundamentación del Derecho penal, y por tanto del *ius puniendi*, debe enmarcarse dentro de lo que se conoce como teorías justificacionistas.

Ahora bien, entre la amplia gama de las concepciones que justifican el Derecho penal, creemos que ninguna de las más «puristas» es capaz de dar una respuesta cabal y totalmente satisfactoria de este fenómeno. Tanto las teorías absolutas como las de la prevención poseen en sí falencias, que sólo pueden ser subsanadas tomando distancia de la materia en estudio para tener una visión panorámica de lo que el Derecho penal es como subsistema dentro del entramado jurídico, que posee características muy particulares y que con mucho lo diferencian de las otras ramas de la ciencia jurídica. Es por eso que creemos que una posible respuesta a la cuestión de los fines del Derecho penal debe buscarse entre las teorías de la unión, que pretenden integrar las distintas concepciones, y arribar a una que sea adecuada no sólo para explicar el fenómeno, sino también para servirle de sustento para su futuro desarrollo, toda vez que las consecuencias sociales de la manifestación práctica del Derecho penal dependerá manifiestamente de la concepción que se tenga de éste y de los fines que por su medio se pretenda alcanzar.

Dentro de estas teorías de la unión, una que nos ha llamado poderosamente la atención es la teoría dialéctica de la unión del jurista alemán Claus ROXIN.

ROXIN, reconociendo que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno de sus más diversos caracteres, llega a la conclusión de que «el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo»⁸¹.

Este autor distingue entre las distintas fases esenciales de la vida de la pena, señalando que en cada una de ellas ésta cumple funciones y finalidades distintas. Así, en el momento legislativo, en el cual la norma penal es creada, lo que prima es el principio

⁸¹ ROXIN, p. 95

de la prevención general, en cuanto lo que el legislador busca es que los sujetos no lleguen a cometer la conducta descrita en el tipo penal.

En caso de que la prevención general falle, y los individuos igualmente decidan llevar a cabo el hecho, entonces al autor deberá aplicársele la pena correspondiente, momento en el cual habrá de primar el criterio de la retribución, en cuanto el juez, al imponer la pena, no podrá sobrepasar la culpabilidad del autor⁸².

Finalmente, para Roxin, durante el momento de ejecución de la condena, habrá de prevalecer la idea de la prevención especial, lo cual supone que la pena, dictada por exigencias de prevención general y aplicada dentro del límite de la culpabilidad, deberá ejecutarse de modo que tienda a la resocialización del delincuente.⁸³

En términos generales compartimos esta división hecha por ROXIN. Al igual que el jurista alemán pensamos que el Derecho penal no está llamado a cumplir los mismos fines en cada una de las fases de la vida de la pena. No obstante, tenemos algunas diferencias con este autor.

En principio concordamos con que en el momento legislativo el fin que debe primar es el de la prevención general. El legislador con su accionar debe buscar materializar su objetivo mayor, que es la realización del bien común de los ciudadanos. En este sentido, lo que deberá buscar es evitar que los sujetos cometan cualquier acto que pueda poner en peligro la vida social y su pacífico desarrollo, y no cabe duda que la comisión de delitos es uno de los hechos que más enturbia la vida en común. Pero no sólo esto se debe buscar en la fuente de la ley penal. Siguiendo a FERRAJOLI, pensamos que este fin preventivo general también se debe manifestar en una protección o garantía de los individuos frente al poder punitivo del Estado, evitando el establecimiento de penas arbitrarias o desproporcionadas⁸⁴. Como ya dijimos, creemos que el Derecho penal no es sólo un medio a través del cual el Estado protege la vida social, sino también, de acuerdo a la forma en que se ha venido desarrollando, éste también debe servir de protección de los propios sujetos frente al Estado. De ahí la importancia que tienen aquellos principios que, establecidos en la Constitución, tienen por finalidad limitar el *ius puniendi*. En este sentido, el principio de legalidad es llamado a desarrollar una función principal, toda vez que él servirá de coto a la actividad estatal y evitará caer en la tentación —que lamentablemente es habitual—, de adelantar irracionalmente la barrera de protección y provocar una hipertrofia del sistema penal, en la creencia de que mientras más hechos punibles existan, y más duras sean las penas entonces mayor serán los niveles de seguridad ciudadana. Creemos que esto último es un error mayúsculo, el

⁸² Sobre el particular ROXIN señala: «A pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad». (ROXIN, p. 99).

⁸³ ROXIN, pp. 95 y ss.

⁸⁴ FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 334.

Derecho penal debe ser sólo la *ultima ratio* dentro de las medidas que el Derecho puede emprender para proteger el ser social, y éste debe tender a ser siempre sólo el mínimo posible, por cuanto su accionar también implica una intromisión en la vida y las libertades individuales, que debe ser restringido al máximo.

Del mismo modo, este doble fin preventivo en el momento legislativo, que busca evitar los delitos y proteger a los sujetos de las arbitrariedades, también explica la importancia y la necesidad de contar con un principio de proporcionalidad desarrollado, que impida lo dicho precedentemente, esto es, que cediendo a presiones, principalmente sociales, el Estado crea que aumentando el nivel de las penas se conseguirá una mejor disuasión para que los miembros de la comunidad las cometan. La lucha contra el crimen no es algo que pueda resolverse con sólo medidas de este tipo. De hecho, ha quedado de manifiesto que no porque existan penas mayores necesariamente disminuye la comisión de delitos. Ni siquiera la pena de muerte, la reacción social más desproporcionada que puede existir, ha sido capaz de servir en la contención del crimen, sino que ella sólo ha servido para calmar las conciencias y los afanes de venganza de un sector de la sociedad, no obstante su incidencia real en la prevención de delitos, se ha comprobado, es mínima.

En lo que se refiere al momento de materialización de la pena, a través de la labor judicial, coincidimos con ROXIN en cuanto a que aquí lo que debe primar son los fines retributivos, pero ellos sólo entendidos también como una protección del individuo y un límite al *ius puniendi*, por cuanto lo que en este caso se debe procurar es que el sujeto reciba un justo castigo por la trasgresión cometida, que sea proporcionada al daño causado, y no penas enormes que sean sólo manifestación de la venganza social y no persigan ningún fin de realización de la justicia. En este aspecto los principios de proporcionalidad y culpabilidad tienen una gran labor que cumplir, además, obviamente, del respeto a las exigencias de la legalidad.

Finalmente, en lo que se refiere al momento de ejecución de la pena, necesariamente debemos tomar distancia de lo expresado por este autor alemán. Creemos que en este ámbito, afirmar que el fin último del Derecho penal es la resocialización del individuo es un error. Como ya hemos dejado de manifiesto los fines resocializadores no sólo son difíciles de alcanzar en la práctica, sino que ellos a su vez vulneran muchos de los principios garantizados por la Constitución, en especial aquellos que dicen relación con la libertad y los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Pretender resocializar al sujeto, las más de las veces, es sólo una excusa para tratar de transformar la individualidad en masa, en entes autómatas que obedezcan sin más los dictados socialmente aceptables y políticamente correctos que determine el Estado. Como ya hemos dicho, el Derecho penal es una garantía para las personas, no sólo frente al delincuente, sino también de que podrá actuar con libertad, y que sólo frente a las trasgresiones recibirá una justa sanción; pero esta sanción jamás puede ser el pretender un cambio general de su personalidad, por cuanto en el futuro ello puede dar pie a medidas tan extremas como recurrir a intervenciones quirúrgicas o métodos clínicos que intervengan en la esencia misma del ser humano, sólo con el pretexto de que ello podrá servir para volver al sujeto «diferente», no aceptado, en un miembro más, una pieza pasiva de la sociedad. No hay que olvidar, que así como existen los crímenes

comunes, también hay otros que, sólo por el hecho de criticar el modo social, es perseguido por la autoridad, como los delitos políticos, y en este caso el fin resocializador será meramente un medio para conseguir un fin político de evitar que la autoridad sea cuestionada, que no responderá a ningún criterio estrictamente jurídico penal.

Además, como ya expusimos *supra*, el fin resocializador puede llevar al establecimiento de penas absolutamente indeterminadas, que trasgredan flagrantemente todo criterio de proporcionalidad, toda vez que, basados en argumentos de que el individuo aún no ha sido resocializado, entonces se le podrá mantener en prisión o someter a un sinnúmero de otras medias indefinidamente, hasta que la pena logre alcanzar este supuesto fin intrínseco, el cual, en los hechos, puede que no llegue nunca a cumplirse.

Así, pensamos que en este último momento de la vida de la pena, debe seguir primando el criterio retributivo, y que si se quiere, además, buscar un fundamento preventivo especial, éste deberá ser el de la prevención especial negativa, es decir, buscar aislar al sujeto dentro de la sociedad para no siga perturbando la vida de la comunidad, aún cuando, creemos que es la primera la solución adecuada al efecto, que da cabal cumplimiento a las exigencias de la proporcionalidad, y que se encuentra acorde con los criterios globales del garantismo, que de este modo se materializaría desde el momento mismo de creación de la norma penal, hasta el momento de su ejecución.

Los límites constitucionales al poder punitivo del Estado

Generalidades

Ya en la primera parte de esta memoria hemos caracterizado al Derecho Penal, en su manifestación subjetiva, como la facultad privativa que tiene el Estado de castigar a los delincuentes. Ahora bien, aunque en doctrina existe consenso de que las relaciones entre Estado y Derecho son íntimas e inseparables⁸⁵, especialmente en lo que se refiere al derecho criminal, al punto de que incluso se afirma que no es posible la existencia del

⁸⁵ SILVA BASCUÑAN señala que: «Poder eminentemente jurídico es, en efecto, el del Estado, porque para dirigir y gobernar hay que dar reglas a que debe ajustarse el comportamiento ya de la misma autoridad, ya de los gobernados y que son de forzoso y obligatorio cumplimiento por quienes han de seguirlas. Todo mandato de autoridad se traduce en norma de conducta para el súbdito, ya sea formulada en términos generales o ya persiga encauzar un momento de acción de determinada persona. Las reglas que dicta el Estado no solo gravan la conciencia individual sino que revisten el carácter de socialmente obligatorias y su eficacia esta amparada por la compulsión estatal.» Y mas adelante agrega: «Nadie podría negar que el poder del estado es esencialmente de carácter jurídico, ya que si su fin ultimo es el bien colectivo publico, su fin inmediato, el instrumento insustituible de que se sirve para lograrlo es la formulación y realización del derecho.» (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, «Tratado de Derecho Constitucional», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, 1997, p. 233)

Estado sin la potestad de establecer delito y penas ⁸⁶, cuestión distinta es la determinar las posibles limitaciones a esta potestad estatal, por cuanto, si bien todo Estado cuenta con un sistema penal, en la práctica, las manifestaciones que adquiera éste tendrán estrecha relación con el tipo de Estado de que se trate ⁸⁷.

Así, en un Estado de matriz absolutista, la legitimidad del Derecho a castigar por parte del soberano viene asentada en un fundamento habitualmente divino. El soberano ha sido puesto en su sitio por la divinidad, y como representante de ésta tiene derecho a determinar qué conductas son permitidas y cuales prohibidas, y congruentemente también puede castigar a los trasgresores. ⁸⁸. En un Estado como este, al ser el poder penal una manifestación del poder otorgado por la divinidad al soberano, éste no debe recurrir a ninguna otra causa de justificación que el haber emanado del rey, y por tanto, a su respecto no es posible discutir la existencia de ninguna limitación al poder punitivo mas allá de aquellas que el mismo soberano se auto imponga.

El debate en torno a la legitimación del *ius puniendi* y sus límites sólo hace aparición, propiamente, con la llegada de los autores del iluminismo —particularmente BECCARIA— y el advenimiento del Estado liberal, en el cual comienza a forjarse la noción de Estado de Derecho, en que se pretende someter el poder estatal, y específicamente el poder punitivo, a la regulación jurídica ⁸⁹, y que de acuerdo a URZÚA, se encuentra caracterizado porque en él «1) impera la ley definida y formulada como expresión de la voluntad general (gobierno representativo-pluralismo político-partidos políticos-sufragio); 2) se encuentra consagrada la división de poderes o funciones; 3) la administración actúa conforme a la ley, y esta sometida al control jurisdiccional; 4) se aplican, aseguran y respetan debidamente los derechos y garantías fundamentales (derechos humanos) reconocidos en la Carta Fundamental» ⁹⁰.

Ahora bien, la historia del Estado de Derecho liberal, desde su aparición hasta acá, no ha sido una construcción ininterrumpida, sino que en las distintas épocas él ha adquirido características especiales que le han otorgado un sello histórico distintivo, incluso en algunos momentos y regiones la valoración de este ha caído en el descrédito, principalmente en aquellos países en donde se instaló una lógica de estado intervencionista, que en ocasiones derivó hacia el establecimiento de regímenes

⁸⁶ Afirma SILVESTRONI: «La teoría del Estado se relaciona estrictamente con las teorías de la pena y del delito. Ello ocurre porque el análisis axiológico respecto del Estado recae necesariamente sobre el alcance y las manifestaciones concretas de su poder, fronteras adentro, y como tal depende del análisis de legitimidad de la filosofía política.» (SILVESTRONI, p.11)

⁸⁷ MIR PUIG, «*Derecho Penal*», p.64; GARRIDO MONTT, p. 30

⁸⁸ Ejemplo de esto es la epístola de San Pablo a los romanos, texto frecuentemente utilizado por los soberanos absolutos, en la cual se afirma que las autoridades existentes han sido establecidas por Dios, y siendo entonces ellos ministros de Dios para castigar al que obra mal

⁸⁹ MIR PUIG, «*Derecho Penal*», pp. 63 y ss; BUSTOS, «*Manual de Derecho Penal*», pp. 41 y ss.

⁹⁰ URZÚA VALENZUELA, Germán, «*Manual de de Derecho Constitucional*», Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991, pp. 104-105

totalitarios, como en la Alemania Nazi, la Italia Fascista, y los países de Europa del Este.

Modernamente, y particularmente luego de la II Guerra Mundial, surgió un modelo nuevo de Estado, que pretendía sintetizar las exigencias tanto del Estado de Derecho liberal, como las que emanaban del Estado social, surgiendo así la noción de Estado social y democrático de Derecho, que es, mas o menos, la que hoy impera en los países de occidente (aun cuando en cada lugar adquiere características propias).

Al respecto señala Bustos: «En general el Estado social y democrático de derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas, corporativistas de nuevo cuño (esto es, en que las corporaciones u organización de los intereses en juego, tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado), con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con graves dificultades para determinar sus bases legitimantes. Subsiste la retribución junto a la prevención general y la especial (se pretende también crear sistemas excepcionales o diferenciados, para cierto grupo de individuos, pero que en definitiva repercuten sobre toda la sociedad) con lo cual se produce una confusión en los principios legitimantes que repercute en una confusión en la construcción de la teoría del delito y de la pena».⁹¹

En un Estado de estas características el Derecho penal adopta bastantes particularidades y cumple determinadas funciones, las cuales tienen relación, fundamentalmente, con el servir de límites al poder punitivo, reconociéndosele un rol eminentemente garantista, que busca, entre otros, proteger a los individuos del poder omnímodo del Estado. Así, se dice que en este caso el Estado es de Derecho por cuanto, si bien es el único autorizado para castigar, limita el ejercicio de esta función a la existencia de una norma positiva que se lo permita, y que se traduce en el llamado principio de legalidad.

En su aspecto social, este Estado subordina el ejercicio del *ius puniendi* a aquello que sea estrictamente necesario para garantizar la convivencia y la paz social, y para permitir la protección de bienes jurídicos.

Y finalmente, en tanto democrático, este Estado subordina su facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre.

Así, en un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho Penal debe estar indudablemente enfocado a la consecución de fines que vayan en beneficio del cuerpo social, sin embargo, a su vez él, en cuanto su ejecución necesariamente impone restricciones a los derechos y la libertad de las personas, debe estar reducido solo al mínimo que sea estrictamente necesario para alcanzar sus fines. En base a esto es que se ha ido desarrollando la teoría de los límites al *ius puniendi*, los cuales se derivan de cada una de las características reconocidas a este tipo de Estado.⁹²

Ahora bien, aún cuando en doctrina el estudio de estos límites al poder punitivo del Estado abarca aspectos muy diversos, que engloban a un conjunto de principios

⁹¹ BUSTOS, «Manual de Derecho Penal», p.43

⁹² MIR PUIG, «Derecho Penal», pp.74-75; GARRIDO MONTT, pp. 29-30

estrechamente relacionados entre sí, nosotros en este trabajo dirigiremos nuestro estudio fundamentalmente a dos de ellos, que, en sí, consideramos ser de los más importantes: el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

El principio de legalidad como base del Derecho penal en un Estado de Derecho

Antecedentes históricos del principio de legalidad

Aún cuando tradicionalmente los autores se refieren al principio de legalidad a través de su formulación latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” parece dudoso afirmar que él, al menos en la forma que se le conoce actualmente, haya sido consagrado o desarrollado durante la vigencia del Derecho penal romano⁹³, el cual reconocía una multiplicidad de fuentes, entre las que se encontraban no sólo la ley, sino también las constituciones imperiales, los senatus-consultos y la costumbre (e incluso se permitía la interpretación analógica y extensiva de las leyes)⁹⁴. Tampoco puede decirse que este principio fuese sancionado durante la vigencia del Derecho germánico, que como sabemos tenía un fundamento principalmente consuetudinario, y por tanto no legalista.

Otro antecedente al que se remite recurrentemente la doctrina como origen de la consagración del principio de legalidad, es el referido a la «*Magna Charta Libertatum*» otorgada por el rey Juan II de Inglaterra —Juan sin Tierra— en 1215, la cual estatúa en su artículo 39 que las sanciones frente a las personas libres sólo podrían ser impuestas «*per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*». No obstante, como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, el atribuirle este carácter «fundante» a la Carta Magna Inglesa, no deja de ser un mito, bastante extendido por lo demás, que la moderna ciencia penal se ha encargado de develar⁹⁵. En efecto, como posteriormente se ha demostrado, el mencionado artículo 39 tendría una referencia más bien a una garantía de orden procesal

⁹³ En este sentido, Francisco MUÑOZ CONDE, señala que para algunos autores se encontraría una manifestación del principio de legalidad en un texto del Digesto atribuido a Ulpiano, en el cual se establecía la máxima: “*Poena non irrugatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*”. Sin embargo, el mismo autor a continuación se encarga de indicar que, además de ser poco clara la interpretación de dicho precepto, podrían a su vez invocarse otros muchos textos de la misma época en los cuales se establecen disposiciones absolutamente reñidas con el principio en comento, en los cuales, por ejemplo, se acepta la analogía y los *crimina extraordinaria* (MUÑOZ CONDE, Francisco, “*Introducción Al Derecho Penal*”, p. 138). También JIMÉNEZ DE ASÚA se manifiesta contrario a aceptar que en el derecho romano hubiese tenido expresión el principio de legalidad, y que aún cuando pudieren existir algunos visos de parentesco, como los invocados por Jerome HALL, entre el mentado principio y otros preceptos conocidos en aquella época, ellos se refieren a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podría hallarse en éstas un auténtico origen del tema que nos ocupa. (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. II, Segunda Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Argentina, p. 384).

⁹⁴ Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 385.

que penal, en cuanto exige la existencia de una actividad jurisdiccional, legitimada legalmente, previo a la imposición de alguna medida restrictiva de los derechos individuales.⁹⁶

Aún cuando los anteriores ejemplos, y otros, pueden ser interesantes desde un punto de vista histórico, lo cierto es que no es sino hasta la aparición del estado liberal democrático que puede hablarse de la manifestación de un principio de legalidad en la forma en que ahora lo conocemos. Así, él se encuentra consagrado por primera vez en la Constitución de algunos Estados americanos en 1876 (Virginia, Maryland, Filadelfia), y luego en el Código Penal austriaco de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada en Francia en 1789. Posteriormente se incorporaría a la mayoría de los Códigos y Constituciones adoptados durante los siglos XIX y XX.⁹⁷

El origen del principio de legalidad se encuentra en la teoría del contrato social, y con él lo que se buscaba era impedir que se siguieran cometiendo por parte del poder político abusos y arbitrariedades en contra de los individuos. Presuponía una organización política basada en la división de poderes, en que el establecimiento de la ley fuese una competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Como expresara BECCARIA «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad».⁹⁸

Hoy en día, el principio de legalidad se encuentra consagrado por la mayoría de las legislaciones occidentales, y él incluso ha pasado a formar parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que le consagra en su artículo 11; y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. 26).

Fundamentos del principio de legalidad

Como hemos señalado precedentemente, desde un punto de vista histórico el principio de legalidad nace como una forma de protección de los individuos frente al poder omnímodo del Estado. Como dice ROXIN, «Un Estado de Derecho debe proteger no solo

⁹⁵ Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 385.

⁹⁶ En este sentido: Cf. JESCHECK, p. 140; MIR PUIG, «*Derecho Penal*», p. 75; YACOBUCCI, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, 2002, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, pp. 251-252; MUÑOZ CONDE, p. 138; y Jiménez de Asúa, pp. 385-386.

⁹⁷ Sobre el particular Vid., MUÑOZ CONDE, pp. 137 y ss., JESCHECK, pp. 141 y ss., MIR PUIG, Santiago, «*Derecho Penal*», pp. 75 y ss., ROXIN, pp. 141 y ss., ETCHEBERRY, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, pp. 77-78; NOVOA MONREAL, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 114-115.

⁹⁸ BECCARIA, «*Tratado de los Delitos y las Penas*».

mediante el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal»⁹⁹. En los hechos, esto significa que así como el Estado debe proveerse de mecanismos con vistas a evitar la comisión de delitos y sancionar a los responsables, cuando estos se hayan producido, también debe autoimponerse límites a su actividad punitiva, para evitar con ello que se cometan arbitrariedades en contra de los sujetos.

Se ha dicho que el Derecho penal es «una técnica de *definición, comprobación y represión* de la desviación»¹⁰⁰, y en cuanto tal, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que le informa, se manifiesta en restricciones sobre las personas, que alcanzan no sólo a los individuos que incurran en una conducta ilícita o sean sospechosos de haberla cometido, sino también a los posibles «desviados» e incluso a muchos inocentes que debido a circunstancias que le son ajenas se pueden ver afectados, directa o indirectamente, por el sistema judicial penal.

Estas restricciones se presentan de tres maneras:

En la prohibición de determinados comportamientos señalados por la ley, lo cual limita la libertad de acción;

En el sometimiento a proceso penal de todo aquel que resulte sospechoso de haber cometido una infracción; y

En la represión o punición de todo aquel que resulte comprobado que ha cometido una violación a la ley.¹⁰¹

Ahora bien, en cuanto el Derecho Penal implica restricciones a la libertad de los individuos, requiere que ellas sean justificadas y se reduzca al mínimo posible su aplicación. Para ello es que se han establecido el principio de legalidad y el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Al ser la pena la consecuencia jurídica más grave de aquellas previstas por el ordenamiento jurídico, se exige al Estado que sólo recurra al Derecho penal en los casos en que sea no sólo absolutamente necesario, sino que imprescindible, y cuando sean insuficientes las medidas menos graves contempladas por otras áreas del Derecho. Esto es conocido como el principio de intervención mínima del Derecho Penal, en virtud del cual éste sólo debe actuar en los casos de atentados graves en contra de los bienes jurídicos más importantes, debiendo abstenerse de intervenir en otras situaciones.¹⁰² Es decir, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento positivo, que habrá de intervenir sólo cuando no haya otros medios jurídicos menos drásticos para regular y sancionar los hechos.

Para garantizar este carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, también se han debido buscar mecanismos que impidan que el Estado pueda hacer un uso injustificado

⁹⁹ ROXIN, p. 137.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», p. 209.

¹⁰¹ Cfr. FERRAJOLI, Ob. Cit., p. 209.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, p. 107

del *ius puniendi* de que está investido, cometiendo arbitrariedades en contra de los individuos. Para ello se ha establecido el principio de legalidad, de acuerdo al cual la intervención punitiva de Estado debe regirse por el imperio de la ley, que es entendida como una expresión de la voluntad general de la sociedad.

La justificación de este principio se puede encontrar tanto en consideraciones externas, es decir, por referencia a principios que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico positivo; como en consideraciones internas, o sea, que están referidas a principios normativos propios del Derecho, esto es, a criterios de valoración jurídicos o intra-jurídicos.¹⁰³

Justificación externa del principio de legalidad: El fundamento histórico-político

Ya hemos visto que el primer fundamento del principio de legalidad se encuentra en la aparición del Estado liberal y en la protección de los individuos frente al poder omnímodo de éste. Con él lo que se ha pretendido es evitar que se repitan en la historia hechos tan jurídica y políticamente reprochables como las llamadas «*lettre de cachet*»¹⁰⁴, institución francesa consistente en cartas investidas del sello real, mediante las cuales se podía arrestar a una persona, privarle de algún derecho, etc., sin sujeción a proceso judicial alguno, sin acusación, sin defensa y sin apelación posible, e incluso sin pena determinada, por cuanto sólo dependía de la voluntad del rey el hacer cesar la sanción sobre el individuo que se hacía acreedor a uno de estos tan temidos documentos.

Es por ello que el principio de legalidad se basa hoy en día en la sujeción absoluta de los poderes del Estado a leyes formuladas en modo abstracto, fuera de las cuales no se pueden imponer delitos ni penas, con lo cual se pretende evitar las arbitrariedades.

En este caso, por ley debe entenderse aquella que es efectivamente creada por el órgano popular representativo (el Parlamento) y que se concibe como una manifestación de la voluntad soberana del pueblo. De esto se desprende otro aspecto que involucra y fundamenta a la intervención legalizada: la división de poderes. En virtud de ésta al juez se lo libera de la función de «crear» el Derecho, y se le reduce sólo a la facultad de aplicarlo. Asimismo, al poder ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición, con lo que se trata de evitar que cometa cualquier abuso por esta vía. Sólo el Parlamento, órgano representativo por excelencia, tiene la facultad de crear la ley penal, pero ello incluso con ciertas limitaciones, por cuanto este poder no puede ser aplicado de manera discrecional sino apegado a la coherencia interna de la legislación y a los mandatos superiores que se expresan en la Carta Fundamental.¹⁰⁵

Así entonces, el principio de legalidad debe entenderse necesariamente vinculado a la existencia del Estado de Derecho, «entendido como sistema de límites sustanciales

¹⁰³ Sobre justificación externa e interna en Derecho Penal vid. FERRAJOLI, Ob. Cit., en particular, pp. 213 y ss.

¹⁰⁴ FOUCAULT, MICHEL, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*». Barcelona, España. Editorial Gedisa, 1996., pp. 108 y ss.

¹⁰⁵ ROXIN, pp. 144-145; MUÑOZ CONDE, pp. 140 y ss.

impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales»¹⁰⁶ o, de un gobierno *sub lege*, sometido a las leyes, no sólo en cuanto a las formas, sino también en cuanto a sus contenidos.

Justificación interna del principio de legalidad: El fundamento jurídico

La prevención general

Como partidario de la teoría de la «coacción psicológica», de acuerdo a la cual la pena ejerce sobre los ciudadanos un apremio que les hace abstenerse de cometer delitos, y que como tal es necesaria, FEUERBACH planteaba que la ley penal debía describir previamente las conductas prohibidas y las penas con que habrían de sancionarse esas conductas, en miras a que con ello se evitara que los individuos las cometieran.

Aún cuando la teoría de la coacción psicológica hoy en día ha ido siendo abandonada, es este un fundamento del principio de legalidad que en modo alguno es baladí, por cuanto en doctrina se afirma que con él se da respuesta a uno de los fines del derecho penal, el de la prevención general, en virtud del cual se pretende evitar que los sujetos cometan delitos, que es una exigencia social y de economía jurídica. Es decir, el Derecho penal también debe actuar *ex ante*, y no sólo *ex post*, cuando las conductas ya han sido realizadas y sólo para sancionarlas, y a ello colabora el principio de legalidad.

Al respecto señala ROXIN, «si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos».¹⁰⁷

El principio de mera legalidad

Como vimos al hablar del fundamento histórico-político del principio de legalidad, éste está concebido para ser una medida de protección y garantía frente a las posibles arbitrariedades del poder político. En un primer aspecto, esto se traduce en la exigencia formal de que los delitos y las penas sólo puedan ser establecidos por ley, cuestión a la que se ha denominado reserva de ley o principio de mera legalidad.¹⁰⁸ En virtud de esto, se les da un mandato a los jueces para que sólo puedan fallar los casos que se presenten a su conocimiento en base a lo que establezcan preceptos jurídicos positivos determinados, debiendo estar sometidos sólo a éstos en cuanto a su decisión, y a ningún otro poder. Como señala FERRAJOLI, «el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción,

¹⁰⁶ FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 859.

¹⁰⁷ Roxin, p. 146.

¹⁰⁸ Sobre el particular, vid. FERRAJOLI, Ob. Cit.

sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, viene formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.»¹⁰⁹

Así entonces, a través del principio de mera legalidad se les garantiza a los individuos el que no podrán ser juzgados en base a consideraciones políticas, morales, religiosas, personales, etc., de los jueces, sino únicamente en base a preceptos jurídicos establecidos con antelación a ocurridos los hechos y de acuerdo a penas también preestablecidas.

El principio de estricta legalidad

Desde un punto de vista garantista, en un Estado de Derecho no basta con que se cumpla con las exigencias formales del principio de legalidad, es decir, que sólo mediante «leyes», emanadas del órgano representativo, puedan establecerse los delitos (principio de mera legalidad). Es además necesario que se de cumplimiento a las exigencias sustanciales de la legalidad, es decir, que en cuanto a su contenido las normas se encuentren al servicio de los derechos fundamentales de los individuos y no los lesionen.

El cumplimiento de esta exigencia se realiza a través del principio de estricta legalidad, en virtud del cual el legislador se encuentra obligado no sólo a dar sus mandatos en la forma de «leyes», sino que también en éstas debe recoger una determinada técnica legislativa que garantice que a través de sus contenidos no se vulneren los derechos de los sujetos. Como dice FERRAJOLI, el principio de estricta legalidad «se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter “constitutivo” antes que “regulativo” de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los “vagos”, los “vagabundos”, los “proclives a delinquir”, los “dedicados a tráfico ilícito”, los “socialmente peligrosos” y semejantes».¹¹⁰

La determinación de los actos ilícitos debe remitir exclusivamente a las únicas acciones taxativamente establecidas por la ley, dejando fuera cualquier configuración ontológica (trascendental) o extra jurídica. «*Auctoritas, non veritas facit legem*» es la máxima que expresa este fundamento del derecho penal moderno, y que significa que «no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo los comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto».¹¹¹

¹⁰⁹ FERRAJOLI, «*Derecho y Razon*», pp. 34-35

¹¹⁰ FERRAJOLI, «*Derecho y Razón*», p. 35.

¹¹¹ Ferrajoli, «*Derecho y Razón*», pp. 35-36

Consecuencias del principio de legalidad

Tradicionalmente en la doctrina se han identificado cuatro consecuencias derivadas del principio de legalidad, las cuales, en mayor o menor medida, también han tenido expresión en la legislación positiva. Ellas se manifiestan en la forma de prohibiciones dirigidas al juez y al legislador:

dirigidas al juez: prohibición de analogía y prohibición de aplicar la costumbre como fuente para fundamentar o agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et scripta*);

y al legislador: prohibición de retroactividad y prohibición de leyes indeterminadas e imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia et certa*)¹¹².

Nullum crimen nulla poena sine lege stricta

La primera consecuencia derivada de la aplicación del principio de legalidad es la prohibición de la analogía en materia penal, la que alcanza a todos los elementos determinantes del tipo: descripción de la conducta punible, fijación del grado de culpabilidad, sanción aplicable, etc.

Por analogía entendemos el que se decida un caso judicial para el cual no hay norma específica que lo regule, argumentando que él es similar a otros sí regulados por la ley y con los que comparte un «espíritu común», o incluso en algunos casos, recurriendo a los fundamentos generales del ordenamiento jurídico para hallar un medio de enfrentar las conductas, aduciendo que el legislador habría actuado de la misma forma de haber podido tener en consideración el caso que debe ser juzgado.¹¹³

¹¹² Cfr. ROXIN, p. 140; BACIGALUPO, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998, pp. 75 y ss.; y YACOBUCCI, pp. 261 y ss.

¹¹³ En la doctrina podemos encontrar múltiples definiciones de la analogía. Así para MANZINI la analogía «consiste en asignar regulación jurídica a un caso no regulado ni explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar, objeto de una norma de ley, y fundándose sobre aquel elemento de semejanza, que sirvió de base al legislador para establecer la norma misma» (MANZINI, p. 402.); por su parte JIMÉNEZ DE ASÚA, señala que la analogía consiste «en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en su conjunto. Mediante el procedimiento analógico se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar» (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», pp. 132-133; Para ROXIN, «la analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)» (ROXIN, p. 140). En el ámbito nacional también algunos autores han definido a la analogía, así para CURY «la analogía supone aplicar la ley a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir» (CURY, p. 180; y para NOVOA, «Analogía es la aplicación de la norma que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho que la ley no contempló, pero que guarda semejanza con el primero» (NOVOA, p. 148).

Según cual sea la norma a que se recurre para poder llenar la supuesta «laguna»¹¹⁴ que se produce cuando no hay una ley que regule un caso determinado, la analogía puede ser de dos tipos: LEGAL (*analogia legis*), cuando lo que se aplica es un precepto legal determinado a un caso que aparentemente carece de regulación; y JURÍDICA (*analogia juris*), cuando para resolver un caso no contemplado por la ley se recurre a varios preceptos o se mira al derecho positivo en su conjunto.¹¹⁵

Analogía e interpretación

Como dice ROXIN, hoy por hoy existe un acuerdo casi unánime en el mundo jurídico en torno a aceptar la interpretación como una herramienta imprescindible para la aplicación de justicia. Los jueces no son computadoras a las cuales se les puede introducir algunos datos y mediante unos comandos de teclado obtener un resultado concreto, en este caso una sentencia.

Para resolver un caso en materia penal es necesario aplicar exclusivamente la ley, pero ello no puede hacerse si no es a la luz de los antecedentes concretos que se reciban, ponderando en cada situación cómo estos han actuado y cuales son los elementos modificadores de la responsabilidad que pudieren existir. Pretender que el juez aplique mecánicamente la ley a las situaciones específicas que se le presenten es imposible, pues incluso los conceptos que la propia ley usa generalmente, en mayor o menor medida, admiten diversos significados, siendo el juez quien decida, en definitiva, cual es el más adecuado frente al caso que se le expone. Y esto último ocurre «no sólo en los conceptos normativos, es decir, que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v. gr. “injuria”, sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de “hombre (ser humano)”: Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento, alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley»¹¹⁶, y será el juez, por tanto, quien tendrá que optar, de entre todas las opiniones existentes sobre la materia, cual es la más adecuada y en base a ella dictar sentencia.

Así entonces, tenemos que previo a aplicar la ley el juez necesita comprenderla¹¹⁷ y

¹¹⁴ Como veremos más adelante, en materia penal no es propio hablar de la existencia de «lagunas», puesto que si no hay norma que penalice una determinada conducta ella se encuentra entonces permitida, puesto que no existen más actos ilícitos que aquellos que determina expresamente la ley.

¹¹⁵ Cfr. ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Vol. I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997, p 140; PUIG PEÑA, Federico, «*Derecho Penal*», Tomo I, Volumen I, 5ª edición. Barcelona, España. Ediciones Nauta, 1959, p. 229; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes, 1954; NOVOA MONREAL, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 148-149; ETCHEBERRY, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, p. 112.

¹¹⁶ ROXIN, p. 148.

aprehenderla, hacerla suya, determinar de entre los significados posibles cual es el más adecuado, para una vez hecho esto impartir justicia. Mediante la interpretación se adapta la norma legal a la realidad, se determina su sentido y alcance frente a situaciones jurídicas concretas. La interpretación es sobre todo una atribución de sentido o de significado, la fijación del alcance de la ley. Por tanto, sólo una vez que se ha hecho el proceso hermenéutico es posible hablar de una ley «determinada», que posee una claridad excluyente de dudas, y que está lista para ser aplicada.¹¹⁸

Ahora bien, la diferencia entre la interpretación (permitida) y la analogía (prohibida) estriba en que, en la primera, la norma existe, es decir, el caso determinado se encuentra efectivamente comprendido por la ley, y lo que hace el intérprete es sólo elucidar el sentido de la norma, incluso en los casos de interpretación extensiva, cuando la ley posee deficiencias graves de redacción que le impiden tener una formulación clara y le toca al juez establecer el genuino alcance de ésta, o como dice JIMÉNEZ DE ASÚA «cuando el interprete cree que se debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la ley corresponda al espíritu y voluntad del texto»¹¹⁹. En cambio, en la analogía no hay texto legal que regule la situación, y es el juez quien constituye el derecho a través de la analogía.

En la analogía no es el legislador quien crea el derecho sino el juez, quien se instituye a sí mismo como legislador.

Establecer el límite entre la interpretación (fijadora del sentido real del texto legal) y la analogía (creadora de derecho), no es una cuestión sencilla, y que sin duda deberá determinarse caso a caso. No obstante, algunos autores han elaborado un principio más bien objetivo en base al cual establecer ese límite, el que se encontraría dado por «sentido literal posible» de la norma. De acuerdo con esto, al dictar la ley el legislador crea, con el tenor literal del precepto, un marco regulatorio dentro del cual la norma habrá de actuar y cuya fijación definitiva le corresponde al juez, quien, en su labor hermenéutica, no podrá ir más allá de lo que permite el sentido literal corriente del texto de la ley que interpreta¹²⁰. Bajo este presupuesto, analogía sería toda otra interpretación que escape a los límites de este sentido literal posible de la ley, o la aplicación de un precepto a un supuesto que no se encuentre comprendido en ninguno de los sentidos

¹¹⁷ Cfr. CURY, p. 160.

¹¹⁸ Cfr. ROXIN, p.148.

¹¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis «*La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*», p. 127.

¹²⁰ «La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad. En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.» (ROXIN, pp. 149-150).

posibles que se desprenden del tenor literal de la norma, pero que es análogo a otro u otros si comprendidos en el texto legal.¹²¹

Si de la interpretación de una norma en su «sentido literal posible» se deriva que ella no es aplicable a un caso determinado, entonces en dicha situación el juez deberá abstenerse de seguir conociendo del caso y absolver al inculpado, aún cuando ello pudiera resultar odioso para su parecer, por considerar que el hecho si debería estar penado. No es al juez a quien le toca determinar qué es o no punible, sino al legislador. Como señala JESCHECK: «si de la interpretación del sentido de la norma resulta una laguna que desde un principio es atribuible a la Ley (laguna primaria) o, posteriormente, a través de un cambio en las circunstancias (laguna secundaria), el juez penal debe absolver cediendo el paso al legislador.»¹²²

Finalmente, debemos aclarar que también hay que distinguir la analogía de la llamada «interpretación analógica», por cuanto esta última no es sino un método de razonar e interpretar la ley para descubrir su voluntad última, y como tal está permitida también en el ámbito penal. Incluso en algunas situaciones es la misma ley quien obliga al juez a utilizar esta forma de razonamiento, al señalar que ella deberá ser aplicada a los escenarios previstos y enumerados por su texto y también a «otros casos que sean análogos», a «situaciones semejantes», etc. Así, aún cuando aparentemente la ley no contemple un caso, frente a éste el juez deberá decidir si es similar o no a aquellos otros enumerados por ésta, y si lo es, deberá entonces aplicarle el precepto previsto. Pero aquí, como en la interpretación, incluida la extensiva, estamos siempre dentro del ámbito de determinar el alcance de una norma existente, no de crear una nueva.¹²³

Analogía in bonam y malam partem

Aunque existe un amplio consenso en la doctrina respecto a aceptar la prohibición de la analogía para crear nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes (analogía *in malam partem*)¹²⁴, no ocurre lo mismo respecto de otras situaciones en las cuales el uso de la analogía puede resultar un beneficio para el inculpado (analogía *in bonam partem*).

En efecto, son numerosos los autores¹²⁵ quienes piensan que la analogía sólo está prohibida en los casos en que el uso de ella signifique un perjuicio para el inculpado, pero que sin embargo es perfectamente lícito hacer uso de ella para favorecerlo. Con esto,

¹²¹ Cfr. MIR PUIG, «Derecho Penal, Parte General», pp. 86-87; ROXIN, pp. 148-149; BACIGALUPO, Enrique, «Principios de Derecho Penal. Parte General», p. 78; YACOBUCCI, p. 279.

¹²² JESCHECK, p. 144. (Compartimos el resultado previsto por el autor alemán, no obstante no estar de acuerdo con los presupuestos que utiliza para llegar a la conclusión descrita. En derecho penal no es propio hablar de la existencia de «lagunas», por cuanto, en este ámbito todo aquello que la ley no prohíbe se debe entender permitido, no existen zonas intermedias o neutras.

¹²³ BACIGALUPO, «Principios de Derecho Penal. Parte General», p. 80; YACOBUCCI, pp. 277 y ss. COUSIÑO MAC IVER, p. 89; NOVOA, p, 154; ETCHEBERRY, p. 113.

¹²⁴ Sobre el particular ver: ZAFFARONI, p. 117; MIR PUIG, «Derecho Penal, Parte General», p. 86; JESCHECK, p. 145; FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 382; ROXIN, p. 158; NOVOA MONREAL, pp. 153-154; COUSIÑO MAC IVER, p. 89; y ETCHEBERRY, pp. 113 y ss.

afirman, en modo alguno se contraría el fundamento básico del principio de legalidad, sino que, por el contrario, se lo reafirma, pues la finalidad perseguida con él es la protección del individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal, garantizándole que no podrá ser perseguido por ninguna conducta que no esté descrita expresamente por la ley, y ello en modo alguno significa que no pueda verse absuelto, o al menos rebajado en cuanto a la pena aplicable, mediante el uso de la analogía¹²⁶, pues en dicha situación no va a ser inquietado por el poder punitivo, o lo va a ser de un modo menos grave que aquel previsto originariamente por la ley.¹²⁷

Otro argumento que se da a favor del uso de la analogía *in bonam partem* es el hecho de que en la mayoría de las legislaciones, como sucede con la chilena, se contempla la posibilidad de aplicar de manera retroactiva una norma penal cuando ella es más favorable al inculcado. Esto estaría significando que el principio de legalidad se atenúa o morigera cuando se trata de beneficiar a quien ha cometido una conducta punible, y que por tanto la voluntad del legislador habría sido que frente a situaciones como estas se aplique de manera amplia el *indubio pro reo*.¹²⁸

Por su lado, quienes se oponen a la analogía en todo sentido, y también cuando ella favorece al inculcado, consideran que el uso de ésta es incompatible con un sistema fundamentado en el principio de reserva, puesto que si bien al aplicar la analogía *in bonam partem* no se estaría vulnerando el principio constitucional de reserva, en cuanto protección de intereses individuales, si se estaría violando la ley, puesto que el interprete debería ir en contra de ella para concluir que, aunque existe una norma que pena un comportamiento determinado, por existir situaciones similares en que la ley no actúa de igual modo, el inculcado debe ser absuelto o se le debe aplicar una pena reducida.¹²⁹

Por nuestra parte, si bien concordamos con todos aquellos autores que argumentan que la aceptación de la analogía *in bonam partem* no contraría intrínsecamente el principio de legalidad, nos sentimos más inclinados a rechazar su aplicación.

Creemos que la analogía no debe utilizarse bajo ningún supuesto en materia penal,

¹²⁵ En este sentido: ROXIN, p. 158; MIR PUIG, «*Derecho Penal, Parte General*», p. 87; MUÑOZ CONDE, p. 152; JESCHECK, p. 145; CURY, p. 181; BACIGALUPO, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», p. 77.

¹²⁶ Sobre el particular dice BACIGALUPO: «el derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) *nunca* puede resultar vulnerado cuando se favorece al acusado. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. La teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error de tipo y del error de prohibición, sin tener totalmente lo uno ni lo otro, propone actualmente la aplicación analógica a estos casos de las reglas del error de tipo (que son más benignas), lo que es compatible con la prohibición de la analogía sólo *in malam partem*.» (BACIGALUPO, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», p. 77)

¹²⁷ Cfr. MIR PUIG «*Derecho Penal*», p. 87; y MUÑOZ CONDE, p. 152.

¹²⁸ Cfr. CURY, p. 181. A juicio de este autor, lo dicho respecto de la aplicación de la analogía cuando con ello se favorece al inculcado, es también válido para toda forma de integración de la ley, siendo por tanto lícito acudir a la equidad natural o al espíritu general de la legislación, cuando se hace *in bonam partem*.

puesto que lo contrario, aunque fuere en beneficio del inculpado, sentaría un precedente nefasto, que podría prestarse para muchas arbitrariedades, pues con ello se le otorgaría al juez un carácter de «co-legislador», en que si bien no podría crear nuevos delitos ni agravar los que se encuentran en vigor, si podría dejar, por su sola voluntad, en la impunidad los ya existentes. Además, al no existir en la ley una norma clara, que reglamente el uso de esta supuesta analogía *in bonam partem*, los jueces tendrían a su completo arbitrio el uso que dieran a la misma, pudiendo fallar a su entero antojo, aún en casos similares, en especial en sistemas como el nuestro en que el precedente judicial carece de fuerza obligatoria.

Como más arriba dijimos, y siguiendo en la doctrina nacional a ETCHEBERRY, creemos que en materia penal no puede hablarse de la existencia de lagunas, y esto, que es válido para los casos en que se prohíbe la analogía *in malam partem*, también debe serlo para los otros casos, puesto que si la ley nada dice al respecto —v. gr., estableciendo una causal eximente o atenuante de responsabilidad—, entonces se debe entender que el caso, dados los supuestos de hecho y de derecho exigidos para aplicar un determinado tipo penal, debe fallarse de acuerdo a lo dispuesto por el precepto que sea aplicable, sin buscar justificaciones externas, que no fueron previstas a la hora de dictar la ley, y que van más allá de lo que la norma declara, siendo extrañas a ésta.

Afortunadamente, es éste último el criterio seguido por nuestra jurisprudencia, la cual en caso alguno ha fallado mediante la aplicación de la analogía *in bonam partem*.

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

Una consecuencia que se deriva del tenor mismo de la formulación latina del principio de legalidad es aquella que instituye a la ley como la fuente única del Derecho Penal, excluyéndose toda otra, y particularmente la costumbre, al menos en los casos en que ella se aplique en perjuicio del inculpado, es decir, como fundamento de la punibilidad.¹³⁰

Extensión de la prohibición

Aún cuando en la doctrina existe una posición mayoritaria que se pronuncia a favor de la prohibición de la costumbre en el ámbito penal, al menos en cuanto ella lo es *in malam partem*, no sucede lo mismo a la hora de fijar la extensión del principio. Así, pese a existir consenso en torno a afirmar que la costumbre, al igual que la analogía, no puede en caso alguno ser aplicada en la parte especial del Derecho Penal, como constitutiva de conductas punibles o agravatoria de las penas, a la hora de aplicar el principio a la parte general del Derecho penal no existe la misma unidad de criterios.

¹²⁹ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, p. 114. Sobre el particular este autor señala: «No existen hechos ante los cuales la ley penal nada nos diga. Frente a cada acción del hombre, el derecho penal tiene un pronunciamiento: debe ser castigado, en tal o cual medida, o no debe ser castigado. No hay zonas intermedias o neutras. Por lo tanto, si frente a un hecho la ley penal nos dice que debe ser castigado, el interprete debe ir **contra** la ley para afirmar lo contrario. En consecuencia, el juez “por analogía” absuelva a un individuo o le conceda atenuantes que la ley no ha establecido, no violará el principio constitucional, pero sí violará la ley.» (*Ibid.*)

¹³⁰ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, «Principios de Derecho Penal...», Ob. Cit. p. 82.

Para algunos autores la parte general del Derecho penal históricamente se ha ido formando en base a la labor de los tribunales de justicia, y por tanto negarle en esta área todo valor a la costumbre, aún *in malam partem*, sería desconocer su naturaleza misma, restarle valor al largo proceso mediante el cual se han ido acrisolando los conceptos y estableciendo los principios.

Como señala ROXIN, «en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en la Parte general existe “en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena”. Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así p. ej., la complicidad intentada que es impune, no se puede convertir en punible por Derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de Derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor. Así se sostiene que, entre otras cosas, las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de Derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto.»¹³¹

Nosotros nos sentimos inclinados a rechazar absolutamente el anterior planteamiento, puesto que consideramos que la costumbre no es jamás fuente del Derecho Penal, ni en la Parte especial ni en la Parte general de éste, al menos no en países de tradición legalista como el nuestro. Son varios los motivos que nos llevan a afirmar esto:

En primer lugar, hay que despejar el criterio de qué debe entenderse por costumbre en este caso, pues en materia penal, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, no son las partes o el público en general quienes con su accionar constante (a través, por ejemplo, de actos jurídicos de diversa índole, contratos, convenciones, etc.,) van aplicando empíricamente el Derecho y por tanto pueden ir creando una costumbre, sino que en el ámbito penal sólo los tribunales de justicia pueden hacer aplicación práctica del Derecho, y por tanto queda excluida la costumbre que pudiera resultar de las acciones constantes de los sujetos. Es por ello que en el supuesto de la teoría que acepta la costumbre en la Parte general del Derecho penal, en realidad de lo que se está hablando es de la jurisprudencia y no de la costumbre en sentido estricto.¹³²

Ahora bien, es cierto que en la Parte General del Derecho penal existen áreas que no han sido suficientemente delimitadas por el legislador, debido fundamentalmente a que se trata de materias de difícil codificación y esencialmente dinámicas, lo cual ha llevado que éstas se vayan completando gracias al trabajo constante de la jurisprudencia. Si embargo, esta labor que los tribunales realizan no deja de tener el carácter de simple interpretación de la ley penal escrita, hecha por mandato de la misma normativa, y aún cuando ella pudiera ser constante en algunos aspectos, no se transforma por este hecho en Derecho consuetudinario, que tenga un carácter vinculante, puesto que los jueces

¹³¹ ROXIN, p. 159

¹³² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, «*Tratado de Derecho Penal*», p. 238.

podrían abandonar una interpretación determinada a favor de otra distinta, sin que por ello estén cometiendo una infracción a la ley o a los principios básicos del Derecho Penal.

133

Costumbre *in bonam* y *in malam partem*

Al igual que como se plantea respecto de la analogía¹³⁴, también para algunos autores la prohibición de la costumbre como fuente del Derecho Penal sólo alcanza a cuando ésta es aplicada *in malam partem*, es decir, en perjuicio del inculpado, pero que ella podría invocarse lícitamente en los casos en que lo es *in bonam partem*¹³⁵.

Sobre el particular, nuevamente debemos repetir que en materia penal la costumbre en sentido estricto, es decir, como una repetición constante y mantenida en el tiempo del accionar de los individuos, del pueblo, no tiene cabida alguna, pues sólo los tribunales pueden aplicar el Derecho penal. Ahora, frente a lo que pueda decir la jurisprudencia, creemos que tampoco ésta puede invocar una pretendida «costumbre *in bonam partem*» como causal «única» de justificación o exención de la responsabilidad penal, al menos no en países como el nuestro en que las sentencias poseen un carácter relativo y en que los jueces no se encuentran obligados por los precedentes como si ellos fueran una ley.

A nuestro entender, la costumbre no es fuente en Derecho penal, ni para crear ni para eliminar delitos, y el uso o la remisión que los tribunales puedan hacer hacia otras sentencias en casos similares, no son más que actividades de interpretación, que deben siempre encontrar su justificación en la ley, y que nunca adquieren la fuerza general obligatoria que ésta posee. Es decir, aún cuando pueda ser «habitual» una interpretación que favorezca al inculpado, ello no significa que otro juez, conociendo de un caso similar, no pueda sancionar de forma distinta a como lo han hecho sus predecesores.

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia

La cuarta consecuencia del Principio de legalidad es la prohibición de retroactividad de la ley penal, la cual se dirige no sólo al órgano jurisdiccional prohibiéndole la aplicación retroactiva de dichos preceptos, sino también al legislador, prohibiéndole la creación de leyes penales retroactivas.¹³⁶

¹³³ BACIGALUPO, Enrique «*Derecho Penal. Parte General*», Ob. Cit., pp. 159-160; ROXIN, Claus, Ob. Cit., pp. 161-163. Este último autor además agrega: «A este respecto ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de Derecho consuetudinario, puesto que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular.» (ROXIN, Ob. Cit., p. 160).

¹³⁴ Vid. *Supra*,

¹³⁵ Cfr. ROXIN, Claus, Ob. Cit., p. 161

¹³⁶ Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel «*Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*», 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial AD-HOC, 1999, p. 25.

La prohibición de efecto retroactivo impide que una acción, que al momento de realizarse era impune, pueda ser declarada punible con posterioridad a su ejecución. Asimismo, también se prohíbe que pueda agravarse la pena aplicable a una acción que era ya punible, y cualquier otra medida que fuese tomada a posterior y que pueda empeorar la condición jurídica del autor ¹³⁷, por ejemplo, mediante la supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación ¹³⁸.

En virtud de lo anterior, en general son 3 las clases de retroactividad prohibidas:

Que un hecho lícito al momento de ser realizado, sea declarado punible por una ley dictada posteriormente;

Que respecto de una acción que ya es punible, se introduzca retroactivamente una clase de pena más grave (por ejemplo prisión en lugar de multa); y

Que se agrave una pena dentro de una misma clase (por ejemplo, subir de 5 a 10 años de prisión).

En general, el requisito que se establece en este caso para que un precepto pueda ser aplicado a una acción determinada, es que éste exista al momento de cometerse el hecho, es decir, se exige que la ley se encuentre ya vigente ¹³⁹, que haya cumplido con todos los trámites constitucionales respectivos, no bastando que la ley haya sido sancionada si aún no entra en vigencia ¹⁴⁰, y tampoco puede haber dejado de estar en vigor sea por derogación, por transcurso del plazo específico señalado para su vigencia, etc. ¹⁴¹

Los motivos que han llevado a la prohibición de la retroactividad es evitar que se dicten leyes ad-hoc, sólo para sancionar casos concretos y ya acaecidos que pudieren generar un estado de conmoción social determinado que impulse al legislador a crear leyes especiales para castigar el hecho o agravar las normas ya existentes.

Esto no es, como se ha afirmado, sólo un derecho para los delincuentes ¹⁴², sino una necesidad de seguridad jurídica, ya que nadie se sentiría tranquilo sabiendo que lo que legítimamente hoy hace mañana pudiera ser sancionado como delito por una ley dictada con posterioridad y como tal perseguido.

Los preceptos penales establecen normas de conducta que miran al futuro, y por tanto no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su entrada en vigor; hacer lo contrario sería una arbitrariedad inadmisibles en un Estado de Derecho. ¹⁴³

¹³⁷ Cfr. JESCHECK, , p. 147; BACIGALUPO, «*Principios de Derecho Penal...*», p. 82; ROXIN, pp. 140-141; MIR, «Derecho Penal», p. 77

¹³⁸ Cfr. ROXIN, p. 163.

¹³⁹ Cfr. ROXIN, p. 162; BACIGALUPO, «*Principios de Derecho Penal...*», p. 82; JESCHECK, p. 147.

¹⁴⁰ Cfr. ZEFFARONI, p. 121.

¹⁴¹ Cfr. ROXIN, p. 162

¹⁴² VON LISZT se refiere al principio de legalidad como la «Carta Magna» del delincuente.

Excepción a la irretroactividad

Aún cuando la irretroactividad de la ley penal es absoluta cuando ella es *in malam partem*, si se acepta en los casos en que la nueva ley sea más benigna al inculpado, es decir, *in bonam partem*.¹⁴⁴

Esta excepción al principio de la irretroactividad rige principalmente cuando la norma que hacía punible el hecho es derogada con posterioridad, pues en este caso ya no hay delito que castigar. Lo mismo ocurre con normas que hacen menos grave el acto y que por tanto le aplican una pena menor, o un tipo de pena distinta, más favorable al inculpado. La razón de ello se encuentra en que la prohibición de irretroactividad tiene su fundamento en la protección del individuo frente a las posibles arbitrariedades del poder estatal, pero en los casos en que con la nueva norma se trata de favorecer al sujeto entonces la protección pierde razón de ser.¹⁴⁵

Determinación de la ley más favorable

En cuanto a la determinación de la ley más favorable, la situación es clara en el primero de los casos, es decir, cuando la nueva ley despenaliza el hecho, pues aquí siempre se habrá de aplicar la nueva ley. Sin embargo, cuando el nuevo precepto establezca una pena distinta a la que anteriormente sancionaba el hecho, pensamos que entonces la determinación de la ley más favorable es una situación de hecho que le tocará evaluar y decidir al juez de acuerdo al mérito de los antecedentes y a las exigencias de la proporcionalidad.¹⁴⁶

Las leyes intermedias

Uno de los puntos más complejos respecto de la retroactividad de la ley más favorable lo presentan las llamadas leyes intermedias, que son aquellas que han entrado en vigor después de ocurrido el hecho pero que son derogadas antes de que se dicte sentencia, o como dice JESCHECK, aquellas que han estado vigentes entre la comisión y el enjuiciamiento del delito¹⁴⁷.

¹⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN

¹⁴⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 154-155; ROXIN, p. 166-167.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE «Introducción al...», Ob. Cit., p. 155; JESCHECK, Ob. Cit., pp. 149 y ss.

¹⁴⁶ JESCHECK, p. 150. Sobre este particular en la doctrina nacional CURY ha expresado que «En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia –uno sobre la base de cada ley–, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor» CURY, p. 210.

Es claro que si la ley intermedia es más gravosa para el inculpado ella no tendrá aplicación alguna en virtud del principio de irretroactividad, pero ¿qué ocurre cuando la ley intermedia despenalizaba el hecho o le rebajaba la pena y luego otra ley vuelve a penalizarlo o a hacerlo más gravoso?

En este caso la doctrina se encuentra mayoritariamente de acuerdo en que el inculpado se ve beneficiado por la ley intermedia, y podrá exigir que se le juzgue en virtud de ésta, aún cuando ella hubiese dejado ya de tener efecto al momento del juicio¹⁴⁸. La razón de ello, es que el Derecho emanado de la ley intermedia más benigna ya se había radicado en el sujeto, quedando por tanto garantizado frente a cualquier agravación posterior, la que infringiría el principio de irretroactividad.¹⁴⁹

Las leyes temporales

Las leyes temporales, que son aquellas dictadas para regir durante un período determinado de tiempo, sea porque la propia ley contiene en sí un plazo establecido de duración o dependan de un determinado acontecimiento (ley temporal en sentido estricto) o bien porque sea reconocible que ellas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin efecto una vez transcurridas éstas (leyes temporales en sentido amplio)¹⁵⁰, son un caso de excepción a la retroactividad de la ley más benigna. Es decir, ellas serán aplicadas a los hechos cometidos durante su vigencia, aún cuando fueren más gravosas para el inculpado y hayan perdido ya todo su vigor.

La razón de esta excepción se encuentra en que la abrogación del precepto en este caso se encuentra dado por circunstancias excepcionales que le son intrínsecas y que no implican un necesario cambio en la concepción jurídica del legislador.¹⁵¹ Además, de no ser así, se podría fácilmente infringir una ley temporal en las postrimerías de su mandato, puesto que el autor estaría en la seguridad de no ser perseguido por ella.¹⁵²

¹⁴⁷ JESCHECK., p. 150

¹⁴⁸ Vid. ROXIN, Ob. Cit., p. 167; JESCHECK Y WEIGEND, Ob. Cit., p. 150; COUSIÑO, Ob. Cit., p. 126; CURY, Ob. Cit., p. 213; ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 148; NOVOA, Ob. Cit., p. 206

¹⁴⁹ Cfr. ROXIN, p. 167.

¹⁵⁰ Cfr. Roxin, Ob. Cit., p. 168

¹⁵¹ Cfr. JESCHECK, Ob. Cit., p. 151.

¹⁵² Cfr. ROXIN, Ob. Cit., p. 169. Se manifiesta contrario a esta posición Jiménez de Asúa, para quien «Ni la ley temporal ni la contingente derogan los preceptos de las leyes que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquellas; por esto no deben tener efectos ultractivos ni cuando crean delitos ni cuando aumentan las penas». El autor además plantea que si lo que se quiere evitar es que estas leyes pierdan eficacia e inciten a la trasgresión, entonces ellas mismas pueden disponer su ultractividad, puesto que no hay precepto constitucional que se oponga a ello. (Jiménez de Asúa, «La Ley y el Delito...», Ob., Cit, p. 188.

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa

Esta cuarta consecuencia del principio de legalidad se traduce en la exigencia hecha al legislador para que al adjudicarle el carácter de ilícito a un comportamiento desarrolle con la mayor claridad y exactitud los términos de la imputación¹⁵³, señalando de manera taxativa cuál es la conducta que se pretende prohibir y cual habrá de ser la sanción para el caso de que sea desobedecido el mandato de la ley, cuestión esta última que también debe estar especificada al máximo y que debe cumplir con todas las exigencias de la estricta proporcionalidad. Es decir, en este caso lo que se prohíbe es la existencia de leyes penales y penas indeterminadas.

A esto es a lo que FERRAJOLI le llama «Principio de estricta legalidad», cuya función desde el punto de vista del garantismo se haya en que la ley sea autosuficiente, es decir, que se baste a si misma tanto en cuanto a la conducta descrita como a la pena aplicable, sin que sean permitidos los reenvíos (aunque sean legales) a parámetros extra-legales, «a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos»¹⁵⁴. O sea, lo que se pretende es reducir al mínimo posible la posibilidad de decisión autónoma de los tribunales en la determinación concreta del hecho que se prohíbe¹⁵⁵.

El fundamento de este mandato se encuentra en la misión de garantía del Derecho penal, por cuanto una ley imprecisa o indeterminada¹⁵⁶ en que la fijación de la hipótesis de hecho o de la pena queda entregada, en mayor o menor medida, al juez, no podrá proteger al ciudadano frente a las arbitrariedades del poder estatal, ya que no existiría una real limitación al *ius puniendi*. El hombre común no podrá saber de antemano qué conductas constituyen delitos, ni cual es la consecuencia que puede esperar de su accionar, y eso es justamente lo que trata de evitar el principio de legalidad, puesto que no se cumpliría la función garantista que le corresponde al Derecho penal. Además, entregar a los jueces la facultad de que discrecionalmente puedan determinar los tipos penales es atentar en contra del principio liberal de la división de poderes, en donde los jueces sólo deben aplicar las leyes, puesto que su creación y determinación, por mandato popular, le corresponde al órgano legislativo.¹⁵⁷

La determinación de la ley y las penas

En términos generales, dentro de la técnica legislativa se puede abordar la determinación

¹⁵³ Cfr. YACOBUCCI, p. 275

¹⁵⁴ FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 376.

¹⁵⁵ BACIGALUPO, «Principios de Derecho Penal...», p. 73.

¹⁵⁶ COUSIÑO prefiere llamarlas «leyes penales abiertas», p. 87.

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, p. 169.

de los preceptos penales en base a dos criterios: por una parte, es posible tratar que la norma contenga en sí una enumeración exhaustiva de los elementos y situaciones en que ella puede ser aplicada; y por otra, se puede admitir que ésta tenga una determinación «implícita», es decir, que aunque en ella no estén taxativamente descriptas las conductas, la misma ley brinde los criterios para deducir los elementos necesarios de la infracción ¹⁵⁸.

En el primero de los casos, si bien quedan absolutamente claras las conductas que son prohibidas, se corre el riesgo de caer en un casuismo exacerbado que puede llevar a la redacción de leyes excesivamente extensas y que, además, pueden dejar fuera muchos comportamientos que el legislador quisiera penalizar pero que es imposible prever de antemano, puesto que es muy difícil determinar *a priori* todas las situaciones que se pudieren presentar en la realidad.

En el segundo caso, si bien se logra la exigencia de la «generalidad» de la ley penal, pues supone un alto grado de abstracción que le da la necesaria libertad de juicio al juez y evita la existencia de posibles «lagunas», trae aparejado el peligro de caer en la indeterminación que lesionaría el principio de la legalidad.

A nuestro juicio, la solución a la necesidad de una *lex certa* para establecer los delitos y las penas se debe buscar en un punto medio entre el casuismo y la generalización. La ley debe tener en vista no sólo los casos concretos actuales, sino que también casos futuros, y por ello debe ser lo suficientemente «general» para que abarque todas las situaciones posibles, pero a la vez debe ser lo suficientemente precisa y acotada para que no quede duda alguna respecto a cuales conductas son permitidas y cuales son prohibidas, cuestión que es también aplicable a la determinación de las penas.

Es por ello que el legislador, en primer lugar, debe hacer uso de un lenguaje claro y preciso en la redacción de las leyes, asequible al hombre común, para que éste pueda saber claramente cuáles conductas son o no punibles de antemano. Se debe dar un uso amplio a los elementos descriptivos del tipo, es decir, «a aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera conoce o aprecia sin mayor esfuerzo: “matar”, “daños”, “lesiones”, etc.» ¹⁵⁹. Asimismo, se debe ser restrictivo a la hora de usar elementos normativos en el establecimiento del tipo, es decir, en el uso de términos que requieren de un análisis valorativo para ser determinados, pues son estos los que pueden traer aparejada la indeterminación.

Es imposible renunciar completamente al uso de elementos normativos, en la forma de cláusulas generales, pues ellas muchas veces son necesarias para alcanzar una determinación justa del caso. De usarse sólo elementos descriptivos, además de con leyes muy extensas, nos encontraríamos con preceptos demasiado rígidos y anquilosados que, en muchos casos, no permitirían alcanzar los objetivos para los que fueron concebidos. Sin embargo, el uso de esos elementos normativos debe reducirse al mínimo necesario, e ir acompañados con reglas claras sobre interpretación, que impidan

¹⁵⁸ Cfr. BACIGALUPO, p. 75

¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», p. 156.

que el juez pueda fallar exclusivamente en base a criterios o valoraciones individuales. Lo que se pretende es que el órgano judicial falle en base a la valoración que de los términos se tiene en la sociedad, y no en base a los criterios estrictamente personales de quien aplica la ley.

Como señala MIR PUIG, para evitar que se vulnere el aspecto material del principio de legalidad «el empleo de la **generalización** en la redacción legal debe acompañarse de una rigurosa **diferenciación** de los límites del supuesto de hecho, por medio del destaque de los elementos diferenciales de cada tipo legal a través de conceptos generales específicos. Generalización y diferenciación son, como se ve, los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los principios antinómicos de la justicia y la seguridad jurídica».¹⁶⁰

El Principio de Proporcionalidad como Límite al poder punitivo del estado

Concebido como un límite al *ius puniendi*, el principio de proporcionalidad es ubicado entre aquellos límites derivados del concepto de Estado democrático de Derecho, y adquiere su antecedente más directo en las consecuencias del principio de legalidad¹⁶¹. En virtud de él, se postula que las intervenciones realizadas por el Estado, a través del Derecho penal, deben sujetarse a criterios de adecuación y necesidad, que estén en consonancia con los objetivos previstos por la intervención, y que, además, ellas deben ser razonables o proporcionadas a cada caso¹⁶².

Según señala MIR PUIG, el principio de proporcionalidad «significa que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente»¹⁶³. Es decir, en el ámbito penal este principio se traduce en una garantía para todos los sujetos, de que las penas que le serán aplicables por los hechos ilícitos que cometan deberán ser proporcionadas al daño producido por estos, o que los delitos no podrán ser reprimidos «con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito»¹⁶⁴.

¹⁶⁰ MIR PUIG, Santiago, «Introducción a las Bases del Derecho Penal», p. 130.

¹⁶¹ ROXIN, p. 65 y 106; MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 135.

¹⁶² AGUADO CORREA, Teresa, «El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal», Editorial EDERSA, Madrid, España, 1999, p. 113.

¹⁶³ MIR PUIG, «Introducción a las Bases...», p. 141.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, p. 93.

Los subprincipios del principio de proporcionalidad

Considerado en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad se encuentra compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales representan, cada uno de ellos, una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

El principio de idoneidad

El principio de idoneidad, eficacia, utilidad o adecuación, puede ser caracterizado como la exigencia hecha al legislador de que toda intervención que se realice en los derechos fundamentales debe ser adecuada para la obtención de un fin que sea constitucionalmente legítimo¹⁶⁵. Como señala GONZÁLEZ-CUELLAR: «El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación».¹⁶⁶

De acuerdo con este subprincipio, el Derecho penal sólo puede, y debe, intervenir en aquellos casos en que su acción sea, a lo menos, mínimamente eficaz, es decir, cuando por su mediación sea posible alcanzar los fines que se buscan con el establecimiento de la norma, los cuales, desde una perspectiva preventiva, se traducen en evitar que ciertos actos sean llevados a cabo por considerarse que ellos constituyen delitos, en cuanto son ilícitos que dañan a la sociedad.

En aquellos casos en que sea evidente que con la dictación de una norma no será posible prevenir la comisión de ilícitos, por no ser el medio adecuado al efecto, entonces el Derecho penal deberá abstenerse de intervenir, hipótesis que también incluye aquellos supuestos en los cuales se considere que la penalización de una conducta será contraproducente para el bienestar social.

El subprincipio de idoneidad, como en general el principio de proporcionalidad, se deriva de la consagración moderna del Estado democrático de Derecho, en cuanto la existencia del Estado, y su accionar, se justifican en la medida que su intervención es útil para la protección del cuerpo social, y, por tanto, perderá dicha justificación si no es capaz de cumplir con ese objetivo. De ahí que las teorías más radicales del abolicionismo penal planteen que, visto que la existencia de las penas no han sido eficaces en la prevención y desaparición del delito, entonces el Derecho penal mismo debe desaparecer, por no ser idóneo para cumplir el fin para el cual ha sido concebido. Además, como el Estado sólo justifica su existencia por tener el monopolio de la violencia

¹⁶⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, «*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003, p. 687.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*», editorial COLEX, Madrid, España, 1990, p. 154.

institucional, que reemplaza a la venganza privada, al desaparecer el Derecho penal también deberá entonces desaparecer el Estado, puesto que quedará liberado de la que es su función más importante, con lo que se retornará a un estadio en donde lo que se impone es la venganza privada, y como señala SILVESTRONI: «La opción por la venganza privada equivale a la desintegración del Estado»¹⁶⁷.

Pero no basta cualquier fin para que el Estado pueda intervenir a través del Derecho penal, ni siquiera si ese fin es alcanzable por medio de la intervención. Para que el Estado se encuentre habilitado para hacer uso de la pena con el objeto de impedir una determinada conducta o proteger un determinado bien jurídico, es menester que el fin inmediato que se pretende obtener sea legítimo, es decir, que se trate de un fin que no se encuentre prohibido implícita o explícitamente por la Constitución¹⁶⁸.

Ahora bien, pese a que en el binomio medio-fin del principio de idoneidad se exige que el primero sea cualitativamente apto para conseguir el segundo, se ha considerado que para dar cumplimiento a esta exigencia no es necesario una aptitud completa del medio para alcanzar el fin, sino que igualmente el requerimiento se entenderá cumplido en los casos en que la medida adoptada acerque o facilite la satisfacción del fin deseado, y no lo será si lo aleja, dificulta o, simplemente, no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma¹⁶⁹. Al respecto afirma GONZÁLEZ-CUELLAR: «Perece evidente que no es exigible a una medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta, pero la dificultad estriba en determinar el grado de eficacia requerido por el principio de idoneidad. La cuestión se complica por el hecho de que, quien está autorizado a perseguir un fin, se encuentra también facultado para tratar de obtener un éxito menor. El problema consiste en trazar la frontera entre las medidas no absolutamente idóneas que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del principio de idoneidad y aquellas que deben excluirse por resultar inidóneas y, por tanto, desproporcionadas»¹⁷⁰.

Consecuencias del principio de idoneidad

De la consagración del principio de idoneidad se pueden derivar las siguientes consecuencias:

En primer lugar, la aplicación del principio de idoneidad rechaza las teorías absolutas

¹⁶⁷ SILVESTRONI, p. 60. Este mismo autor además agrega que el Estado «existe para garantizar la paz monopolizando la violencia y reprobando toda otra salvo casos de delegación expresa (acciones directas permitidas). El planteo abolicionista (la no pena) es en realidad anarquista (el no Estado), y ello pone de manifiesto la incompatibilidad del planteamiento abolicionista con la existencia de un Estado que imponga sanciones pecuniarias o regule métodos privados de resolución de conflictos. No hay Estado sin penas (privadas o públicas) y por ello el abolicionismo debería proponer, para ser consecuente, la desintegración de la organización política a favor de la anarquía». (SILVESTRONI, p. 60).

¹⁶⁸ BERNAL PULIDO, pp. 690 y ss.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR, p. 156 BERNAL PULIDO, pp. 717 y ss.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR, p. 156

de justificación de la pena ¹⁷¹. Como vimos anteriormente ¹⁷², las teorías absolutas de la pena afirman que ésta sólo puede tener un finalidad retributiva y nunca habrá de servir para alcanzar fines ulteriores, opinión que resulta incompatible con la exigencia de idoneidad, puesto que ésta presupone la existencia de un fin que se pretende alcanzar mediante la dictación de una norma que debe ser adecuada al efecto.

En nuestra opinión, el concepto de idoneidad sólo puede desarrollarse plenamente en un esquema preventivo, que mire al Derecho penal como un medio para conseguir fines. Esto se encuentra en absoluta armonía con la tesis que hemos suscrito respecto a la fundamentación del poder punitivo del Estado en su instancia legislativa. Al momento de crear la ley al legislador lo que lo inspira es la prevención general, es decir, disuadir a los miembros de la comunidad de que realicen los actos descritos en el tipo, por considerar que éstos lesionan bienes jurídicos que al Estado le interesa proteger. Es en base a esto que deberá evaluarse la idoneidad o no de una norma, para ver si esta es o no útil para proteger ese bien jurídico.

Una vez hecho el examen de idoneidad, habrá que excluir del Derecho penal toda aquella pena que resulte ineficaz por no servir a la prevención ¹⁷³.

A este respecto, principal mención deben tener todos aquellos casos en que una pena, por ser insuficiente, no permite cumplir con los objetivos de prevención general que se le asignan. Así por ejemplo, cuando a un delito se le atribuye una pena demasiado menor, ésta pierde su carácter intimidatorio y entonces se transforma en «tasa», es decir, será una especie de «costo» que el delincuente deberá pagar por la comisión del ilícito, sin que ella los disuada de realizar el hecho, puesto que el beneficio obtenido con él se considerará superior al mal sufrido con la pena ¹⁷⁴. Del mismo modo, también una pena demasiado excesiva puede no cumplir con las exigencias del principio de idoneidad, y, por tanto, ellas también deben desaparecer del ordenamiento, aunque sea para ser reemplazadas por una más leve.

Finalmente, para ser idónea, no basta con que una pena responda a una correcta técnica legislativa, sino que además ella debe ser realizable en la práctica, a través de las

¹⁷¹ AGUADO, p. 152.

¹⁷² Vid. Capítulo I, 3.2.1.

¹⁷³ AGUADO, p. 153

¹⁷⁴ FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 400. A juicio de Ferrajoli este criterio sólo sería aplicable tratándose de penas pecuniarias «no sólo por su homogeneidad con las tasas, asimismo consistentes en sumas de dinero, sino también por la relativa facilidad de valorar su coste y por consiguiente la eventual insuficiencia en relación con el provecho obtenido con el delito; también porque (...) precisamente las penas pecuniarias salen abiertamente descalificadas de esta comparación. Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad: también una de estas penas breve puede en efecto procurar, aunque sólo sea por su carácter deshonoroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo.» FERRAJOLI, «Derecho y Razón», p. 400.

normas de Derecho procesal y de Derecho penitenciario ¹⁷⁵ .

Momento en que se debe realizar el examen de idoneidad

El análisis de la idoneidad de la intervención legislativa a través del Derecho penal puede llevarse a efecto en dos momentos: *ex-ante*, por el creador de la norma; y *ex-post*, por el Tribunal Constitucional. Dependiendo de cuál opción se escoja, serán distintos los requisitos que se le exigirán al examen de idoneidad para que se entienda cumplido el requisito.

En el caso en que se opte por un control *ex-ante*, el objetivo de éste deberá atenerse a determinar si la norma puede, aparentemente, dar cumplimiento al fin para el cual ha sido dictada, con las limitaciones propias que se derivan de los medios, el tiempo y la información con que haya contado el legislador al momento de adoptar su decisión.

En la otra situación, cuando el Tribunal Constitucional efectúa un control de idoneidad *ex-post*, la evaluación habrá de realizarse atendiendo a criterios más exigentes, por cuanto la idoneidad se examinará con la información a la vista acerca de los resultados empíricos que la aplicación de la norma ha tenido, los cuales habrán de servir de referencia a la hora de determinar si la norma ha sido, o no, idónea para prevenir el delito ¹⁷⁶ .

A nuestro juicio, el criterio más adecuado, que debe primar en este caso, es el primero, esto es, el control de idoneidad se deberá entender satisfecho con el análisis *ex-ante* realizado por el legislador, y sólo habrá de considerarse inidónea cuando desde el comienzo de su formulación éste hubiere podido prever su ineptitud para facilitar la obtención de su finalidad inmediata. ¹⁷⁷ Así, el Tribunal Constitucional sólo podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto en los casos en que la falta de idoneidad sea un hecho evidente, que el legislador debió notar al momento de expedición de la norma. ¹⁷⁸

El principio de necesidad

El segundo subprincipio del principio de proporcionalidad es el llamado principio de necesidad del Derecho penal ¹⁷⁹ , el cual «tiende a la *optimización* del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio lo poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los

¹⁷⁵ AGUADO, p. 154-155

¹⁷⁶ BERNAL PULIDO, p. 729

¹⁷⁷ En el mismo sentido, BERNAL PULIDO, p. 729.

¹⁷⁸ Vid. BERNAL PULIDO, p. 731.

¹⁷⁹ Vid. AGUADO, pp. 159 y ss; BERNAL PULIDO, pp. 734 y ss; GONZALEZ-CUELLAR, pp. 189 y ss.

ciudadanos»¹⁸⁰.

En doctrina existe una opinión mayoritaria en torno a considerar como la principal función del Derecho penal la protección de bienes jurídicos¹⁸¹, de acuerdo con ello, esta disciplina jurídica sólo será necesaria en la medida que sea menester proteger un bien jurídico que pueda ser vulnerado. Sin embargo, no es función del Derecho penal otorgar protección a todos los bienes jurídicos, sino sólo a aquellos de mayor relevancia frente a los atentados más graves, y únicamente en caso que la protección otorgada por otra área del Derecho resulte inadecuada al efecto.

En virtud de lo anterior es posible afirmar que el principio de necesidad se concreta en el ámbito penal a través de dos mecanismos: el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* y el *principio de intervención mínima*.¹⁸²

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Este principio constituye uno de los límites al ius puniendi, en virtud del cual se sostiene que el Derecho penal sólo habrá de intervenir en los casos en que un bien jurídico sea vulnerado o se encuentre en peligro de serlo¹⁸³. Es decir, el Estado únicamente podrá establecer delitos y penas cuando tengan por fundamento la existencia de un bien jurídico que le interesa proteger, y deberá tender a la descriminalización de todo hecho que no envuelva la defensa de un bien jurídico. Así, se afirma que «la intervención del Estado sólo es posible y *necesaria* cuando se trata de la protección de bienes jurídicos»¹⁸⁴.

Ahora bien, la determinación de qué deberá entenderse, en concreto, por bien jurídico, es un tema que en doctrina no es pacífico.

Dependiendo del momento histórico, de las concepciones jurídico-políticas y del grado de desarrollo del Derecho penal se han dado distintas respuestas a esta pregunta, las cuales, muchas de ellas, tienden a ser contradictorias entre sí.

Por un lado, podemos encontrar a la concepción trascendentalista del bien jurídico,

¹⁸⁰ González-Cuellar, p. 189.

¹⁸¹ ROXIN, p. 52; BUSTOS, «*Manual de Derecho Penal*», pp. 44 y ss; MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, pp. 64 y ss; JESCHECK, pp. 7 y ss; MUÑOZ CONDE, «*Introducción...*», pp. 90; MIR PUIG, «*Introducción a las Bases...*», pp. 112 y ss; GARRIDO MONTT, Mario, «*Derecho Penal, Parte General*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, pp. 63 y ss.

¹⁸² Aún cuando la mayoría de la doctrina consultada en el curso de nuestra investigación tiende a incluir dentro del subprincipio de necesidad sólo al principio de intervención mínima, llegando incluso a confundirlos, nosotros hemos preferido seguir el criterio fijado por Teresa Aguado, en cuanto ella también incluye dentro de la necesidad el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, criterio que consideramos adecuado, toda vez que lo que hace necesario al Derecho penal es la función de protección que debe cumplir, desde la cual emana el fundamento mismo de la prevención general. Vid. AGUADO, p. 164.

¹⁸³ AGUADO, p. 160

¹⁸⁴ BUSTOS, «*Manual de Derecho Penal*», p. 45

sostenida por BIRNBAUM, para la cual estos son preexistentes a la norma penal —emanan de la naturaleza de la cosa o de la razón—, van más allá que ésta y le sirven de fundamento. Así, el Derecho y el Estado no los crea sino que sólo puede reconocerlos¹⁸⁵

Por otra parte, BINDING, sostenedor de la concepción inmanentista del bien jurídico, sostiene que éstos subyacen en la norma jurídica, siendo ésta la que los determina y consagra¹⁸⁶. En cuanto creador de las normas será el Estado, en definitiva, quien fijará aquellos aspectos que le interesa proteger y los elevará a la categoría de bien jurídico, para poder hacer efectiva dicha protección. En este sentido, bien jurídico es «todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas»¹⁸⁷.

Otra corriente que trata de explicar el concepto de bien jurídico es la tendencia político-criminal, la cual parte desde un sustrato trascendentalista. Para ésta —desarrollada a partir de las doctrinas de V. LISZT—, los bienes jurídicos son intereses vitales para el individuo, o para la comunidad, que la protección jurídica eleva al carácter de bien jurídico. En este sentido, el bien jurídico es considerado un límite al *ius puniendi*, por cuanto giran en torno al hombre y no al Estado, de ahí que V. LISZT, oponiéndose a BINDING, llegue a afirmar que «los bienes jurídicos no están en la norma, sino que la norma ha de protegerlos, la norma está al servicio de ellos, y de ahí que estén más allá de la norma, y que el derecho penal no sea suficiente para definirlos y explicarlos y haya que recurrir a la política, en forma precisa a la política criminal»¹⁸⁸.¹⁸⁹

En nuestra opinión, y atendiendo a la notoria dispersión de tesis erigidas sobre la materia, creemos que no es posible dar un contenido único y definitivo para la concepción de bien jurídico. Pensamos que éste corresponde a una realidad esencialmente dinámica, y que, por tanto, su fijación estará determinada por el momento histórico, político y social en el cual la cuestión se analice. No obstante, juzgamos que las bases para esclarecer cuales son los bienes jurídicos que el Derecho penal habrá de proteger se deben buscar

¹⁸⁵ BUSTOS, «Manual de Derecho Penal», pp. 45-46; GARRIDO, pp. 64-65.

¹⁸⁶ GARRIDO, p. 65.

¹⁸⁷ Citado por BUSTOS, «Manual de Derecho Penal», p. 47.

¹⁸⁸ BUSTOS, «Manual de Derecho penal», p. 48.

¹⁸⁹ Además de éstas, existen otras múltiples posiciones que intentan dar una respuesta, meridianamente coherente, a aquello que en definitiva son los bienes jurídicos; no obstante, su estudio excedería con mucho los límites y objetivos de este trabajo, toda vez que prácticamente cada autor es en sí mismo una corriente, y no existe una posición lo suficientemente fuerte que concite un apoyo mayoritario o que dé respuesta definitiva a la cuestión de la definición del bien jurídico. Para un estudio sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico y las distintas corrientes, vid. BUSTOS, «Manual de Derecho Penal» pp. 45 y ss, GARRIDO, pp. 63 y ss.

en las necesidades del orden social, en cuanto asumimos que toda noción de bien jurídico, si bien debe partir de la noción de individuo, éste no se debe entender como un ente aislado, sino en cuanto sujeto social que se interrelaciona con otros con miras a la obtención de un bien común. El Derecho sólo existe ahí donde es menester regular las relaciones entre las personas, por ello los bienes jurídicos sólo pueden adquirir importancia en el medio social; así, bien jurídico será todo aquel valor que la sociedad considere como fundamental en un momento histórico determinado, y que el legislador, en cuanto representante del cuerpo social y de la voluntad popular, consagre jurídicamente.

De acuerdo con lo anterior, a nuestro entender modernamente el concepto de bien jurídico es una noción propia de un Estado de Derecho democrático, en cuanto los valores a los que se les da reconocimiento jurídico corresponden a aquellos relevantes para el bienestar del conjunto de la sociedad, pues ésta misma es quien les otorga protección a través de sus órganos máximos de representación.

En los casos en que lo que se busca es simplemente la protección de determinadas ventajas, intereses o privilegios, que sólo favorezcan a un grupo reducido de la sociedad, en perjuicio del resto, no se debería hablar propiamente de un Derecho penal como protector de bienes jurídicos, por cuanto éste sólo se transformaría en un instrumento de opresión en manos de un grupo de privilegiados, lo cual le daría la razón a aquellas posturas abolicionistas que abogan por la desaparición del Derecho penal. La noción de bien jurídico justamente corresponde a una limitación al poder punitivo del Estado, en virtud de la cual éste sólo podrá castigar actos que vulneren o pongan en peligro intereses que son fundamentales para el orden social, que justifiquen el recurso a medidas represivas que permitan restablecer el Derecho trasgredido.

En toda otra circunstancia, que no signifique una protección a bienes jurídicos, el uso del Derecho penal estaría excedido y, por tanto, no cumpliría con las exigencias de necesidad que impone el principio de proporcionalidad.

El principio de intervención mínima

Habiendo puesto de manifiesto que el objetivo central del Derecho Penal se encuentra constituido por la protección de bienes jurídicos, ahora queda por aclarar si todos los bienes jurídicos por el hecho de ser tal, requieren la intervención punitiva del Estado, o si, por el contrario, solo algunos de ellos han menester de dicha intervención, y, de ser así, en que casos.

Al tratar los fundamentos del derecho penal y de la pena, hemos señalado que este solo se justificaba por los fines perseguidos con su establecimiento, por cuanto el Derecho penal constituye de todas las intervenciones realizadas por el poder estatal, la mas grave, y que, por tanto, ella debía reducirse al mínimo necesario. También dijimos que, a nivel legislativo, estos fines del derecho penal eran fundamentalmente de carácter preventivo general, en cuanto lo que busca el legislador es disuadir a los individuos de que nieguen el derecho trasgrediéndolo y violentando así los bienes jurídicos que a la sociedad le interesa preservar, entorpeciendo la paz y la armonía social.

Ahora bien, en base a estos criterios, debemos señalar que de todos los bienes que

constituyen el ordenamiento jurídico, al Derecho penal solo le esta encomendado proteger aquellos más importantes, de sus agresiones más graves y solo en los casos en que no existe otro medio adecuado y lícito para realizar la protección. A esto, es a lo que en doctrina se denomina principio de intervención mínima.¹⁹⁰

Sobre el particular señala MUÑOZ CONDE «El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones mas leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico».¹⁹¹

Por su parte, en la doctrina nacional, GARRIDO agrega: «el derecho penal es un recurso que corresponde usar únicamente cuando se han agotado los demás medios que pueden emplearse para evitar comportamientos socialmente negativos y que afecten gravemente la paz y el orden. Al Estado le corresponde evitar todo abuso en el empleo de este poderoso instrumento, si abusa de él, lo desnaturaliza y transforma en un arma inefectiva, que pierde su calidad de recurso de excepción. Al generalizar su aplicación, el Estado se coloca en la imposibilidad real de hacerlo cumplir; si buena parte de las infracciones legales constituyeran delitos, no habría policía, tribunales ni cárceles suficientes para castigar a todos los responsables».¹⁹²

De lo dicho hasta ahora se derivan dos características principales del Derecho Penal: su carácter subsidiario y su carácter fragmentario.

El carácter subsidiario del Derecho Penal.

La primera consecuencia que deriva del principio de intervención mínima es el carácter secundario o subsidiario del Derecho penal. De acuerdo con esto, la pena solo deberá emplearse en aquellos casos en que el ataque al bien jurídico protegido no pueda sancionarse acudiendo a otros medios contemplados por el ordenamiento jurídico, por resultar estos inadecuados o insuficientes.

Sobre el particular, AGUADO señala que: «El principio de subsidiariedad del Derecho Penal implica que éste tan solo debe ser utilizado únicamente allí donde sea imprescindible para la protección de la sociedad, lo cual significa su utilización, exclusivamente, para la protección de aquellos bienes jurídicos que sean indispensables para la convivencia de los hombres y que no pueden ser protegidos eficazmente por otros medios distintos al Derecho Penal.»¹⁹³

Debido a la lesividad que lleva implícito para los derechos individuales el uso de las

¹⁹⁰ GARRIDO, p. 40, MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», p 107. AGUADO, pp. 214 y ss

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal» p. 107

¹⁹² GARRIDO, p.41

¹⁹³ AGUADO, pp.232-233

normas penales, es menester que, en un Estado de derecho democrático, estas se reduzcan al mínimo posible, y se deben buscar otras vías, alternativas, para proteger los bienes jurídicos. Solo en el caso de que esto no sea posible es lícito al Estado recurrir a la sanción penal, y solo en la medida necesaria para hacer efectiva la protección.

La aplicación práctica de este principio exige la existencia de un presupuesto: que además del penal, existan otros u otros medios, igualmente idóneos, para llevar a cabo la protección. El principio de subsidiariedad solo tiene razón de ser en la medida que los fines que se busca alcanzar por medio de la pena, a su vez, sea factible obtenerlos a través de otros mecanismos, de ahí que se halla afirmado que en este caso estamos frente a un principio comparativo¹⁹⁴, por cuanto frente a distintos medios habrá que confrontarlos para elegir aquel que resulte más idóneo para alcanzar el fin buscado. BERNAL PULIDO llama a éste primer análisis del principio de subsidiariedad «Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos»¹⁹⁵.

Pero no basta con que existan otros medios alternativos y equivalentes para alcanzar el fin buscado, es también menester determinar cual de todos ellos es el menos gravoso o el más benigno con el derecho del afectado.¹⁹⁶

Para que el carácter subsidiario del Derecho tenga plena aplicación práctica es necesario que concurran copulativamente los tres presupuestos antes mencionados: que existan medios alternativos, que estos sean igualmente idóneos, y que entre los medios igualmente idóneos halla alguno que sea menos gravoso que el resto.

Como afirma MIR PUIG: «El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.»¹⁹⁷

Carácter fragmentario del Derecho penal

La segunda consecuencia derivada del principio de intervención mínima es el carácter fragmentario que posee el Derecho penal¹⁹⁸, lo cual se traduce en que éste «no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica»¹⁹⁹.

¹⁹⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR, p. 196; AGUADO, p. 241

¹⁹⁵ BERNAL PULIDO, p. 738

¹⁹⁶ BERNAL PULIDO, p. 742

¹⁹⁷ MIR PUIG, «*Derecho Penal*», p. 89

¹⁹⁸ Para ZAFFARONI es incorrecto decir que el Derecho penal (saber penal) es discontinuo o fragmentario. Lo que es, o puede ser, fragmentario es el ejercicio del poder punitivo, y por ende la legislación que lo habilita. (ZAFFARONI, «*Derecho penal*», p. 97).

Como ya hemos adelantado, el Derecho penal no tiene por función proteger todos los bienes jurídicos existentes, ni tampoco pretende sancionar todas las acciones que agravan a algunos de los que protege. El Derecho penal únicamente debe sancionar los atentados más graves que se produzcan en contra de los bienes jurídicos más importantes²⁰⁰. Así, no deberá actuar en todas las situaciones posibles, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos²⁰¹.

Este carácter fragmentario se manifiesta de 3 formas en las actuales legislaciones penales:

Defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.

Tipificando sólo una parte de lo que en otros ámbitos del ordenamiento se estima como antijurídico.

Dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.²⁰²

El principio de estricta proporcionalidad

Analizados los requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad —idoneidad y necesidad— resta ahora abocarnos al estudio del tercero de los subprincipios: el principio de estricta proporcionalidad²⁰³, de acuerdo al cual la intervención en los derechos fundamentales que importa el Derecho penal debe estar justificada por la importancia de la realización del fin que se persigue mediante la intervención legislativa²⁰⁴; o, dicho de otro modo, para ser legítima, la intervención del Derecho penal debe cumplir con la exigencia de que exista una proporción entre la sanción impuesta y el daño al bien jurídico producido con el delito²⁰⁵.

¹⁹⁹ CURY, p. 56.

²⁰⁰ Sobre el particular JESCHECK señala que el Derecho penal «no contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con la elección del difícil criterio de “merecimiento de pena”» (JESCHECK, p. 57)

²⁰¹ BUSTOS agrega que si el Derecho penal no fuera fragmentario entonces el Estado podría transformarse en un Estado policial, y, además, se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social. (BUSTOS, «Manual de Derecho penal», p. 44

²⁰² MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, pp. 88-89; Aguado, p. 250

²⁰³ Aún cuando en este trabajo nosotros seguimos la doctrina mas moderna respecto al principio de proporcionalidad, entendiendo a esta ponderación que el legislador debe hacer entre delito y pena como parte de un principio mucho más amplio de proporcionalidad que también incluye la necesidad y la idoneidad de la norma penal, en la doctrina tradicional tiende a identificarse la estricta proporcionalidad con el principio general de proporcionalidad, tal y como fuera establecido ya desde los tiempos en que BECCARIA escribió su famoso Tratado, y como fue, posteriormente, reconocido en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, de 22 de agosto de 1795 y en la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, de 1791, en los cuales se consagró expresamente lo que aquí hemos denominado principio de estricta proporcionalidad.

²⁰⁴ BERNAL PULIDO, p. 757

A este respecto señala GONZÁLEZ-CUELLAR: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad».²⁰⁶

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el principio de estricta proporcionalidad se caracteriza porque él implica un juicio valorativo y ponderativo que debe realizar el legislador con el objeto de determinar la relación que existe entre el bien jurídico de interés social que se pretende proteger y los costos que podrán derivarse de ello para los derechos de los individuos. Una vez vistos los resultados que se arrojan del estudio comparativo entre delito y pena, el legislador sólo podrá imponer una norma si la ecuación costo-beneficio arroja un saldo positivo a favor de la segunda, esto es, los beneficios que se obtendrán del establecimiento de la norma serán valorativamente mayores que los sacrificios que su imposición implica, tanto para los sujetos como para el conjunto de la sociedad.

En Europa, que es donde el principio en comento más atención ha recibido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de proporcionalidad en sentido estricto no es sólo un principio de razonabilidad de las restricciones, sino que además tiene una función crítica axiológica de balance entre derechos e intereses en oposición dialéctica²⁰⁷. Del mismo modo, en jurisprudencia reiterada este organismo ha precisado que sólo son necesarias en una sociedad democrática las restricciones que llevan al logro del objetivo perseguido con la limitación, proporcionales con éste y que respondan a una necesidad social imperiosa.²⁰⁸ Por su parte, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que «la exigencia de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal y ha de atender en primer término a la gravedad de la infracción cometida, esto es a contenido del injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor»²⁰⁹.

²⁰⁵ AGUADO, p. 275-276.

²⁰⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR, p. 225

²⁰⁷ GARCÍA, Luis M., «*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. ¿Cuestión de Derecho Internacional o Cuestión de Derecho Doméstico?*», en «**Los derechos humanos en el proceso penal: función en el derecho interno, detención, prisión preventiva, recurso contra la sentencia de condena**», varios autores, edición a cargo de Luis M. García, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 159.

²⁰⁸ MERA FIGUEROA, Jorge, «*Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998, p. 95.

Respecto a quien compete la titularidad para llevar a cabo el juicio de estricta proporcionalidad, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que esta corresponde al legislador; aún cuando ello no impide que la proporcionalidad también haya de ser tenida en cuenta por el juez de la causa en el proceso de individualización de la pena.²¹⁰ Ahora bien, pese a que la doctrina reconoce como válida esta opinión, también ha señalado que las formas en que ha de ejercerse el control de proporcionalidad es distinta según lo haga el juez o el legislador, y en base a ello es que habla de proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta.

Proporcionalidad abstracta

El respeto de la proporcionalidad abstracta, entendida como la proporción que debe existir entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la que éste se conmina, es una exigencia que está dirigida al legislador.

Si bien al Estado se le reconoce la facultad de determinar cuáles habrán de ser los hechos que, por afectar bienes jurídicos de suma trascendencia social, deben ser penalizados y castigados, ello no lo puede realizar de forma absolutamente discrecional, sino que lo debe hacer respetando determinados principios, sustanciales y materiales, que, en las sociedades como la nuestra, se identifican con aquellos propios de un Estado de Derecho democrático y social, de los cuales uno de los fundamentales es el principio de estricta proporcionalidad, así como también el de legalidad. Ahora bien, como más arriba señalamos, las Constituciones modernas han obviado, en la mayoría de los casos, el hacer una consagración expresa de este principio, no sólo en cuanto establecerlo explícitamente, sino también en cuanto a fijar cuáles son los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos y a que debe sujetarse el legislador en su función. Debido a esto, la determinación práctica de lo que es la proporcionalidad y sus exigencias es una labor que le ha tocado ir elucidando a la doctrina y la jurisprudencia; así, se ha afirmado que para analizar si una determinada medida cumple o no con los requisitos propios del principio de proporcionalidad, el legislador deberá seguir la siguiente estructura argumentativa:

Determinar la importancia de la intervención en el Derecho fundamental y la importancia del fin perseguido con la intervención legislativa.

Comparar la relación costo-beneficio que existe entre la intervención en el derecho fundamental y el fin perseguido con ésta, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es efectivamente mayor que el costo que su implementación traerá para el Derecho fundamental.

Finalmente, el legislador deberá construir una relación de precedencia condicionada entre el Derecho fundamental y el fin legislativo, de acuerdo con los resultados del análisis realizado anteriormente.²¹¹

²⁰⁹ RUIZ VADILLO, Enrique, «*Estudios de Derecho Procesal Penal*», Editorial Comares, Granada, España, 1995, p. 154

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ BERNAL-PULIDO, p. 759

Proporcionalidad concreta

El principio de estricta proporcionalidad no sólo tiene aplicación en el momento legislativo, sino también en el proceso de individualización de la pena, es decir, en el momento judicial, en que el juez habrá de concretizar la punibilidad del hecho y la pena que le es aplicable. En este caso, será labor del tribunal velar porque la pena sea proporcionada al ilícito cometido.

Ahora bien, no en toda situación el juez se encuentra facultado para hacer este control de proporcionalidad, toda vez que en su función, como ya vimos, también se encuentra limitado por el principio de legalidad, en virtud del cual a los delitos sólo les es aplicable aquellas penas que se encuentran expresamente determinadas por la ley, y el tribunal deberá valerse de estas, aún cuando ello le pueda resultar odioso, si no existe ninguna causal legal que le permita aumentarla o disminuirla. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España, quien ha afirmado que «la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización de la pena se plantea en aquellos caso en los que la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad».²¹² Es decir, si la pena aplicable se encuentra dentro del rango fijado por la ley, deberá hacer uso de ésta, y sólo tendrá las opciones de movimiento que la misma graduación legal de la pena admita.

²¹² AGUADO, p. 315

Los principios de derecho penal en la constitución chilena

Antecedentes históricos

En la historia constitucional de Chile, prácticamente desde sus orígenes, han existido importantes consagraciones de los principios de Derecho penal que venimos tratando.

Ya en el Capítulo IX de la Constitución de 1833, denominado: «De las Garantías de la Seguridad y Propiedad», se establecieron varios principios penales, cuyo objeto era limitar la facultad punitiva del Estado. Así, en el artículo 133 de este cuerpo normativo, se consagra el que se considera el principal principio propio de un Estado de Derecho: el principio de legalidad. Dicha disposición establecía que «Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio»²¹³.

Como podemos observar, en el transcrito artículo quedan establecidos claramente dos principios penales sustantivos: *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* y *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; y uno adjetivo: *nulla culpa, nulla poena sine indicio*.

²¹³ República de Chile, Constitución Política de 1833, art. 133

Complementaba esta exigencia de legalidad penal el artículo 134 de la Constitución, en el cual se establecían otros dos principios de Derecho penal adjetivo: el de legalidad e irretroactividad del tribunal. Esta disposición señalaba que: «Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley, y que se halle establecido con anterioridad por esta».²¹⁴

Finalmente, en el artículo 145 se establecían otros dos principios: el de proporcionalidad y el de personalidad de la responsabilidad criminal, en cuanto este precepto disponía que: «No podrá aplicarse tormento, ni imponerse en caso alguno la pena de confiscación de bienes. Ninguna pena infamante pasará jamás de la persona del condenado.»

Aún cuando la Constitución de 1833 durante sus casi 100 años de vigencia sufrió variadas modificaciones, los acápites destinados a los principios penales se mantuvieron inalterados, y tal vez la única reforma digna de mencionarse a este respecto fue la hecha al artículo 36 n° 6, en el cual se le otorga privativamente al Congreso la facultad de restringir temporalmente la libertad personal y la libertad de imprenta, y para suspender el ejercicio de la libertad de reunión en los casos en que ello fuera necesario por razones de defensa del Estado, conservación del régimen constitucional o de paz interior. La norma además agregaba que en caso de que estas leyes temporales y excepcionales señalaran penas su aplicación siempre habría de hacerse por los tribunales establecidos.

Además, durante la vigencia de la Constitución de 1833 se dictaron importantes cuerpos legales en el orden penal, que sin duda se inspiraron en las disposiciones de la carta Fundamental: la ley de efecto retroactivo de las leyes de 1861, el Código penal de 1875, la ley de garantías individuales de 1884 y las leyes reguladoras de la aplicación de la pena de azotes.²¹⁵

En 1925, luego de un breve período de anarquía, durante el cual el país fue azotado por fuertes convulsiones sociales, en que sucedieron cuatro gobiernos en menos de siete meses, una Comisión de Estudio, convocada por el entonces Presidente «de facto» Arturo Alessandri Palma, se dio a la tarea de elaborar un nuevo texto constitucional, el cual fue aprobado mediante plebiscito y promulgado como nueva Constitución Política de la República el 18 de septiembre de 1925.

En lo que se refiere a los principios penales, la nueva Carta Constitucional mantuvo casi inalterado lo ya dispuesto por la Constitución de 1833. así, en el capítulo VIII, denominado «Garantías Constitucionales», se recogieron estos, respetando en lo fundamental hasta la letra de lo ya dicho por el legislador de 1833.

En el artículo 11 de la Constitución nuevamente se consagró el principio de legalidad del juzgamiento, legalidad de los delitos y de las penas y la retroactividad, al disponer esta disposición que: «Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio».

²¹⁴ República de Chile, Constitución Política de 1833, art. 134

²¹⁵ DIAZ LISBOA, Marcelo Esteban, «Los Principios Rectores del Derecho penal en la Historia Constitucional de Chile», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1992. Profesor guía, Luís Rodríguez Collao, p. 76.

Por su parte, el principio de proporcionalidad también quedó contemplada en el nuevo texto constitucional, en el inciso 2º del artículo 18, en el que se prohibía la aplicación de tormento o la imposición de la pena de confiscación de bienes, ello sin perjuicio del comiso en los casos en que la ley expresamente lo permitía.²¹⁶

Finalmente, este texto constitucional, al igual que el del '33, también consagró dos importantes principios de Derecho penal adjetivo: el principio de legalidad e irretroactividad del tribunal, los cuales se encontraban contemplados en el artículo 12, que disponía que «Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halla establecido con anterioridad por ésta».

La Constitución de 1925 tuvo una vida efectiva mucho menor que su predecesora del '33. En 1973, luego de un periodo de fuertes convulsiones internas, se produjo un quiebre institucional que llevo al derrocamiento del Presidente democráticamente electo, asumiendo el control del país una Junta Militar de Gobierno. Este hecho le dio el golpe de gracia a la Constitución de 1925, toda vez que sus disposiciones entraron en un período de suspensión del cual no saldría.

Recién en 1980 habría de ver la luz un nuevo texto constitucional, el cual, con algunas modificaciones, es el que nos rige hasta hoy en día. En esta nueva Carta Fundamental, se recogieron la mayoría de los principios que habían sido consagrados precedentemente, los cuales informan todo nuestro sistema penal actual y se encuentran contenidos principalmente en el artículo 19 de la Constitución.

El Principio de Legalidad en la legislación chilena

El principio de legalidad se encuentra expresamente consagrado en el texto constitucional de 1980, con las cuatro expresiones que éste tiene.

Nullum crimen nulla poena sine lege stricta

En nuestro país, como en la mayoría de los Estados democráticos del mundo, se encuentra expresamente consagrada la prohibición del uso de la analogía, tanto a nivel constitucional como legal. Así, en el artículo 19 n° 3 inciso 8º de la Constitución de 1980, se establece que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración», disposición que es, en esta parte, idéntica a la contenida por el artículo 18 del Código Penal.

En Chile, la existencia de una ley que describa expresamente el hecho como punible es un requisito imprescindible para poder castigar una determinada conducta, siendo labor del juez sólo efectuar la interpretación que sea necesaria para determinar si los elementos de hecho que se le presentan se ajustan o no a lo dispuesto por la norma. Para hacer esto, podrá valerse de todos los medios interpretativos que la ley pone a su

²¹⁶ República de Chile, Constitución Política de 1925, art. 18

alcance, incluidos el espíritu general de la legislación y la equidad natural, tal y como dispone el artículo 24 del Código Civil, pero ello sólo para esclarecer el sentido y alcance de la ley, no para establecer nuevos delitos o para agravar los ya existentes. Si el juez, luego de interpretar la ley, llega a la conclusión de que el hecho de que conoce no se ajusta a lo dispuesto por la norma penal que se invoca, deberá entonces absolver sin más trámite, aún cuando según su parecer el inculpado debiere ser juzgado y castigado.

Lo que si está permitido por nuestra ley es el uso de la interpretación analógica, la cual está expresamente consagrada en determinados casos, en los cuales se realizan enumeraciones genéricas de conductas, hechos, circunstancias, etc., y luego se prescribe que el precepto también es aplicable a otros casos «similares» o «análogos», como ocurre en los artículos: 203, 227 n° 3, 440 n° 2 y 442 del Código Penal.²¹⁷

Respecto de la aplicación de la analogía *in bonam partem*, como señalamos *supra*, no hay norma legal expresa que resuelva el caso, y la doctrina se encuentra dividida, pronunciándose a favor de su uso CURY²¹⁸ y le niegan toda validez, ETCHEBERRY²¹⁹ y LABATUT²²⁰. Por su parte la jurisprudencia nunca la habría aceptado.

Aparte de los argumentos ya antes expuestos, también se invocan fundamentos históricos para llegar a la conclusión de que la analogía está absolutamente prohibida en el Derecho Penal chileno, aún cuando favorezca al inculpado, por cuanto el Código Español de 1848, que sirvió de modelo al nuestro, establecía en forma expresa la posibilidad de analogía en materia de atenuantes en su artículo 9 n° 8, precepto que fue eliminado por nuestra Comisión Redactora.²²¹

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

En el Derecho nacional, en general, la costumbre tiene un escaso valor²²², y en Derecho penal, en particular, no posee ninguno como fuente inmediata.²²³

En virtud del principio de reserva, la ley es la única fuente del Derecho penal dentro

²¹⁷ Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, «Curso de Derecho Penal Chileno», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985, pp. 154-155.

²¹⁸ CURY URZÚA, Enrique, «Derecho Penal. Parte General», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1992, pp. 181 y ss.

²¹⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, «Derecho Penal», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998, pp. 113-114.

²²⁰ LABATUT, Gustavo, «Derecho Penal», Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1958, p. 86.

²²¹ Cfr. NOVOA MONREAL, Ob. Cit., p. 154; y ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 114. En contra de este argumento CURY, Ob. Cit., p. 182.

²²² En Chile, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil, la costumbre sólo tendrá valor cuando una ley se remita a expresamente a ella.

²²³ Cfr. NOVOA, Ob. Cit., p. 121; ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 87.

de nuestra legislación, cuestión que se deriva del artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República, disposición que se complementa con lo señalado por los artículos 1, 18 y 80 del Código Penal.

En virtud de la norma constitucional, se dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que **señale una ley** promulgada con anterioridad a su perpetración, texto que es reiterado por el artículo 18 del Código. Además el artículo 1° señala que es delito «toda acción u omisión **penada por la ley**» y el 80 agrega que «tampoco puede ser ejecutada pena alguna **en otra forma que la prescrita por la ley**».

Como la Constitución no define aquello que debe entenderse por ley, es menester entonces recurrir a lo prescrito al respecto por el artículo 1 del Código Civil, y por los artículos 62 a 72 de la Constitución, los cuales establecen los requisitos que debe tener una ley para ser válida en nuestro país.

Entonces, los delitos y sus respectivas penas sólo podrán ser aplicados en Chile una vez que sean establecidos por una ley que cumpla todos los trámites constitucionales, y de acuerdo a lo señalado por la Constitución, en este caso nos referimos a ley como norma escrita, excluyéndose entonces la costumbre, que en esencia no posee este carácter.

Finalmente, en lo que dice relación a la creación de nuevas causales eximentes de responsabilidad, como causas de inimputabilidad, de inculpabilidad o excusas legales absolutorias, ellas tampoco pueden ser creadas por costumbre, sino que requieren necesariamente una ley que las establezca. Como dice Novoa: «Dichas eximentes no son sino aspectos negativos de los diferentes requisitos que integran la responsabilidad penal y están adheridos a éstos como el reverso de una medalla a su anverso; de modo que, siendo función exclusiva de la ley penal determinar lo que origina responsabilidad de orden criminal, habría imposibilidad lógica de hacer una escisión respecto de lo que excluye o aparta esa responsabilidad, función que igualmente queda entregada con exclusividad a la ley penal por hallarse íntimamente vinculada a aquella».²²⁴

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia

Toda la legislación positiva de nuestro país se encuentra inspirada por el principio de irretroactividad de las leyes, cuestión que se desprende de lo dispuesto por el artículo 9 del Código Civil, el cual establece que las leyes habrán de regir sólo para el futuro y no tendrán jamás efecto retroactivo.

En materia penal este principio ha sido elevado a rango constitucional, así en el artículo 19, n° 3 inciso 7°, de la Constitución se dispone que: «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». Esto es reiterado luego por el Código penal, en el artículo 18.

²²⁴ NOVOA, Ob. Cit., p. 123. Este autor sin embargo reconoce que hay un caso en que la costumbre podría constituir fuente de una eximente, cuando se trate de establecer una nueva causa de justificación (aquellas que eliminan el carácter antijurídico del hecho), pero sólo en los casos restringidos en que la ley se remite a ella.

Ahora bien, como vimos *supra*, la irretroactividad es absoluta en materia penal cuando ella es *in malam partem*, sin embargo no ocurre lo mismo cuando la nueva ley es más benigna para el inculpado, situación que así ha sido reconocida por el Código en el artículo 18, en el cual se establece que «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.

»Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

De acuerdo a lo anterior, tres son los requisitos que se deben cumplir para que tenga aplicación en Chile la aplicación de la ley más benigna:

Que se promulgue con posterioridad a acaecido el hecho una nueva ley, la cual puede ser propiamente penal o de otro tipo, siempre y cuando integre la norma a que se refiere el hecho que se juzga.²²⁵

Que la nueva ley tenga disposiciones que son más benignas para el inculpado, sea haciendo desaparecer el delito o aplicando una ley menos rigurosa.²²⁶

Que el hecho se haya cometido durante la vigencia de la antigua ley²²⁷.

Creemos necesario destacar que, de acuerdo al tenor del artículo 18, no es facultativo para el juez aplicar la ley más benigna, sino que es imperativo hacerlo.

Ahora, bien, en cuanto a la determinación de cual de las disposiciones es más favorable al inculpado, es ésta una cuestión de hecho que deberán determinar los tribunales en cada caso concreto, pues son ellos los únicos llamados a interpretar y aplicar la ley penal, con lo cual se rechaza la tesis de que sea el inculpado quien pueda «escoger» entre una ley y otra.²²⁸

En lo que respecta a la extensión temporal de los efectos de esta excepción a la irretroactividad, la norma original del Código disponía que sólo se aplicarían los beneficios de la ley penal más favorable en los casos en que el proceso aún estuviera pendiente, sin embargo, mediante la reforma introducida por la ley 17.727, de 1972, se extendió el beneficio también a los casos en que la sentencia ya se encuentra ejecutoriada. Sobre el particular, ETCHEBERRY ha llamado la atención de la extrema amplitud que adquiere en este caso el principio, por cuanto, al ser obligatorio para los

²²⁵ Cfr. ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 143. Este autor da como la situación de que se dicte una ley civil en la cual se rebajara el límite de mayor edad, que integra el delito de corrupción de menores, caso en el cual se beneficiaría retroactivamente a aquellos que corrompieron a personas que bajo la antigua ley eran considerados menores, pero que no lo son de acuerdo a la nueva.

²²⁶ Cfr. ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 144.

²²⁷ Cfr. ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 145.

jueces aplicar de oficio o a petición de parte la ley más benigna, podría darse el caso de que éstos tuvieran que estar constantemente revisando fallos antiguos, cada vez que se dictara una ley nueva más benigna, es por ello que dicho autor plantea que «será preciso interpretar la modificación legal en el sentido de limitarla al menos a aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada está produciendo algún efecto, y no a aquellos...en que la modificación del fallo no producirá ningún efecto práctico»²²⁹. Nosotros nos sentimos plenamente de acuerdo con esta postura, dado que de primar un criterio distinto, se podría llegar a producir una sobrecarga de trabajo en los tribunales imposible de manejar.

Finalmente, en lo que dice relación con el efecto que sobre el principio tienen en nuestro país las leyes intermedias, debemos señalar que en virtud de la redacción del artículo 18 se debe concluir que ellas, en cuanto sean más favorables al inculpado, tendrán plena aplicación y no podrá variarse el beneficio obtenido en caso de que una ley nueva sea más rigurosa. Ello se deriva de que la mentada disposición sólo exige que haya sido *promulgada* una ley más favorable, sin exigir que esté en vigencia.²³⁰

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa

Como ocurre con los otros aspectos del principio de legalidad hasta ahora tratados, la exigencia de una *lex certa* para establecer las conductas ilícitas y sus penas también posee consagración constitucional en nuestro país²³¹. Así el artículo 19 n° 3, inciso 8°, de la Constitución establece que «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». Esto es lo que se ha conocido entre nosotros como principio de la tipicidad.²³²

²²⁸ Vid. ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 144; CURY, Ob. Cit., p. 210; COUSIÑO, Ob. Cit., pp. 128-129; NOVOA, Ob. Cit., p. 201. En cuanto a la forma en que los tribunales deberán actuar para determinar esta ley más benigna, NOVOA señala que no sólo deben compararse «las penas previstas en las dos leyes en juego, sino que debe apreciarse su contenido total en sus consecuencias penal: por ello han de tomarse en consideración, aparte de la sanción, el precepto mismo y todos los elementos que determinan y regulan la responsabilidad penal, esto es, elementos constitutivos de la figura delictiva, requisitos calificativos, circunstancias atenuantes o agravantes, hechos extensivos de la responsabilidad, reglas sobre regulación de las penas, disposiciones sobre extinción de responsabilidad penal, etc., porque de ellos puede también resultar favorecido el reo en orden a la sanción» (NOVOA, Ob. Cit., p. 200). Respecto de lo mismo acota COUSIÑO que «Debe atenderse primordialmente a la naturaleza intrínseca de la pena, antes que a su *quantum*, pues es evidente que hay penas que, no obstante su mayor duración, resultan menos odiosas y afflictivas que otras más cortas, como sería el caso de las privativas de derechos frente a las privativas de libertad. Sin embargo, este criterio no es absoluto y, en caso de grandes desproporciones, es posible llegar a soluciones distintas, como v. gr., la de estimar más benigna una prisión de sesenta días –a pesar de ser privativa de libertad– que la de relegación perpetua o por un largo tiempo.» (COUSIÑO, Ob. Cit., pp. 129-130)

²²⁹ ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 146.

²³⁰ Vid. CURY, Ob. Cit., p. 213; Etcheberry, Ob. Cit., p. 148; y Novoa, Ob. Cit., p. 206.

²³¹ Es esta una inclusión nueva hecha a la Carta Fundamental, por cuanto ella no era contemplada por la Constitución de 1925. Aún cuando la doctrina, luego de un proceso interpretativo, llegaba unánimemente a la conclusión de que la tipicidad era una exigencia que se encontraba también, aunque fuera tácitamente, presente en la Constitución. Vid., Etcheberry, Ob. Cit. pp. 69 y 76.

En caso de que el legislador no cumpliera con esta exigencia, y estableciera leyes indeterminadas, podría recurrirse de ello ante el Tribunal Constitucional.

El principio de proporcionalidad en la legislación chilena

Como ocurre con la mayoría de las modernas Constituciones, nuestra Carta Fundamental no posee una consagración expresa del principio de proporcionalidad, y tampoco contamos, como en España, con una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la materia; no obstante creemos que puede afirmarse, sin temor a error, que éste si se encuentra contemplado en nuestra normativa constitucional, según puede derivarse del juego de distintas disposiciones y principios que ésta consagra.

En primer lugar, como ya tuvimos oportunidad de precisar, el principio de proporcionalidad se erige como un límite al poder punitivo del Estado, que como tal adquiere relevancia a partir del concepto de Estado de Derecho democrático, siendo inherente e inseparable de él. En nuestra Constitución, de varias disposiciones se colige que Chile es un Estado de Derecho y además un Estado democrático.

Entre otras, se pueden mencionar las siguientes disposiciones como consagradoras del Estado de Derecho democrático en nuestro país:

En el artículo 6° de la constitución se establece expresamente la característica principal de todo Estado de Derecho, en cuanto la actuación de los órganos del Estado y la de los individuos y grupos debe sujetarse a los dispuesto por la Carta Fundamental y por las leyes dictadas conforme a ésta.

En el artículo 4° de la Constitución se afirma explícitamente que Chile es una República democrática.

Complementando lo dicho en el artículo 4°, en el artículo 5° se desarrollan las características del Estado democrático, en cuanto establece que «La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio»²³³.

Además, el principio de proporcionalidad también puede considerarse consagrado, al menos implícitamente, en nuestra Constitución, a raíz de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, en cuanto el derecho de toda persona a que no se apliquen a su respecto penas que no se encuentren proporcionadas al hecho cometido es considerado un Derecho esencial que emana de la naturaleza humana, y en cuanto tal se encuentra entre los límites al ejercicio de la soberanía que ejerce el Estado.

²³² Etcheberry, Ob. Cit., pp. 69 y 76-77.

²³³ Constitución Política de Chile, artículo 5°, inciso 1°.

Asimismo, el artículo 19 N° 3, incisos 7 y 8, que consagran el principio de legalidad, exigen que la norma penal señale precisamente las penas que se establecen para el acto ilícito, sin considerar para ello la persona del delincuente y su situación personal, de lo cual se sigue necesariamente la exigencia perentoria de la **proporcionalidad** entre la conducta delictiva y la pena asignada por la ley.

Finalmente, el principio de proporcionalidad también se encuentra contemplado en algunos de los instrumentos internacionales sobre Derecho Humanos que ha suscrito nuestro país, y por tanto, de acuerdo a lo dispuesto por la parte final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, este se entiende incorporado en nuestra legislación por remisión a dichos instrumentos²³⁴.

Reafirma nuestra opinión, en cuanto a que en Chile se encuentra plenamente vigente el principio en comento, el hecho de que la jurisprudencia judicial en varios fallos se ha referido a él, aún cuando, en ninguno de ellos, haya desarrollado mayormente el concepto de la proporcionalidad, ni su fundamento legal y constitucional.²³⁵

Puntos conflictivos entre nuestra legislación positiva y el principio de proporcionalidad

No obstante su consagración constitucional, en nuestro ordenamiento es posible encontrar múltiples ejemplos de situaciones en que el principio en cuestión se ve violentado. A continuación nos encargaremos del estudio de algunos de ellos.

Desproporción entre la reacción penal y el bien jurídico protegido

La más clara trasgresión al principio de proporcionalidad es posible encontrarla en la reacción penal que se impone frente a los distintos actos delictivos, encontrándonos, particularmente si comparamos las penas establecidas en los Títulos VIII y IX del Código Penal, con casos en que, por ejemplo, los atentados en contra del bien jurídico propiedad tienen asignada una pena igual o mayor que crímenes que atentan en contra del bien jurídico vida o integridad de las personas, lo que, a todas, luces constituye una desproporción.

A continuación nos avocaremos particularmente al estudio y comparación entre estos

²³⁴ En particular Jorge Mera sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra contemplado implícitamente en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes del artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cuestión que ha sido ratificada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en una sentencia de 22 de marzo de 2002. (Mera, p. 96)

²³⁵ Sobre el particular, vid. Corte de Apelaciones de San Miguel, Salinas Abarzúa, Fred y otro, Recurso de Apelación, 22 de marzo del 2002; Corte de Apelaciones de San Miguel, Gonzalez, Manuel Jesús y otro, Recurso de Apelación, 8 de agosto de 2002; Corte de Apelaciones de San Miguel, Bravo Gonzáles, Cristian y otro, Recurso de Apelación, 30 de mayo de 2000; Corte de Apelaciones de San Miguel, Torres Álvarez, Ruth, Recurso de Apelación, 6 de noviembre de 1998; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, contra Villegas Mancilla, José Manuel, Recurso de Casación en la Forma, 11 de noviembre de 1997; Corte Suprema, contra Delgado Candía, Manuel, Recurso de Casación en la Forma, 2 de abril de 1996.

dos títulos del Código penal, realizando un análisis dosimétrico de ellos, para poner de manifiesto las incongruencias que pueden tener las penas por ellos contempladas con el principio en comento.

Situación del Título VIII del Código Penal: De los crímenes y simples delitos contra las personas

Como Primera medida tomaremos el catalogo punitivo que nos presenta el Título VIII y lo sistematizamos por delitos individuales, para luego reordenar los tipos penales en orden descendente respecto de su penalidad, trabajo el cual se consigna en la Tabla nº 1, que es fundamental para la realización de las observaciones que a continuación se plantean.

Tabla 1: Delitos contemplados por el Título VIII del Código Penal y su respectiva pena.

Delito	Artículo	Pena	Extensión
Parricidio	390	Presidio Mayor en su grado Máximo a Presidio Perpetuo Calificado	Desde 15 años y un día hasta cuarenta años
Homicidio Calificado	391	Presidio Mayor en su Grado Medio a Presidio Perpetuo	Desde 10 años y un día hasta cuarenta años
Castración Calificada	400	Presidio Mayor en su Grado Maximo	Desde 15 años y un día hasta 20 años
Mutilación de un Miembro Importante Calificada	400	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un día hasta 15 años
Lesion Graves Gravisimas Calificadas	400	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un día hasta 15 años
Homicidio	391	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Infanticidio	394	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Castración	395	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Lesión Grave Gravísima	397	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Homicidio en Duelo	406	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Envío de Carta o Encomienda Explosiva	403 bis	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Homicidio	407	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Mutilación de un Miembro Importante	396	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Homicidio en Riña, si solo consta quien causó Lesiones Graves	392	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Mutilación de miembro de Menor Importancia Calificada	400	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesion Graves Calificadas	400	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Apadrinar un Duelo Calificado	408	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien lesionó menos gravemente	402	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesión Grave Gravisima en	406	Presidio Menor en su	Desde 3 años y un día

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Duelo		Grado Maximo	hasta 5 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Lesión Grave Gravisima	407	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Homicidio en Riña, si solo consta quien ejerció violencia	392	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesión Grave	397	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Menos Grave Calificada	400	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien utilizó armas	402	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Calumnia Calificada que Importe Crimen	413	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Menos Grave a Autoridad Publica o Dignidad	401	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 días hasta 3 años
Mutilación de un Miembro de Menor Importancia	396	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 días hasta 3 años
Lesion Grave en Duelo	406	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Lesion Grave	407	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Injuria Grave Calificada	418	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 3 años
Lesión Menos Grave	399	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 días hasta 540 dias
Lesion Grave en Riña, si solo consta quien lesionó menos gravemente	402	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Provocación a Duelo	404	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Desacreditar Públicamente a quien Rechaza Duelo	405	Presidio menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Participación en Duelo	406	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias

Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo	407	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Apadrinar un Duelo	408	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia Calificada que Importe Simple Delito	413	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia que importe Crimen	414	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 15 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia que Importe Simple Delito	414	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 6 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Injuria Grave	418	Presidio Menor en su Grado Minimo y multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Injuria Leve Calificada	419	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 6 a 19 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien utilizó armas	402	Prisión en su Grado Maximo	Desde 41 dias hasta 60 dias
Lesión Menos Grave en Riña, si solo consta quien utilizó armas	403	Prision en su Grado Maximo	Desde 41 dias hasta 60 dias

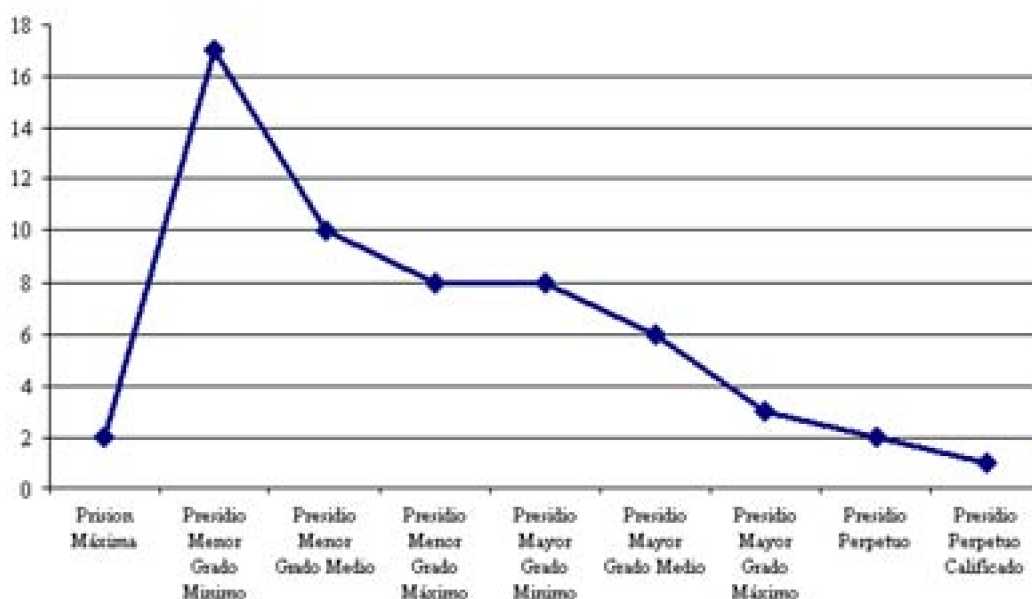
En términos generales, podemos decir que el bien jurídico protegido en este conjunto de delitos es, como se puede extraer del propio nombre asignado al Título, las personas en cuanto a sus atributos esenciales. Es así como en esta sección encontramos los delitos contra la vida, contra la integridad corporal, la salud y el honor, siendo estos respectivamente los bienes jurídicos protegidos en los distintos tipos que componen esta parte del catalogo.

Del análisis dosimétrico propiamente tal obtuvimos un total de cuarenta y cuatro (44) ilícitos analizados, de los cuales un 45.5% corresponde a crímenes (20) y un 54,5% (24) corresponden a simples delitos. Desde el punto de vista de su penalidad, tenemos que éstas, en orden ascendente, van desde prisión en su grado máximo (41 a 60 días) , para los casos de lesiones graves en riña, donde solo constare quien utilizó armas capaces de causarlas, y lesiones menos graves en riña, cuando solo consta quien utilizó armas capaces de producirlas, hasta presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (15 años y un día a 40 años), para el caso de parricidio, con lo cual podemos establecer que la escala gradual para este Título se mueve entre la prisión en grado máximo hasta presidio perpetuo calificado (41 días a 40 años).

Por otro lado las penas simples representan un 75% (33), mientras que las

compuestas alcanzan un 25% (11). Finalmente, la dosimetría de las penas se da de la manera siguiente: un 3,05 % del total de la penalidad asignada por los distintos tipos ²³⁶, lo esta a la prisión en su grado máximo (2), un 29,9% lo está al presidio menor en su grado mínimo (17), un 17,54 % al presidio menor en su grado medio (10), un 14, 03% al presidio menor en su grado máximo (8), un 14, 03 % al presidio mayor en su grado mínimo (8), un 10,52% al presidio mayor en su grado medio (6), un 5,26% al presidio mayor en su grado máximo (3), un 3,05% al presidio perpetuo (2) y un 1,75% al presidio perpetuo calificado (1).

El siguiente gráfico nos ilustra la curva de penalidad de los Crímenes y Simple Delitos contra las Personas:



Lo primero de que nos percatamos luego de la reorganización realizada, es que los delitos que encabezan el catalogo tradicional se mantienen incólumes luego de ser el catalogo intervenido, lo cual obedece a que se trata de los delitos más graves de todo el titulo, parricidio y homicidio calificado, cuyo bien jurídico protegido, es la esencia misma del ser humano, la vida, agregando en ambos casos ciertos elementos que les hacen especialmente dañosos para la convivencia en comunidad y que son atentatorios contra los valores sociales más esenciales de la convivencia humana. En el primer caso nos encontramos con un delito con un bien jurídico protegido pluriofensivo, pues también protege el valor que tiene la familia como núcleo central de la sociedad, en la forma que lo determina el constituyente, estableciendo como el mayor disvalor de todo el Titulo atentar contra la vida de uno de los integrantes del propio núcleo familiar, tanto es así, que con anterioridad a la reforma hecha por la ley 19.734 del 2001, el código penal asignaba a este delito la pena de muerte como pena única, es decir, debía aplicarse en todo caso en que no apareciesen atenuantes. Respecto del homicidio calificado, su alta

²³⁶ Para los efectos del presente análisis, y de los futuros que se hagan en el mismo sentido, se han tomado todos los tipos analizados y la totalidad de su penalidad asignada, siendo los delitos con penas compuestas, tributarios en todos y cada uno de los grados que abarque su penalidad

penalidad se relaciona directamente con los medios de ejecución, y responde a la extrema crueldad o perversidad que estos revelan en el autor, generando con ello que sea considerado como uno de los mayores disvalores del Título.

La relación entre crímenes y simples delitos existente refleja una cierta tendencia a la paridad, estando los crímenes directamente relacionados con los bienes jurídicos vida y los casos mas graves de atentados contra integridad física, salvo los tres casos en que dentro de estos encontramos modalidades de duelo, los cuales igualmente, a través de esa figura típica se relacionan con los bienes jurídicos mencionados, mientras que los simples delitos se relacionan con las formas menos permanentes de daño a la integridad física y el honor como bien jurídico protegido.

Respecto de la penalidad, como pudimos ya observar en el grafico, se condice esta con la paridad antes mencionada respecto de la gravedad de los ilícitos, observándose una curva más menos constante que desciende en número considerablemente a medida que aumenta la penalidad.

Otro elemento digno de atención dentro de esta sección del Código penal es el establecimiento de la figura del duelo como una especie de justificante, en el sentido de una atenuante pero con consagración aparte, respecto del homicidio y las lesiones graves gravísimas, lo cual hoy nos parece como un resabio de épocas pretéritas que no se condice con el actual estadio de desarrollo que ha alcanzado nuestra sociedad, pues entrega una mayor valoración al honor que a la vida e Integridad de las personas, entregando un mensaje equivoco respecto que se puede disponer de la propia vida y la de otro siempre que se guarden ciertas reglas consuetudinarias básicas, asegurando una penalidad menor que la regla general del homicidio simple y las lesiones graves gravísimas; situación que se ve confirmada con la norma eminentemente adjetiva del artículo 409.

En otro plano encontramos el infanticidio, en donde si bien el legislador lo consagra como un delito autónomo, no se establece una penalidad distinta de la ya asignada para la generalidad de los casos que plantea el homicidio simple, quedando así el tipo como incompleto o injustificado desde el punto de vista de la función simbólica del Derecho penal.

Situación del Título IX del Código Penal: De los crímenes y simples delitos contra la propiedad

Prosiguiendo con el mismo método del apartado anterior, en la tabla N° 2 puede observarse el catalogo completo del Título IX, reorganizado en función de la penalidad asignadas a los ilícitos.

Tabla 2: Delitos contenidos en el Título IX del Código Penal y respectivas penas

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Delito	Artículo	Pena	Extensión
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima ²³⁷	449	Presidio Mayor en su Grado maximo a Perpetuo Calificado	Desde 15 años y un día hasta 40 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima	433	Presidio mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un día hasta 40 años
Abigeato en Pirateria	449	Presidio Mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un día hasta 40 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima	438	Presidio mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un día hasta 40 años
Incendio con Resultado De Mutilación de Miembro importante o Lesion Grave Gravisima	474	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Perpetuo	Desde 15 años y un día a 40 años
Incendio con Resultado De Muerte	474	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Perpetuo	Desde 15 años y un día a 40 años
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Lesiones Graves o con Victimas Retenidas Bajo Rescate ²³⁸	449	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Presidio perpetuo	Desde 15 años y un día hasta 40 años
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas ²³⁹	449	Presidio Mayor en su Grado Medio a Perpetuo	Desde 10 años y un día hasta 40 años

²³⁷ Para efectos del presente trabajo, en los casos de abigeato, se obviará la regla de aumento de grado contenida en el propio art. 449 incisos segundo y tercero, reemplazándose por la regla general del aumento de grados, pero manteniendo la composición en los grados, para poder formarnos una idea más menos objetiva de que pena conllevaría el delito

²³⁸

Piratería	434	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Perpetuo	Desde 5 años y un dia hasta 40 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Lesiones Graves o con Victimas Retenidas Bajo Rescate	433	Presidio mayor en su Grado Medio a Maximo	Desde 10 años y un dia hasta 20 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación con Resultado de Lesiones Graves o con Victimas Retenidas Bajo Rescate	438	Presidio mayor en su Grado Medio a Maximo	Desde 10 años y un dia hasta 20 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas	436	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación	438	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Incendio en Lugar Destinado a la Habitación, o Edificio en Poblado, o Bosques	476	Presidio Mayor en Cualquier Grado	Desde 5 años y un dia a 20 años
Robo o Hurto Con Armas	450	Presidio Mayor en sus Grados Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Abigeato Como Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar habitado o Destinado a la Habitacion ²⁴⁰	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M ²⁴¹	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M ²⁴²	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años

239

240

241

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Incendio con Resultado De Muerte o Lesiones Graves a Personas Distanciadas del Siniestro	474	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Incendio en Lugar Habitado o Arsenales	475	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar habitado o Destinado a la Habitacion	440	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un dia hasta 10 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M	447	Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 5 años y un dia hasta 10 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M	447	Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 5 años y un dia hasta 10 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M ²⁴³	449	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un dia hasta 10 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M ²⁴⁴	449	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un dia hasta 10 años
Incendio Residual con daño Mayor a 40 U.T.M	477	Presidio Menor en su Grado Maximo a Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 10 años
Abigeato Como Robo por Sorpresa ²⁴⁵	449	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un dia hasta 10 años
Abigeato Como Robo en Lugar No Habitado ²⁴⁶	449	Presidio Menor en su Grado maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un dia hasta 10 años
Abigeato Como Robo en Cosa Ubicada en Bien Nacional de Uso Publico ²⁴⁷	449	Presidio Menor en su Grado maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un dia hasta 10 años

²⁴²

²⁴³

²⁴⁴

²⁴⁵

²⁴⁶

Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M ²⁴⁸	449	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un dia hasta 10 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M	446	Presidio menor en su Grado Maximo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M ²⁴⁹	449	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M ²⁵⁰	449	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M	447	Presidio Menor en su Grado Maximo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 400 U.T.M	467	Presidio Menor en su Grado Maximo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Robo por Sorpresa	436	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo en Lugar No Habitado	442	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo en Cosa Ubicada en Bien Nacional de Uso Publico	443	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo de Cables	443	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 40 U.T.M	467	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años

247

248

249

250

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Incendio Residual con daño Mayor a 4 U.T.M y Menor a 40	477	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias a 5 años
Daño Mayor a 40 U.T.M	485	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años
Quiebra Fraudulenta	466	Presidio Menor en Cualquier Grado	Desde 61 dias hasta 5 años
Receptacion	456 bis A	Presidio Menor en Cualquier Grado	Desde 61 dias hasta 5 años
Usura	472	Presidio Menor en Cualquier Grado	Desde 61 dias a 5 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M	447	Presidio menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M ²⁵¹	449	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Abigeato Como Hurto Hallazgo ²⁵²	449	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 4 U.T.M y menos de 40	467	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Apropiarse de Plumas Crines o Pelos de Animales	449	Presidio menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias a 3 años
Usurpación de Aguas Con Violencia	460	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 3 años
Incendio Residual con daño Mayor a 1 U.T.M y manor a 4	477	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias Hasta 3 años
Daño Mayor a 4 U.T.M y Menor a 40	486	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 3 años

251

252

Portar Bombas Explosivas	481	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Fabricar, Expende o Tener Llaves Falsas o Ganzúas	445	Presidio menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Hurto de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Hurto Hallazgo	448	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Usurpación de Aguas	459	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Alterar Limites de Inmueble	462	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias a 540 dias
Entrega fraudulenta de Mas de 1 U.T.M y menos de 4	467	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Otorgar Contrato Simulado en Perjuicio de otro	471	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540
Estafa Residual	473	Presidio menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias a 540
Daño Mayor a 1 U.T.M y Menor a 4	486	Presidio Menor en su Grado Minimo Y multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Daño Residual	487	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Usurpación con violencia en las personas	457	Multa 11 a 20 U.T.M	

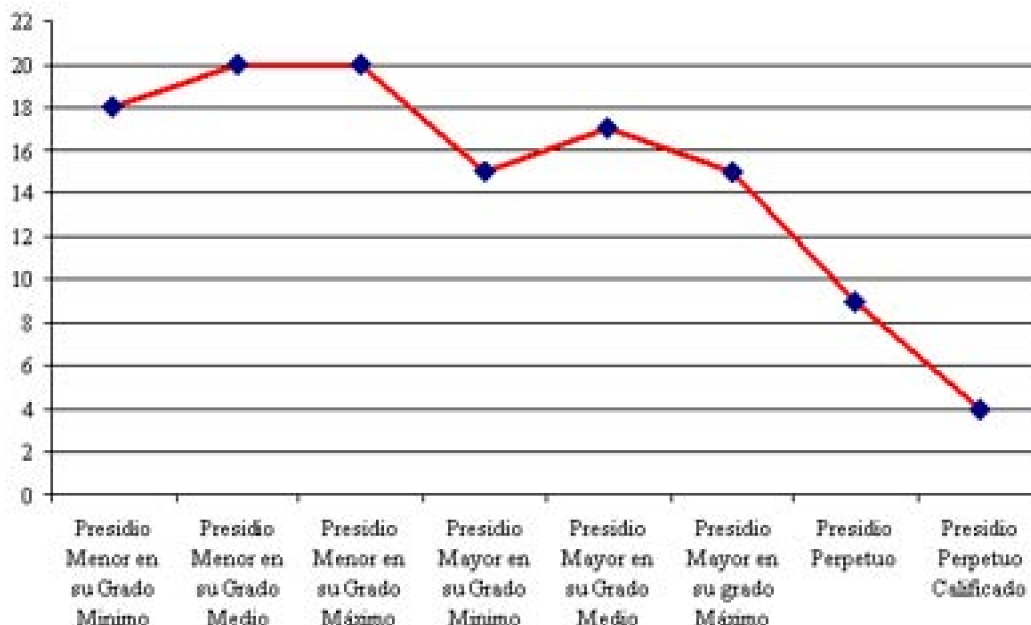
Respecto al bien jurídico protegido propiedad, cabe hacer mención, como señala ETCHEBERRY, que la acepción «propiedad» utilizada por el legislador penal excede a la propiedad meramente dominical que establece el legislador civil, acercándose, en cambio, a la acepción amplia utilizada por el constituyente, la cual considera y reconoce «el derecho de propiedad en sus diversas especies». Pero mas importante aún nos parece hacer notar, respecto al bien jurídico protegido, que en este titulo nos encontramos con un gran numero de tipos pluriofensivos (17), que aparte de proteger la propiedad, tienen en consideración valores como la vida y la integridad física al momento de determinar su lugar en la escala punitiva.

Del análisis dosimétrico efectuado, obtuvimos un total de 67 ilícitos, de los cuales un 68,66% (46) corresponden a crímenes, mientras que un 31,34% corresponde a simples

delitos (21). Si analizamos la penalidad de este Título, tenemos que las penas fluctúan, en orden ascendente, entre Presidio Menor en su Grado Mínimo o Multa de 11 a 20 U.T.M , para el caso del daño residual (61 a 540 días), hasta presidio mayor en su grado máximo a perpetuo calificado, para el caso de abigeato que se presente como robo con violencia en las personas con resultado de muerte, violación, mutilación, castración o lesión grave gravísima ²⁵³ (15 años y un día a 40 años), con lo cual podemos establecer que la escala gradual para este Título se mueve entre el presidio menor en su grado mínimo hasta presidio perpetuo calificado (61 días a 40 años).

Por otro lado las penas simples representan un 44,77% (30), mientras que las penas compuestas alcanzan un 55,23% (37). La Dosimetría de las penas se manifiesta de la forma que sigue: un 15,25 % del total de la penalidad asignada por los distintos tipos lo está a al presidio menor en su grado mínimo (18) , un 16,94% lo está al presidio menor en su grado medio (20) , un 16,94% al presidio menor en su grado máximo (20), un 12,71% al presidio mayor en su grado mínimo (15), un 14,40 % al presidio mayor en su grado medio (17), un 12,71% al presidio mayor en su grado máximo (15), un 7,63 % al presidio perpetuo (9) y un 3,39% al presidio perpetuo calificado (4).

El siguiente gráfico nos ilustra la curva de penalidad de los Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad:



En este caso nos encontramos con que (bajo los supuestos que hemos venido enunciado para este delito en particular) el abigeato es el tipo que provoca una reacción estatal mas violenta contra el individuo infractor, si bien es necesario hacer mención que éste, para configurarse al tope de la curva punitiva, debe ser ejecutado con un gran menoscabo al bien jurídico vida o integridad física, no es menos cierto que no encontramos un fundamento sólido para elevarlo por sobre el robo perpetrado con la

²⁵³ Con respecto a la penalidad asignada a este delito, léase la nota hecha a la tabla nº 2 que establece el procedimiento utilizado para su establecimiento.

misma lesividad en los otros bienes jurídicos mencionados, por el solo hecho que el objeto material del mismo sean animales en vez de una cosa cualquiera. Es decir, ante dos situaciones igual de atentatorias contra bienes jurídicos que protegen la persona humana, el legislador prefiere sancionar con mayor intensidad y violencia un caso que el otro, primando el elemento diferenciador de tratarse de animales, elevando así el disvalor de robar ganado por sobre el de quitar la vida, lo que es una clara trasgresión a la proporcionalidad. Se hace realidad en cierta manera el antiguo aforismo popular que sostiene que es más gravoso robar gallinas que matar a una persona. No está de más hacer notar que el por qué de esta situación se debe a una penalidad anacrónica, que es atentatoria contra la dignidad inherente a la persona humana, en cuanto a su penalización.

Asimismo, podemos señalar que es en este Título donde la relación entre crímenes y simples delitos se desequilibra a favor de los primeros, los cuales, como se dijo, alcanzan un 68,66%, versus un 31,34% de los simples delitos, lo cual se explica por el ya mencionado elemento de pluriofensividad que apunta hacia la integridad o vida de las personas en una parte considerable de los tipos que se enmarcan dentro de los crímenes (21 de 46, es decir un 45,66%), siendo el resto de los crímenes los que atentan pura y simplemente contra la propiedad y que se ven graduados en crímenes o simples delitos mayoritariamente de acuerdo a la valoración pecuniaria del objeto material del delito.

Respecto a la relación entre penas simples y compuestas tenemos también un desbalance respecto del título anteriormente analizado, subiendo las penas compuestas de un 25% a un 55,23%, lo cual nos entrega la idea que para los casos de este título, los jueces poseen una mayor discrecionalidad en cuanto a la aplicación efectiva de la pena, por cuanto cuentan con un mayor rango de movilidad en la mayoría de los tipos. Curioso resulta, que precisamente en estos delitos, que son ampliamente los más explotados a la hora de incitar descaradamente la instauración de un sistema penal de la emergencia, bajo la consigna simplista de la «inseguridad ciudadana», sea donde mas terreno fértil pueden llegar a encontrar la presión de una opinión pública manipulada por los medios, en orden a «endurecer» la reacción punitiva del Estado desde el lado del subsistema penal adjetivo. Lo anterior contra toda idea de garantismo y Derecho penal considerado como *ultima ratio*, que sostienen el derecho penal como un sistema de garantías para el ciudadano frente a la violencia punitiva del estado y su *ius puniendi*.

Todo lo anteriormente mencionado, se refleja en el grafico adjunto, donde podemos observar una marcada tendencia de la curva a no descender de manera constante ante el aumento de las penas, por momentos incluso, podemos observar una cierta reticencia a ello en el modelo expuesto.

Comparación entre la reacción punitiva respecto de los crímenes y simples delitos de los Títulos VIII y IX del Código Penal

Tabla 3: Organización jerárquica acumulativa de las penas asociadas a los crímenes y simples delitos contemplados por los Títulos VIII y IX del Código penal

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

Delito	Artículo	Pena	Extensión
Parricidio	390	Presidio Mayor en su grado Máximo a Presidio Perpetuo Calificado	Desde 15 años y un día hasta cuarenta años
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima	449	Presidio Mayor en su Grado maximo a Perpetuo Calificado	Desde 15 años y un dia hasta 40 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima	433	Presidio mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un dia hasta 40 años
Abigeato en Pirateria ²⁵⁴	449	Presidio Mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un dia hasta 40 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación con Resultado de Muerte, Violación, Castración, Mutilación o Lesión Grave Gravisima	438	Presidio mayor en su Grado Medio a Perpetuo Calificado	Desde 10 años y un dia hasta 40 años
Incendio con Resultado De Mutilación de Miembro importante o Lesion Grave Gravisima	474	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Perpetuo	Desde 15 años y un dia a 40 años
Incendio con Resultado De Muerte	474	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Perpetuo	Desde 15 años y un dia a 40 años
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Lesiones Graves o con Victimas Retenidas Bajo Rescate ²⁵⁵	449	Presidio Mayor en su Grado Maximo a Presidio perpetuo	Desde 15 años y un dia hasta 40 años
Homicidio Calificado	391	Presidio Mayor en su Grado Medio a Presidio Perpetuo	Desde 10 años y un día hasta cuarenta años
Abigeato Como Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas ²⁵⁶	449	Presidio Mayor en su Grado Medio a Perpetuo	Desde 10 años y un dia hasta 40 años

254

255

256

Piratería	434	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Perpetuo	Desde 5 años y un dia hasta 40 años
Castración Calificada	400	Presidio Mayor en su Grado Maximo	Desde 15 años y un día hasta 20 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas con Resultado de Lesiones Graves o con Víctimas Retenidas Bajo Rescate	433	Presidio mayor en su Grado Medio a Maximo	Desde 10 años y un dia hasta 20 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación con Resultado de Lesiones Graves o con Víctimas Retenidas Bajo Rescate	438	Presidio mayor en su Grado Medio a Maximo	Desde 10 años y un dia hasta 20 años
Robo Con Violencia o Intimidación en las Personas	436	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Obligar a Suscribir Instrumento Mediante Violencia o Intimidación	438	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Incendio en Lugar Destinado a la Habitación, o Edificio en Poblado, o Bosques	476	Presidio Mayor en Cualquier Grado	Desde 5 años y un dia a 20 años
Robo o Hurto Con Armas	450	Presidio Mayor en sus Grados Minimo a Maximo	Desde 5 años y un dia hasta 20 años
Mutilación de un Miembro Importante Calificada	400	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Lesion Graves Gravisimas Calificadas	400	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Abigeato Como Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar habitado o Destinado a la Habitacion ²⁵⁷	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M ²⁵⁸	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta 15 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 40 y	449	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un dia hasta

257

258

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

menos de 400 U.T.M			15 años
Incendio con Resultado De Muerte o Lesiones Graves a Personas Distanciadas del Siniestro	474	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un día hasta 15 años
Incendio en Lugar Habitado o Arsenales	475	Presidio Mayor en su Grado Medio	Desde 10 años y un día hasta 15 años
Homicidio	391	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Infanticidio	394	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Castración	395	Presidio Mayor en su Grado Minimo a Medio	Desde 5 años y un día hasta 15 años
Lesión Grave Gravísima	397	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Homicidio en Duelo	406	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Envío de Carta o Encomienda Explosiva	403 bis	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Homicidio	407	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar habitado o Destinado a la Habitación	440	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M	447	Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M	447	Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M ²⁵⁹	449	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M ²⁶⁰	449	Presidio Mayor en su Grado Minimo	Desde 5 años y un día hasta 10 años

259

Mutilación de un Miembro Importante	396	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Incendio Residual con daño Mayor a 40 U.T.M	477	Presidio Menor en su Grado Maximo a Presidio Mayor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Robo por Sorpresa ²⁶¹	449	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Robo en Lugar No Habitado ²⁶²	449	Presidio Menor en su Grado maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Robo en Cosa Ubicada en Bien Nacional de Uso Publico ²⁶³	449	Presidio Menor en su Grado maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M ²⁶⁴	449	Presidio Menor en su Grado Maximo a Mayor en su Grado Minimo	Desde 3 años y un día hasta 10 años
Homicidio en Riña, si solo consta quien causó Lesiones Graves	392	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Mutilación de miembro de Menor Importancia Calificada	400	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesion Graves Calificadas	400	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Apadrinar un Duelo Calificado	408	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien lesionó menos gravemente	402	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un día hasta 5 años
Lesión Grave Gravisima en Duelo	406	Presidio Menor en su	Desde 3 años y

260

261

262

263

264

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

		Grado Maximo	un dia hasta 5 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Lesión Grave Gravisima	407	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 400 U.T.M	446	Presidio menor en su Grado Maximo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Abigeato Como Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M ²⁶⁵	449	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M ²⁶⁶	449	Presidio Menor en su Grado Maximo	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M	447	Presidio Menor en su Grado Maximo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 400 U.T.M	467	Presidio Menor en su Grado Maximo y Multa de 21 a 30 U.T.M	Desde 3 años y un dia hasta 5 años
Robo por Sorpresa	436	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo en Lugar No Habitado	442	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo en Cosa Ubicada en Bien Nacional de Uso Publico	443	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Robo de Cables	443	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo	Desde 541 dias hasta 5 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 40 y menos de 400 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 40 U.T.M	467	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años
Incendio Residual con daño Mayor a 4 U.T.M y Menor a 40	477	Presidio menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias Hasta 5 años
Daño Mayor a 40 U.T.M	485	Presidio Menor en su Grado Medio a Maximo y Multa de 11 a 15 U.T.M	Desde 541 dias hasta 5 años
Quiebra Fraudulenta	466	Presidio Menor en	Desde 61 dias

265

266

		Cualquier Grado	hasta 5 años
Receptacion	456 bis A	Presidio Menor en Cualquier Grado	Desde 61 dias hasta 5 años
Usura	472	Presidio Menor en Cualquier Grado	Desde 61 dias a 5 años
Homicidio en Riña, si solo consta quien ejerció violencia	392	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesión Grave	397	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Menos Grave Calificada	400	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien utilizó armas	402	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Calumnia Calificada que Importe Crimen	413	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Hurto de cosa avaluada en mas de 4 y menos de 40 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Hurto Calificado de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M	447	Presidio menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Abigeato Como Hurto de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M ²⁶⁷	449	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Abigeato Como Hurto Hallazgo ²⁶⁸	449	Presidio Menor en su Grado Medio	Desde 541 dias hasta 3 años
Entrega Fraudulenta de Mas de 4 U.T.M y menos de 40	467	Presidio Menor en su Grado Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 541 dias hasta 3 años
Lesion Menos Grave a Autoridad Publica o Dignidad	401	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 días hasta 3 años
Mutilación de un Miembro de Menor Importancia	396	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 días hasta 3 años
Lesion Grave en Duelo	406	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo Del Que Resulta Lesion Grave	407	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Injuria Grave Calificada	418	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y	Desde 61 dias hasta 3 años

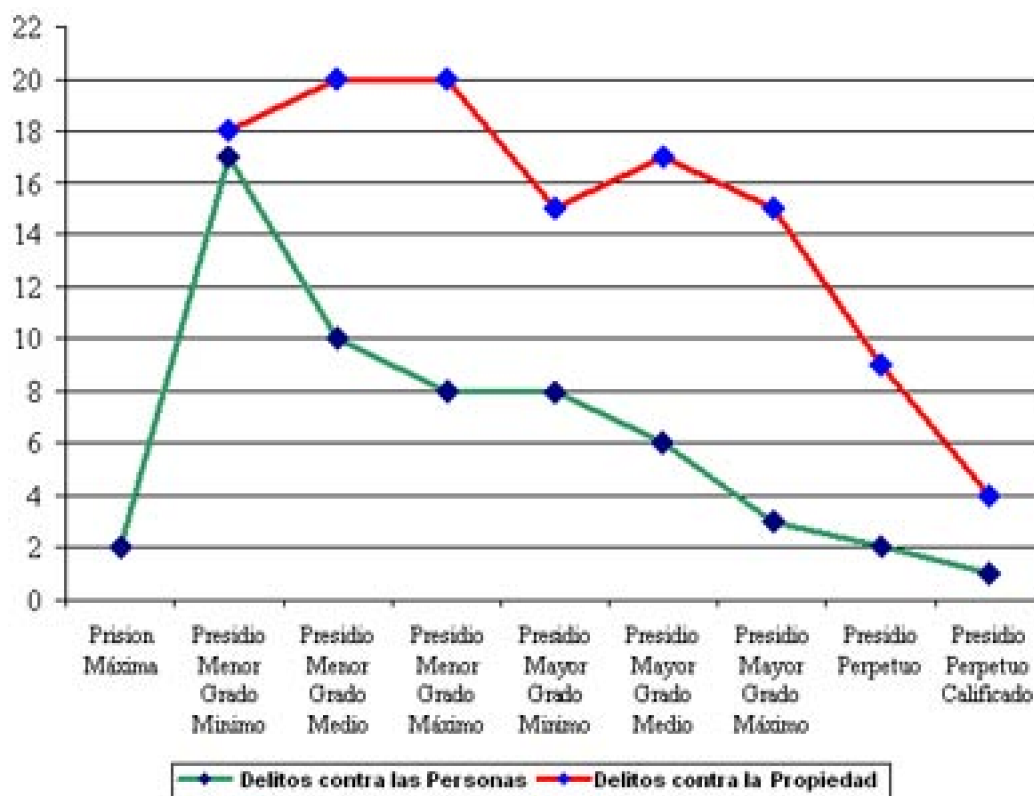
267

268

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL.

		Multa de 11 a 20 U.T.M	
Apropiarse de Plumas Crines o Pelos de Animales	449	Presidio menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Usurpación de Aguas Con Violencia	460	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 3 años
Incendio Residual con daño Mayor a 1 U.T.M y menor a 4	477	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias Hasta 3 años
Daño Mayor a 4 U.T.M y Menor a 40	486	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 3 años
Portar Bombas Explosivas	481	Presidio Menor en su Grado Minimo a Medio	Desde 61 dias hasta 3 años
Lesión Menos Grave	399	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 días hasta 540 dias
Lesion Grave en Riña, si solo consta quien lesionó menos gravemente	402	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Provocación a Duelo	404	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Desacreditar Públicamente a quien Rechaza Duelo	405	Presidio menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Participación en Duelo	406	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Incitación Efectiva a Provocar o Aceptar Duelo	407	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Apadrinar un Duelo	408	Presidio Menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia Calificada que Importe Simple Delito	413	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia que importe Crimen	414	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 15 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Calumnia que Importe Simple Delito	414	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 6 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Injuria Grave	418	Presidio Menor en su Grado Minimo y multa de 6 a 10 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Injuria Leve Calificada	419	Presidio Menor en su	Desde 61 dias

		Grado Minimo y Multa de 6 a 19 U.T.M	hasta 540 dias
Fabricar, Exender o Tener Llaves Falsas o Ganzúas	445	Presidio menor en su Grado Minimo	Desde 61 dias hasta 540 dias
Hurto de cosa avaluada en mas de 1 y menos de 4 U.T.M	446	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Hurto Hallazgo	448	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Usurpación de Aguas	459	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Alterar Limites de Inmueble	462	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias a 540 dias
Entrega fraudulenta de Mas de 1 U.T.M y menos de 4	467	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Otorgar Contrato Simulado en Perjuicio de otro	471	Presidio Menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540
Estafa Residual	473	Presidio menor en su Grado Minimo y Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias a 540
Daño Mayor a 1 U.T.M y Menor a 4	486	Presidio Menor en su Grado Minimo Y multa de 5 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Daño Residual	487	Presidio Menor en su Grado Minimo o Multa de 11 a 20 U.T.M	Desde 61 dias hasta 540 dias
Lesion Grave Gravisima en Riña, si solo consta quien utilizó armas	402	Prisión en su Grado Maximo	Desde 41 dias hasta 60 dias
Lesión Menos Grave en Riña, si solo consta quien utilizó armas	403	Prision en su Grado Maximo	Desde 41 dias hasta 60 dias
Usurpación con violencia en las personas	457	Multa 11 a 20 U.T.M	



Si observamos la Tabla N° 3, en la cual hemos realizado una agrupación acumulativa de los crímenes y simples delitos contemplados por los Títulos VIII y IX del Código penal, conjuntamente con el gráfico que le sigue, podremos observar que la penalidad en los delitos contra la propiedad es ampliamente mayor a la de los delitos contra las personas. Una explicación para ello es el carácter de pluriofensivos que reúnen gran parte de los Crímenes que sanciona el Título IX de nuestro Código penal, en especial si consideramos que esa pluriofensividad dice relación directa con los bienes jurídicos vida e Integridad física, por cuanto los crímenes contra la propiedad otorgan, en parte considerable, protección a la persona.

Por otra parte no debemos olvidar que si bien lo anterior es verdadero y aplicable, una parte no menor de los crímenes contra la propiedad tienen una mayor penalidad en orden a la valorización que se hace de la cosa objeto material del delito, dándose incluso contrasentidos como los mencionados para el caso del abigeato, o al hecho de que en muchas situaciones se castigue con una pena menor atentados en contra de la integridad de las personas, como la mutilación, que algunas figuras del hurto.

Sobre el particular señala Jorge MERA: «La trasgresión más relevante de la proporcionalidad se da entre nosotros, como es bien sabido, con motivo de la protección penal de la propiedad mueble de los atentados cometidos por medios materiales (hurto y robo). (...) El robo *simple* se castiga más severamente que el homicidio simple, en tanto que la forma más grave de robo calificado se sanciona con una pena mayor que la asignada al homicidio calificado. (...) Las penas del hurto son siempre privativas de libertad y se gradúan de acuerdo con el valor de la cosa sustraída, pudiendo imponerse penas aflictivas (presidio menor en su grado máximo: tres años y un día a cinco años) si

el valor de la cosa excede de cierto monto. Contrasta la severidad de las penas del hurto con las de las lesiones. Incluso tratándose de las lesiones graves del N° 2 del art. 397 (que son las que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días), la pena prevista (presidio menor en su grado medio: 51 días a tres años) es igual o menor a la del hurto —dependiendo del valor de las cosas sustraídas—. (...) Pero donde se presenta el contraste mayor es en relación con las lesiones menos graves (que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo hasta por treinta días), las que son sancionadas con presidio menor en su grado mínimo —que corresponde a la hipótesis menos severa del hurto, en los casos en que el valor de la cosa no suba de 4 UTM ni baje de 1 UTM— con las penas *alternativas a la privación de libertad de relegación* menor en su grado mínimo (61 a 540 días) o *multa*. Esta diferente valoración de la propiedad mueble, en comparación con la salud individual y la integridad corporal, llega a límites desconcertantes y hasta grotescos, si se considera que las mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja (art. 396, inc. 2° del C.P.) tienen asignadas penas menores, por lo general, que las del hurto»²⁶⁹.

El principio de proporcionalidad y el Derecho penal de emergencia

Dentro de los fenómenos sociales con los cuales el Derecho penal interactúa, existen circunstancias y acontecimientos, o grupos de los mismos, que en ocasiones harán al derecho penal extralimitarse en sus atribuciones y alejarse de su fin propio de control social, pues llevarán al legislador a valorar excesivamente determinados bienes jurídicos, que apreciados desde un punto de vista meramente filosófico o social, deberían subordinarse a otros cuya protección ostentaría mayor relevancia.

Como consecuencia de la sobrevaloración de determinados bienes jurídicos, producto de la influencia en el Derecho penal por parte de otros fenómenos sociales (como lo serían escándalos públicos, delitos profusamente difundidos, alarma pública por diversos acontecimientos, etc.), el primero reacciona de manera instintiva —y no racional— vulnerando la proporción entre el mal causado por determinados delitos y las penas con que son castigados, traduciendo estas últimas en una reducción desproporcionadamente enérgica de los mismos derechos cuyo fin es proteger, y donde racionalmente una sanción de menor vigor debiera existir.

Esta reacción exagerada por parte del legislador ante ciertas conductas desordenadas que se pretenden erradicar (necesidad impuesta en algunas ocasiones por aclamación pública y, en otras, por influencias de carácter político o de poder) altera el equilibrio social y el cometido del derecho penal en general que, como fue correctamente enunciado por ALIMENA, es obtener «un máximo de defensa social con un mínimo de sufrimiento personal». Lo anterior, muy lejos de evitar la comisión de los delitos cuyas penas se aumentan desproporcionadamente, crea tolerancia en la sociedad ante reacciones violentas por parte de la ley y transforma al derecho penal en un factor que, en vez de colaborar al mantenimiento del orden, impulsa al sistema social hacia el caos y destrucción del equilibrio.

No cabe duda que en amplios sectores de la sociedad, particularmente entre

²⁶⁹ MERA, pp. 99-100

aquellos que no cuentan con las herramientas mínimas de una formación jurídica sólida, el creer que mientras más delitos se establezcan y mientras más altas sean las penas, mejor será el sistema de protección social, que garantice la seguridad ciudadana, es algo común. Así, cada vez que surge algún hecho que cause alarma pública, o un fuerte impacto mediático, se le exigirá al Estado que tome medidas, las cuales tradicionalmente son identificadas con la adopción de nuevas leyes, al punto de que, en ocasiones, se podría creer, que en nuestro país no existe ninguna otra herramienta que no sea la ley para dar solución a los diferentes conflictos y problemáticas sociales. Y frente a esta presión social, que muchas veces es canalizada, impulsada y debatida a través de los medios de comunicación, el Estado permanentemente cae en la tentación de ceder frente a estos requerimientos y, en pos de obtener dividendos políticos, se suceden en el Parlamento los proyectos de leyes, sobre los más variados temas, muchos de los cuales, afortunadamente, sólo tienen por destino dormir indefinidamente entre los archivos del Congreso, toda vez que una vez pasado el primer impacto y el interés de la opinión pública, los parlamentarios se presentan reticentes a seguir adelante con su tramitación. No obstante, esto no sucede en todos los casos, y así, es posible encontrar algunas normas que, violentando muchos principios generales que informan al Derecho criminal, ven la luz sólo para dar satisfacción a la masa, y muchas veces sin siquiera haber pasado por el proceso adecuado de reflexión que exige la correcta técnica legislativa, debido a lo cual posteriormente también habrán de sucederse respecto a estas leyes los continuos proyectos de reforma, que buscan enmendar el primer error cometido, o ellas serán obviadas por el órgano judicial, quien, con más reposo y sapiencia, podrá determinar que en algunos casos la no aplicación de una norma es una cuestión de necesaria justicia, que debe hacerse aún a riesgo de transgredir con ello otros principios, que poseen menor jerarquía que el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, que muchas veces se ven vulnerados con este tipo de medidas.

A esta forma de enfrentar el Derecho, y la creación de nuevas normas, es a lo que en general se ha denominado «Derecho penal de emergencia» o «política penal de emergencia», en cuanto las leyes creadas de esta manera habitualmente surgen para dar respuesta a una situación excepcional —a una emergencia—, y se imponen sin medir las consecuencias que su aplicación puedan tener en la vulneración de los presupuestos garantistas de un Estado de Derecho democrático.

Muestras de situaciones como las anteriores las encontramos, por ejemplo, en todas aquellas situaciones en que el legislador, en lugar de incorporar un determinado delito, como correspondería, entre las disposiciones del Código penal, crea un cuerpo normativo independiente, en el cual sanciona específicamente ciertas conductas, reaccionando frente a ellas de una forma más violenta que la habitual.

Así, a modo ejemplar, podemos mencionar lo que sucede con delitos como el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y los delitos cometidos en recintos deportivos. En todos estos casos, el legislador, debido al impacto social que tienen los hechos punidos, ha reaccionado de una manera sobredimensionada, en la cual no se respetan fielmente las exigencias de la proporcionalidad.

El delito terrorista en nuestra legislación es esencialmente un delito común, de aquellos enumerados en el artículo segundo de la ley 18.314, cometido con alguno de los

elementos subjetivos del tipo, elementos de finalidad, enumerados en el artículo 1º. Estos elementos subjetivos del tipo pueden ser: a) la finalidad de provocar temor justificado en la población o en parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie, o b) que el delito fuere cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponer exigencias. De acuerdo a la ley, se presume la primera de las intenciones, por el hecho de, entre otras tantas cosas, cometer el delito por medio de artefactos explosivos. A su vez, en el art. 2, en la enumeración de los delitos susceptibles de ser terroristas, si se han cometido con cierta finalidad, nos encontramos en el numerando 4º, el delito de colocar lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos. Entonces tenemos el sinsentido de que si un sujeto comete un delito de daños, con cualquier motivo distinto a causar impacto en la población u obtener alguna medida de la autoridad, utilizando un artefacto explosivo, el hecho de utilizar dicho artefacto es a la vez fundamento de presunción de finalidad terrorista, por ende un calificante del elemento subjetivo del tipo y el delito mismo, susceptible de ser calificado como terrorista. En dicho caso no existe proporcionalidad alguna entre el hecho cometido, la culpa del autor y la reacción punitiva, toda vez que la pena que podrá aplicarse y las medidas que podrán imponerse para perseguir el hecho, al presumirse éste como terrorista, será con mucho superior a que si al mismo hecho se le aplicaran las normas comunes del derecho penal.

Del mismo modo, en el artículo 7 de la ley 18.314 se estatuye que la conspiración de cometer delito terrorista será sancionada como delito consumado menos 1 o 2 grados, según el caso, haciendo oídos sordos de la regla de proporcionalidad que establece que la conspiración no es penada.

En lo que se refiere a la ley 19.327 que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, también tenemos un ejemplo de una ley, muy criticada, en que las penas aplicables se han visto desproporcionadamente elevadas por el hecho de que el lugar en donde los delitos son cometidos tienen cierta relevancia dentro del «alma» popular, y, al momento de su dictación, existía un ambiente generalizado en torno a que era necesario frenar la violencia presentada durante los espectáculos deportivos, que hacían que la gente hubiere abandonado la asistencia masiva a los recintos deportivos, y para ello, qué mejor que crear una ley —otra más— que sancionara drásticamente este tipo de situaciones. El cuerpo legal en cuestión, en su Título II describe determinadas conductas, en todo similares a las establecidas en la legislación común (hurto, daños) que se ven agravadas sólo por el hecho de ser cometidos con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, lo cual es una violación clara a la debida proporcionalidad y racionalidad de las penas.

Trasgresión al principio de proporcionalidad en las reglas del *iter criminis*

Otra área en la cual se encuentra una manifiesta incongruencia entre la norma penal y el principio de proporcionalidad está dada por la regla contenida en el inciso 1º del artículo 450 del Código, en virtud de la cual se entienden como consumados los delitos comprendidos en el párrafo 2º del Título IX (robo con violencia o intimidación en la personas) y en el artículo 440 (robo con fuerza en las cosas), aún cuando ellos sólo se encuentren en grado de tentativa. Es decir, «se atribuye al injusto típico un grado de

desarrollo más avanzado, el que nunca tuvo (consumación) y, en consecuencia, se atribuye al hechor una culpabilidad y una responsabilidad con respecto a un supuesto que no colmó efectivamente y que se presume de derecho como realizado»²⁷⁰.

En este caso se ha resuelto que lo que el precepto hace es presumir de Derecho la responsabilidad penal, lo cual no sólo está reñido con la proporcionalidad sino que también es una violación manifiesta a lo dispuesto por el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que prohíbe expresamente esta situación.

En nuestra doctrina, Jorge MERA ha denunciado este hecho, protesta que ha sido recibida por los tribunales de justicia, quienes en la especie han fallado que esta norma se encuentra en contradicción con los principios y disposiciones constitucionales, entre ellas la igualdad ante la ley, lesividad, proporcionalidad de la pena, etc. En razón de ello, han resuelto que esta norma no debe ser aplicada, en cuanto al ser de rango inferior que la Constitución, debe primar esta a aquella.²⁷¹

Trasgresión a la proporcionalidad en las normas sobre autoría

Otra norma que ha sido objeto de críticas por violar el principio de proporcionalidad es la contemplada por el n° 3 del artículo 15 del Código penal.

De acuerdo a esta disposición, son considerados autores los que, concertados para la ejecución del delito, facilitan los medios con que éste se lleva a efecto, o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. Es decir, se considera autores, y son sancionados como tales, los cómplices, con lo cual se estaría llevando a cabo una forma de presunción de derecho de autoría²⁷², toda vez que a los cómplices se les haría aplicable igual pena que si hubieran realizado por si mismos el acto delictivo, cuestión que se encuentra totalmente reñida con lo dispuesto por el artículo 19 n° 3 de la Constitución, que prohíbe presumir de Derecho la responsabilidad penal. Además, en este caso también se viola el principio de proporcionalidad, puesto que los cómplices reciben una sanción superior y desproporcionada a su real participación en el hecho que se persigue.

²⁷⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, Salinas Abarzúa, Fred y otro, Recurso de Apelación, 22 de marzo de 2002.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² MERA, p. 101

Conclusiones

La pena es, como hemos visto, lo que podríamos llamar una reacción apasionada de moderada intensidad; una herramienta de la que se vale el Estado para proteger los principios y bienes que nos son fundamentales, pero que a la vez representa en sí una privación de los mismos a aquel que ha causado la ofensa. Por lo anterior, es muy importante que los límites puestos a la pena y, más aún, a la capacidad del Estado para crear penas y ejecutarlas, sean límites concretos y sólidos, consagrados de manera estable y que no permitan su reemplazo imprudente y arbitrario.

La Constitución es en esencia la expresión de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico, y en la base de todo texto constitucional subyace una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. En el caso del Derecho Penal, en uno de los aspectos en que mejor se puede apreciar esta influencia de la Constitución es en el de los límites al *ius puniendi*, pues si se quiere que éstos gocen de estabilidad, deben derivarse necesariamente del ordenamiento jurídico constitucional.

Como hemos visto en el curso de este trabajo, el establecimiento de límites a la actividad punitiva del Estado no es una cuestión que se haya impuesto de forma arbitraria, por mero capricho del legislador. El Derecho penal, cuando actúa, es capaz de interferir con algunos de los derechos más básicos de la persona: su dignidad, su libertad, y por que no decirlo, su vida misma. Es por ello que un Estado democrático necesita sentar las reglas sobre las cuales la política criminal habrá de desarrollarse, toda vez que mal utilizado el Derecho penal puede convertirse en una poderosa fuente de

iniquidades, y en un arma de control social represivo que es inaceptable en sociedades, que, como la nuestra, adhieren a los principios liberales que han venido acrisolándose desde la Revolución Francesa, y cuyo objetivo básico es garantizar, por sobre todo, la libertad de los individuos que componen la sociedad. Ahora bien, este mismo argumento del monstruo que significa un Derecho penal mal administrado, y de lo represivo que puede llegar a ser, ha llevado a más de algún sector a plantear que éste debería desaparecer, dando paso a mecanismos autocompositivos, de naturaleza más bien civil, que prive al Estado de este poder trasladándolo, como ellos dicen, al conjunto de la sociedad. Como ya hemos señalado nosotros, aunque en ocasiones podamos compartir algunos de los diagnósticos estamos lejos de compartir dicha solución.

El Derecho penal, como hoy lo concebimos, hizo su aparición al mismo tiempo que el Estado moderno. Cuando Beccaria escribió su famoso tratado, la situación de la política criminal estaba lejos de ser la más beneficiosa para los sectores más débiles de la sociedad. Hasta la aparición del Derecho penal moderno, el ámbito jurídico represivo estaba sembrado de arbitrariedades, en cuanto el Estado, representado en la figura del Rey, era libre de decidir sobre la vida y la libertad de las personas, sin responder a otro poder que el supuesto mandato divino que había puesto al soberano en el trono. Quienes en aquel tiempo abogaron por una reforma en las estructuras y un mayor grado de libertad para las personas, creyeron que una de las bases de esa transformación era el establecimiento de un Derecho penal distinto, que sirviera para proteger a la sociedad de aquellos que tratan de violentar sus reglas, pero también como límite a la actividad punitiva del Estado, para que éste no pudiera intervenir sino en las situaciones que fueran estrictamente necesarias y que se encontraran totalmente fundadas. Ese es el origen de los principios constitucionales de Derecho penal que hemos estudiado, y los motivos por el cual ellos fueron adoptados siguen siendo hoy tan válidos como hace algunos siglos.

La convivencia social necesita del Derecho penal como requisito de existencia, toda vez que de desaparecer éste entraríamos en un período de anarquía absoluta en donde el más fuerte podría imponer su voluntad omnímoda sobre los más débiles. Esa es la base sobre la que se asienta el Derecho penal, para evitar ese tipo de injusticias. Y esta labor puede ser bien cumplida en la medida de que, como contrapartida, exista una consagración clara y eficaz de los principios limitadores de este poder punitivo, para evitar que el Estado cometa arbitrariedades peores que las que pretende evitar. Es por eso que un delito no puede existir sin que haya una ley que lo establezca, es por eso que una ley no puede determinar retroactivamente la existencia de un delito, y es por eso que el principio de legalidad tiene su razón de ser, al punto que hay autores, como JIMÉNEZ DE ASÚA, para quienes en aquellos sitios en donde no se respeta el principio de legalidad no se puede hablar de un Derecho penal moderno y realmente democrático.

Como hemos visto, la mayoría de las legislaciones hacen una consagración expresa, de acuerdo a sus propias realidades, del principio de legalidad, garantizando su respeto al más alto nivel de la pirámide jurídica: en la Constitución Política de la República. Sin embargo la situación no es del todo igual con el otro gran principio que hemos analizado en este trabajo: el principio de proporcionalidad.

De acuerdo a la concepción por nosotros sostenida en torno a los fundamentos del Derecho penal y del *ius puniendi*, resulta claro que el principio de proporcionalidad se

encuadra, en el momento legislativo, en el marco de los fines generales de la prevención, pero ellos entendidos no sólo como la búsqueda de evitar la comisión de delitos, sino también como parte de un Derecho penal que pretende garantizar la seguridad y la integridad de las personas frente a la venganza privada, por un lado, y frente a las iniquidades que pudieran venir del Estado, por otra. El principio de proporcionalidad les otorga a los miembros de la sociedad la garantía de que, por los hechos ilícitos que cometan, no serán sancionados sino con una pena adecuada y proporcionada al hecho cometido, y esto es una salvaguarda no sólo a los derechos de los delincuentes, como se ha dicho, sino también una protección al ciudadano común, toda vez que nadie está ajeno a verse envuelto, por circunstancias excepcionales, en las redes del sistema penal, y, dado este caso, toda persona querrá contar con los mecanismos adecuados que le permitan mantener su dignidad, y no ser objeto del ensañamiento punitivo por medio de la actividad penal.

En lo que respecta a nuestro país, si bien estamos seguros que el principio en comento tiene una consagración constitucional real, pensamos que en el futuro sería del todo positiva una modificación a la Carta Fundamental que lo consagre expresamente, con el objeto de que su aplicabilidad no pueda prestarse para segundas interpretaciones.

Asimismo, pensamos que a futuro se hace urgente una revisión profunda a todo nuestro sistema penal, con el objeto de erradicar definitivamente aquellas normas lesionan manifiestamente al principio.

En Chile el último tiempo se ha instalado con fuerza la idea de modernizar nuestras instituciones jurídicas, poniéndonos a la par de los modelos más avanzados. Esto ha sido demostrado con la implementación de la reciente reforma procesal penal, cuyo verdaderos resultados aún están por verse. Pero no servirá de nada contar con un sistema procesal perfecto, si no se tienen, a su vez, normas de derecho sustantivo correctas, que den cabal cumplimiento a los fines que fueron buscados con su establecimiento, y que sean en todo respetuosas de las normas de rango superior contempladas en la Constitución.

Como esperamos haber dejado de manifiesto en el curso de esta memoria, nosotros postulamos la existencia de un Derecho penal que sea mínimo, adecuado a las exigencias derivadas de su carácter de *ultima ratio* y del todo respetuoso de los principios garantistas. En nuestro concepto es un error pensar en la omnipotencia de la ley y creer que es ésta la que vendrá a solucionar todos los problemas. Creemos que de nada sirve seguir creando normas y propendiendo a la hipertrofia de Derecho penal, con el objeto de solucionar los problemas graves de seguridad ciudadana que se han hecho patentes en los últimos años. Es necesario observar a los países más desarrollados y ver la forma en que éstos enfrentaron el problema.

Chile es una nación que se desarrolla rápidamente, y el aumento de la criminalidad se ha demostrado que es un hecho que va muy de la mano con el desarrollo económico, y que si no se le pone atajo pronto puede transformarse en un problema insuperable. No obstante, la forma de hacerlo debe ser analizada con calma, haciendo oídos sordos a las voces que, inescrupulosamente o por ignorancia, sólo piden más y más penas. Los problemas de criminalidad sólo podrán ser resueltos en la medida en que se les analice íntegramente y que se busquen soluciones de fondo, que no sean sólo reactivas sino que

también apunten a descubrir cuáles son los mecanismos, más allá del Derecho penal, que es necesario echar a andar con el objeto de impedir que más gente se integre al círculo de la criminalidad.

Es claro que mientras sigan subsistiendo las tremendas desigualdades sociales que aún perviven, mientras los beneficios de la modernidad y del desarrollo económico sólo llegue a unos pocos, no podrá encontrarse una salida real a los problemas que como sociedad nos aquejan.

Bibliografía

- AGUADO CORREA, Teresa, «*El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*», Editorial EDERSA, Madrid, España, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición. Madrid, España. Editorial Hamurabbi, 1999
- BACIGALUPO, Enrique, «*Principios de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición. Madrid, España. Ediciones Akal, 1998
- BERNAL PULIDO, Carlos, «*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Control Social y Sistema Penal*», editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1987
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «*Manual de Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición, editorial Ariel, Barcelona, España, 1989.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «*Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*», 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- COUSIÑO MAC IVER, Luís, «*Derecho Penal Chileno. Parte General*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1975.
- CURY URZÚA, Enrique, «*Derecho Penal, Parte General*», Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999.

- DIAZ LISBOA, Marcelo Esteban, «Los Principios Rectores del Derecho penal en la Historia Constitucional de Chile», Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1992. Profesor guía, Luís Rodríguez Collao.
- ETCHEBERRY, Alfredo, «*Derecho Penal*», Tomo I, 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1998
- FERRAJOLI, Luigi, «*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*», 2ª edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997.
- FOUCAULT, MICHEL, «*La Verdad y las Formas Jurídicas*». Barcelona, España. Editorial Gedisa, 1996
- FOUCAULT, Michel, «Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión», 1ª reimpresión argentina, Siglo xxi Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003
- GARRIDO MONTT, Mario, «*Derecho Penal, Parte General*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*», editorial COLEX, Madrid, España, 1990.
- HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. «*Introducción a la Criminología y al Derecho penal*». Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, España, 1989
- HULSMAN, Louk & BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*», Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984
- JAÉN VALLEJO, Manuel «*Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*», 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial AD-HOC, 1999.
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición, Editorial Comares, Granada, España, 2002
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, «*La Ley y el Delito*», 2ª edición, Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, «*Tratado de Derecho Penal*», T. II, Segunda Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Argentina
- KANT, Immanuel, «*La Metafísica de las Costumbres*», Editorial Altaya, Barcelona, España, 1996.
- LABATUT, Gustavo, «*Derecho Penal*», Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1958
- LISZT, Franz Von, «*La Idea de Fin en el Derecho Penal*», Editorial EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1984.
- LISZT, Franz Von, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, 2ª edición en español traducida por Quintiliano SALDAÑA, Editorial Reus, Madrid, España, 1926.
- MANZINI, Vincenzo, «*Tratado de Derecho Penal*», Tomo I, Vol. I, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1948.
- MERA FIGUEROA, Jorge, «*Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*», Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1998
- MIR PUIG, Santiago, «*Derecho Penal. Parte General*», 5ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1998.
- MIR PUIG, Santiago, «*Introducción a las Bases del Derecho Penal*», 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2003.

-
- MOCCIA, Sergio «*El Derecho Penal, entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*». Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2003.
- MUÑOZ-CONDE, Francisco. «*Derecho penal y control social*». Fundación Universidad de Jerez, España, 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, «*Introducción al Derecho penal*», 2ª edición, Editorial B. de F., Buenos Aires, Argentina, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes, «*Derecho Penal. Parte General*», 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1998.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, «*Curso de Derecho Penal Chileno*», Tomo I, 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 1985.
- PUIG PEÑA, Federico, «*Derecho Penal*», Tomo I, Volumen I, 5ª edición. Barcelona, España. Ediciones Nauta, 1959
- ROXIN, Claus, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «*Estudios de Derecho Procesal Penal*», Editorial Comares, Granada, España, 1995.
- RUIZ VADILLO, Enrique, «*El Derecho Penal Sustantivo y el Proceso Penal: Garantías Constitucionales Básicas en la Realización de la Justicia.*», Editorial COLEX, Madrid, España, 1997
- SILVESTRONI, Mariano H., «*Teoría Constitucional del Delito*», Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Varios Autores, « **Los derechos humanos en el proceso penal: función en el derecho interno, detención, prisión preventiva, recurso contra la sentencia de condena** », edición a cargo de Luis M. García , Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Varios Autores, «*Prevención y Teoría de la Pena*», Director Juan BUSTOS RAMÍREZ, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, «*Tratado de Derecho Constitucional*», Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, 1997.
- URZÚA VALENZUELA, Germán, «*Manual de de Derecho Constitucional*», Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1991
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge «*El Sentido de los Principios Penales: Su Naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*», 1ª Edición, 2002, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, pp. 251-252
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, «*Derecho Penal. Parte General*», 2ª edición, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 2002