



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE ARGUMENTACIÓN

HERRAMIENTAS PARA EVALUAR LA ARGUMENTACIÓN POR
CONSECUENCIAS EN PROYECTOS DE LEY QUE CREAN Y/O
MODIFICAN TIPOS PENALES: EL CASO DE LA LEY 21.208
“ANTISAQUEOS Y ANTIBARRICADAS”

Memoria para optar al Grado profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Autor: Gonzalo Andrés Olivares Araya

Profesora guía: Constanza Ihnen Jory

Santiago, Chile

2023

Índice

Resumen.....	1
Introducción.....	2
1. Capítulo I: La racionalidad de las leyes penales.....	5
1.1. Razón débil y razón fuerte.....	5
1.2. Hacia un modelo de racionalidad legislativa.....	7
1.3. Cinco niveles de racionalidad legislativa.....	9
1.3.1. Racionalidad lingüística.....	10
1.3.2. Racionalidad jurídico-formal.....	10
1.3.3. Racionalidad pragmática.....	11
1.3.4. Racionalidad teleológica.....	11
1.3.5. Racionalidad ética.....	12
1.4. Un modelo de racionalidad legislativa en materia penal.....	13
1.4.1. La racionalidad ética en materia penal.....	14
1.4.2. Principios de la protección o tutela.....	15
1.4.2.1. El principio de lesividad.....	15
1.4.2.2. El principio de esencialidad o fragmentariedad.....	16
1.4.2.3. El principio de interés público.....	16
1.4.2.4. El principio de correspondencia con la realidad.....	16
1.4.3. Principios de la responsabilidad.....	17
1.4.3.1. El principio de certeza o de seguridad jurídica.....	17
1.4.3.2. El principio de responsabilidad por el hecho.....	17
1.4.3.3. El principio de imputación.....	18
1.4.3.4. El principio de reprochabilidad o culpabilidad.....	19

1.4.3.5. El principio de jurisdiccionalidad.....	19
1.4.4. Principios de sanción.....	21
1.4.4.1. El principio de humanidad de las penas.....	21
1.4.4.2. El principio de los fines de la pena.....	21
1.4.4.3. El principio de proporcionalidad de las penas.....	22
1.4.4.4. El principio del monopolio punitivo estatal.....	22
1.4.5. El criterio democrático y racionalidades sucesivas.....	22
2. Capítulo II: La argumentación en el debate legislativo.....	25
2.1. La justificación racional de la legislación.....	25
2.2. La argumentación en el debate legislativo.....	28
2.3. La argumentación por consecuencias.....	29
2.4. Analizar una argumentación por consecuencias.....	31
2.4.1. El esquema argumentativo.....	31
2.4.2. El tipo de proposición involucrado en el punto de vista.....	31
2.4.3. Los tipos de proposiciones involucrados en la argumentación.....	32
2.4.4. La función de las premisas.....	33
2.4.5. Esquema argumentativo en la argumentación por consecuencias.....	34
3. Capítulo III: Evaluación de la argumentación por consecuencias.....	37
3.1. Evaluar la argumentación por consecuencias.....	37
3.1.1. Preguntas críticas para evaluar la suficiencia.....	38
3.1.2. Preguntas críticas en la discusión general de un proyecto de ley.....	39
3.1.2.1. Permisibilidad.....	40
3.1.2.2. Coherencia.....	42

3.1.2.3. Factibilidad.....	42
3.1.2.4. Prioridad.....	43
3.1.2.5. Necesidad.....	43
3.1.2.6. Idoneidad.....	45
3.1.2.7. Costo-Beneficio.....	45
4. Capítulo IV: Preguntas críticas relevantes en el contexto legislativo penal.....	46
4.1. Evaluar la racionalidad ética.....	46
4.1.1. Preguntas críticas en R1.....	47
4.1.2. Principios de protección o tutela.....	48
4.1.2.1. Principio de lesividad.....	48
4.1.2.2. Principio de esencialidad o fragmentariedad.....	48
4.1.2.3. Principio de interés público.....	48
4.1.2.4. Principio de correspondencia con la realidad.....	48
4.1.3. Principios de responsabilidad.....	49
4.1.3.1. Principio de certeza o de seguridad jurídica.....	49
4.1.3.2. Principio de responsabilidad por el hecho.....	49
4.1.3.3. Principio de imputación.....	49
4.1.3.4. Principio de reprochabilidad o culpabilidad.....	49
4.1.3.5. Principio de jurisdiccionalidad.....	49
4.1.4. Principios de sanción.....	50
4.1.4.1. Principio de humanidad de las penas.....	50
4.1.4.2. Principios de los fines de la pena.....	50
4.1.4.3. Principio de proporcionalidad de las penas.....	50

4.2. Evaluar la racionalidad teleológica.....	50
4.2.1. Preguntas críticas en R2.....	53
4.3. Evaluar la racionalidad pragmática.....	53
4.3.1. Preguntas críticas en R3.....	55
4.4. Evaluar la racionalidad sistemática.....	55
4.4.1. Pregunta crítica en R4.....	56
4.5. Evaluar la racionalidad lingüística.....	56
4.5.1. Preguntas críticas en R5.....	57
4.6. Interrelación de niveles y preguntas de optimización.....	57
4.6.1. Preguntas críticas de cierre.....	60
5. Capítulo V: Preguntas críticas en la discusión de la ley 21.208.....	61
5.1. Contexto de la propuesta: “el Estallido”.....	61
5.2. Moción parlamentaria.....	63
5.3. Propuestas de acción de la moción.....	64
5.4. Argumentos pragmáticos a favor de la moción.....	65
5.5. Argumentos pragmáticos en particular.....	72
5.6. Evaluar la racionalidad del proyecto.....	76
5.6.1. El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad ética.....	77
5.6.1.1. El proyecto no satisface el principio de lesividad.....	78
5.6.1.2. El proyecto no satisface el principio de imputación.....	78
5.6.1.3. El proyecto no satisface el principio de los fines de la pena.....	79
5.6.1.4. El proyecto no satisface el principio de proporcionalidad de las penas.....	79

5.6.2. El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad Teleológica.....	81
5.6.3. El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad pragmática	83
5.6.4. El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad sistemática.....	86
5.6.5. El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad lingüística.....	87
5.6.6 El proyecto no satisface los criterios del nivel de ponderación.....	89
5.7 Consideraciones finales del capítulo.....	93
Conclusión.....	98
Bibliografía.....	101

RESUMEN

En la práctica legislativa penal es común que los proyectos de ley, al momento de ser presentados, estén revestidos de un alto contenido de arbitrariedad, oportunismo y populismo penal (Diez Ripollés, 2013). Sin embargo, existe la expectativa de que sea el propio proceso legislativo quien depure estos lastres de irracionalidad mediante el debate que se lleva a cabo en el seno de la discusión parlamentaria. En este sentido, y para juzgar la razonabilidad de un proyecto en particular, un buen camino es examinar críticamente los argumentos en que se funda. De esta forma, se han creado herramientas para evaluar la calidad de los argumentos vertidos en el debate legislativo (v.gr., Ihnen, 2012, 2017). Siguiendo esta misma línea, la presente tesis toma como base las herramientas ya desarrolladas, para adaptarlas al contexto específico de proyectos que busquen la creación y/o modificación de tipos penales, con el objeto de hacerlas más comprensivas de los contenidos de racionalidad que han de ser tenidos en cuenta en el ámbito de creación de estas leyes penales en particular (Atienza, 1992; Diez Ripollés, 2013). Para estos efectos, nos valdremos del caso de la Ley 21.208 que modifica el Código Penal, popularmente conocida como “Ley antibarricadas y antisaqueos”.

INTRODUCCIÓN

Los estudiantes de derecho nos hemos acostumbrado a examinar nuestro objeto de estudio como un *corpus* “dado”. Se nos ha convencido de que la labor de un jurista se circunscribe a las tareas de describir, interpretar, sistematizar y aplicar el derecho vigente. Todo lo que está antes de la promulgación de una ley es una parcela cuyo acceso se nos ha vedado, como si la producción del derecho quedase por fuera del derecho mismo (Oliver-Lalana 2019, 15). Resulta que esta es una tradición que se arrastra hace ya más de dos siglos:

En realidad, la creación de las leyes como tarea científica formó parte de la filosofía de la ilustración (...) pero pasó a la historia en el siglo XIX, con el tránsito del iusnaturalismo al iuspositivismo. Esta exclusión tenía sentido: la legislación es una manifestación de voluntad, y su conformación resulta inaprehensible desde los esquemas científicos positivistas, que sólo admite como paradigma de ciencia el de las ciencias formales, como la lógica, y empíricas. De modo que la única parcela del Derecho que puede tener índole científica es el “ser” del Derecho, es decir, el Derecho dado o positivo. El “deber ser” del Derecho queda relegado a la crítica moral, que es un saber o disciplina en absoluto científica. (Marcilla Córdoba 2019, 311)

Que ubiquemos a la creación de las leyes en una posición alejada de los saberes científicos, no significa que la legislación deba ser abandonada al reino de la irracionalidad. La conciencia de lo anterior ha morigerado la desatención que los juristas han dado históricamente a la creación del derecho. No obstante, su interés se ha dirigido principalmente a los efectos negativos que la mala calidad de las leyes tiene sobre su interpretación y aplicación, con un foco en sus defectos formales (falta de claridad, coherencia, sistematicidad, etc.) manteniendo en gran medida el sesgo positivista. Esta tendencia cambió en las últimas décadas donde la ley ya no sólo es examinada desde una perspectiva formalista sino también desde una óptica sociológica, política e incluso axiológica. Estos nuevos enfoques nos muestran que la calidad de una ley puede ser juzgada negativamente cuando se advierte que ha

sido creada con fines meramente electorales, cuando se ha aprobado sin consideración de las posibilidades reales fácticas de su observancia por parte de sus destinatarios, si su diseño no permite alcanzar los objetivos que ha proyectado, cuando adolece de legitimidad por razones procedimentales o sustantivas, entre otras (Marcilla Córdoba 2019, 311-317). Nuestro trabajo se enmarca en esta última tendencia.

El objetivo inmediato de nuestra labor será presentar resumidamente los presupuestos teóricos que nos permiten reclamar al proceso de creación de las leyes como una actividad racional. Para lograrlo, nos centraremos en el trabajo de Manuel Atienza quien además de sentar las bases teóricas de nuestro estudio, propone un modelo para el análisis de la racionalidad legislativa. En seguida, presentaremos resumidamente el trabajo de José Luis Díez-Ripollés quien propone adaptar un modelo racional de elaboración legislativa en materia penal:

(...) la reflexión jurídicopenal se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlos mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho, sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicopolíticos para ello. (Díez-Ripollés 2013, 103)

Sobre esta base, intentaremos proveernos de los medios para adentrarnos al debate parlamentario, que es el lugar donde la razonabilidad de las decisiones legislativas puede ser juzgado. Para esto, presentaremos resumidamente una herramienta de análisis y evaluación propuesta por Constanza Ihnen que nos permitirá mirar de cerca el vehículo más utilizado por el legislador a la hora de justificar sus decisiones: la argumentación por consecuencias. A continuación, veremos la manera en que se puede conjugar el modelo de elaboración legislativa en materia penal de Díez-Ripollés con la herramienta de evaluación argumentativa de Ihnen, con el objeto de adaptar una serie de preguntas críticas que nos permitan poner a prueba la racionalidad de los proyectos de ley en materia penal. Finalmente, realizaremos un ejercicio donde veremos la forma en que estas preguntas pueden

operar en la práctica para la evaluación de la racionalidad de un proyecto de ley en materia penal. Para estos efectos, hemos escogido el debate de la ley 21.208 popularmente conocida como “Ley antisaqueos y antibarricadas”.

CAPÍTULO I

LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

La creación de la ley es una tarea que las sociedades democráticas han delegado en el ente legislador. Pese a encontrarse en una posición privilegiada para su estudio, los juristas han desatendido el proceso de creación del derecho como si este se encontrase en una parcela ajena al derecho mismo¹. Para hacer frente a esta tendencia histórica, se ha ido desarrollando una incipiente teoría de la legislación que, en miras de su mejoramiento, busca suministrar un marco adecuado para el estudio de la tarea legislativa.

El objetivo de este capítulo es describir dos modelos que pretenden un incremento de la racionalidad legislativa con respecto a la práctica legislativa existente. El primero, que sentó las bases de nuestro estudio, es el modelo de racionalidad legislativa en cinco niveles propuesto por Manuel Atienza, y el segundo, es una revisión propuesta por José Luis Díez-Ripollés, quien complementa y adapta el modelo original a la práctica legislativa en materia penal.

1.1 Razón débil y razón fuerte

Cuando Manuel Atienza (1989) aborda el problema de la relación entre ley y razón, lo hace augurando un sinuoso camino más bien poblado de dudas que de certezas². Para introducir su proyecto, se apoya con una referencia al trabajo previo de Norberto Bobbio (1985) donde el filósofo italiano plantea la siguiente distinción:

La razón fuerte es la que crea, descubre o revela --según los distintos puntos de vista en la tradición del Derecho racional-- el Derecho, es decir, las reglas a las que el hombre racional debe atenerse, y no se

¹ Quienes han abordado el estudio de la legislación o jurisprudencia, suelen partir con una reflexión sobre la preocupante desatención que los juristas y las escuelas de Derecho han tenido respecto al tema de la creación de la ley. Véase Oliver-Lalana, 15; Díez Ripollés 13; Bar-Siman-Tov, 527; Wim Voermans 563-566; Atienza, 270-271.

² Atienza reconoce que al ser la razón uno de los conceptos centrales de la filosofía, no es solo extraordinariamente rico, sino que también inevitablemente ambiguo y disputado. En este contexto, excede el propósito de su trabajo el ser aporte para una más amplia y completa teoría de la razón por la formidable complejidad que una empresa de estas características tendría.

limita a indicarlas, sino que las pone, propone o impone (...); la razón débil es aquella que, una vez establecidas las reglas --y no importa que éstas estén puestas por la razón o por una voluntad superior-- , las aplica al caso concreto y para aplicarlas al caso concreto se vale de los procedimientos descritos o regulados por la lógica, por la tónica, por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que se pueden hacer entrar en el concepto de razonamiento. (Bobbio 1985, 19)³

De acuerdo con Manuel Atienza, estas dos “intensidades” a las que Bobbio se refiere, corresponden a los dos niveles o momentos en que la razón se encuentra íntimamente ligada con la ley: el de su creación --o momento legislativo-- y el de su aplicación --o momento judicial--. De esta manera, nos provee una estructura inicial para abordar los principales problemas con los que tendremos que lidiar si es que decidimos centrarnos en un nivel u otro. Respecto del momento legislativo, se presenta el problema sobre la posibilidad de afirmar o negar la existencia de una *ley racional*, y del momento judicial, el problema de si es posible reivindicar el *razonamiento legal* como un tipo de razonamiento con características propias (Atienza 1989, 270).

Sobre esta primera distinción, diremos que la casi exclusiva atención que durante los últimos dos siglos los juristas han puesto en las tareas de describir, interpretar, sistematizar, y aplicar las leyes, han hecho gravitar la discusión respecto del nexo entre la razón y el derecho “dado”. Por lo mismo, descartamos de inmediato todo desarrollo alrededor de este punto, con el objetivo de centrarnos exclusivamente en la relación que existe entre la ley y la razón al momento de su creación.

³ En otra variante de la misma distinción, Bobbio (1985) plantea: (...) cuando hablamos de una “ley de la razón” o de “ley racional”, el término “razón” (que aquí aparece como adjetivo y no como sustantivo) es usado en sentido fuerte, en tanto facultad especial del hombre (el hombre animal racional de la tradición clásica) de captar la esencia de las cosas, o --para usar una fórmula que gustan siempre usar los juristas sin nunca explicar qué significa realmente- la “naturaleza de las cosas”, “la facultad de establecer las conexiones necesarias entre las partes y el todo” “y así obtener normas de conducta vinculantes”. Por otro lado, en la expresión “razón legal”, “el mismo término (“razón”, que ahora aparece como sustantivo) ha sido usado principalmente en el sentido débil de capacidad de razonar en todas las formas en las cuales hablamos de razonamiento, como inferencia, cálculo, argumentación, etc.” (Traducción propia.)

Aun con lo gráfica que resulta la división planteada por Bobbio, el contraste entre razón débil, formal o instrumental, por un lado, y razón fuerte, sustancial o final por el otro, si bien ayuda como criterio de demarcación, no es suficiente para aclarar la noción de racionalidad que desea proponer Atienza. En su opinión:

Lo que se necesita, no es tanto una más general y completa teoría de la razón (...) sino, más bien, una concepción *estructurada* de la razón (en un sentido similar al de una teoría estructurada del delito) lo cual, entre otras cosas, nos permite conectar (y no solo separar) estos dos sentidos o tipos de racionalidad a los cuales me acabo de referir. En resumen, aquello implica articular diferentes niveles de racionalidad, lo que significa no sólo distinguir unos de otros los diferentes tipos de racionalidad, sino también ordenarlos en algún sentido. (Atienza 1989, 272)⁴

1.2 Hacia un modelo de racionalidad legislativa

Para entender mejor el proyecto de Atienza cuando se refiere a la necesidad de articular diversos niveles de racionalidad, puede servir retroceder a ese primer momento en que la comunidad políticamente organizada reconoce la falta de relación entre una determinada realidad social y su correspondiente respuesta jurídica⁵. Lo importante de este momento, es que en él logramos mirar de frente a ese espacio de incertidumbre donde los problemas ya no pueden ser resueltos con referencia al derecho vigente, en palabras del autor:

Ser racional significa, sobre todo, ser capaz de enfrentar nuevos problemas, es decir, problemas que no pueden ser resueltos simplemente aplicando normas preestablecidas (...) [S]i necesitamos la racionalidad es básicamente para ser capaces de enfrentarnos a

⁴ Traducción propia.

⁵ Aquí nos ubicamos en la denominada fase pre-legislativa que, en palabras de Díez-Ripollés “(..) se inicia con el éxito de un agente social en hacer *creíble* la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal. Por tal disfunción social se ha de entender, en términos generales, una falta de relación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o falta de respuesta que a ella da el subsistema jurídico, en este caso el derecho penal.” (Díez-Ripollés 2013, 20)

problemas que tengan que ver con la comprensión del mundo (problemas de conocimiento) y de cómo actuar en él (problemas prácticos) (Atienza 1989, 273)⁶

Como podemos ver, en esta fase preliminar o pre-legislativa es donde se hace posible la constatación de la insuficiencia del proceso de aplicación de las leyes en la consecución de los fines para los cuales fueron creadas. Una vez constatada esta insuficiencia, el consecuente llamado a la razón se realiza con el objeto de ir destrabando los límites autoimpuestos de la realidad jurídica vigente para que se activen los mecanismos institucionales encargados de llenar lo que comienza a ser percibido como un *vacío legal*; estos mecanismos constituyen el momento legislativo, y en esta instancia previa, la razón actúa para poner en marcha el proceso de creación y/o modificación del derecho vigente.

Manuel Atienza asume que la racionalidad legislativa debe ser entendida, esencialmente, con referencia al proceso de producción de las leyes. Como consecuencia de esto, la interrogante que de inmediato salta a la vista es la siguiente: ¿Bajo qué condiciones la actividad creadora del derecho puede ser considerada como racional? En palabras del autor:

(...) la racionalidad del proceso de creación de las leyes presupone la racionalidad de la institución como tal y determina --al menos en alguna medida-- la racionalidad de sus productos, las leyes. Hay momentos en que puede tener sentido decir que una ley es racional aun cuando el proceso de su producción no lo haya sido (por ejemplo, cuando la ley resuelve un problema social, aunque haya sido creada ignorando esenciales --y conocidos-- hechos acerca del problema), pero esto es más bien excepcional. Lo contrario es, desafortunadamente, más plausible: a pesar de haber legislado racionalmente, la ley puede llevar

⁶ Ahora, en cualquier problema cognitivo o práctico una dimensión lógica está envuelta -una dimensión argumentativa- pudiendo ser dicho que la racionalidad lógica es el más básico nivel de racionalidad y que es de naturaleza instrumental en relación con la racionalidad teórica y práctica. Lo dicho anteriormente también implica aceptar -como usualmente se hace- que la racionalidad es esencialmente el predicado de, por un lado, creencias y opiniones, y por el otro, de decisiones y acciones. (Atienza 1992, 274) Traducción propia.

las cosas aún peor de lo que estaban anteriormente. (Atienza, 1989, 277)⁷

En consecuencia, la estrecha relación entre institución, proceso de creación, y las leyes que surgen de este proceso, hace surgir la necesidad de poner a punto un modelo que permita establecer los contenidos de racionalidad que han de ser tenidos en cuenta en todo proceder legislativo con el fin de aumentar la racionalidad de las leyes.⁸

1.3 Cinco niveles de racionalidad legislativa

El modelo de racionalidad legislativa de Atienza se estructura a partir de la interacción de los diversos elementos que tienen cabida en el proceso de producción de las leyes. Los elementos que identifica son: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores.

Desde un punto de vista muy abstracto, se puede decir que los edictores son los autores de las normas; los destinatarios son aquellos a quienes las normas son dirigidas; el sistema jurídico es el conjunto del cual la nueva ley forma parte; los fines son los objetivos o metas (entendidos en el más amplio sentido) que son perseguidos en el establecimiento de las leyes; y los valores son las ideas que sirven para justificar tales fines. (Atienza 1989, 277)⁹

⁷ Traducción propia.

⁸ Debemos aclarar que este objetivo no está explícito en el trabajo de Atienza. Su estructura la establece más bien pensando en el objetivo de "(...) definir o precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación. El esquema indicado permite mostrar cuáles serían las técnicas para potenciar la racionalidad legislativa o para evitar, en la medida de lo posible, incurrir en irracionalidad" (Atienza 1992, 387) No obstante, adelanta que un modelo dinámico de la legislación no debería quedarse en lo meramente descriptivo, sino que debería también incluir aspectos prescriptivos: "el objetivo de la teoría de la legislación no es sólo describir, sino también explicar y proponer procedimientos que suponga un incremento de la racionalidad con respecto a la práctica legislativa existente" (Atienza 1992, 401)

⁹ Traducción propia.

A partir de este punto, Atienza distingue cinco niveles de racionalidad, los cuales estructura jerárquicamente según el potencial de solución de los conflictos que puedan surgir entre los distintos niveles, y que deben ser resueltos dando prioridad a los niveles superiores, siendo R1 el más bajo y R5 el más alto, a saber: racionalidad lingüística (R1), racionalidad jurídico-formal (R2), racionalidad pragmática (R3), racionalidad teleológica (R4), racionalidad ética (R5). Los cuatro primeros niveles, en cuanto a su adecuación de medios a fines, parten de una racionalidad instrumental, mientras que el nivel de la racionalidad ética es un tipo de racionalidad distinto porque no trata de ver qué medios son adecuados para ciertos fines, sino qué fines (o qué medios) están éticamente justificados (Atienza 1992, 386). A continuación, enunciaremos brevemente las características de cada uno.

1.3.1 Racionalidad lingüística

En este primer nivel, el sistema jurídico es visto como un sistema informativo compuesto de enunciados lingüísticos organizados a partir de un lenguaje común al emisor y al receptor donde los mensajes se transmiten mediante las leyes. En palabras de Atienza:

Los fines del proceso legislativo en R1 son la accesibilidad, la claridad y la precisión de los mensajes normativos. El valor que subyace tales fines es la comunicación (...) se puede decir que una ley es irracional (o no completamente racional) en la medida en que falla como un acto de comunicación. (Atienza 1989, 279)¹⁰

En otras palabras, este nivel de racionalidad se satisface cuando el emisor es capaz de transmitir con fluidez el mensaje contenido en la ley a sus destinatarios.

1.3.2 Racionalidad jurídico-formal

En este segundo nivel, cobra importancia la noción de ordenamiento jurídico, que es entendido como un conjunto de normas estructuradas dentro de un sistema

¹⁰ Traducción propia.

coherente que debe velar por su propia cohesión interna mediante el control de las nuevas normas que vienen a formar parte de él:

El objetivo del proceso legislativo es la calidad sistemática vista como la adecuación de la forma y estructura de las leyes (...) o la compatibilidad de la nueva ley con el conjunto ampliado de leyes del cual forma parte, para evitar contradicciones, lagunas y superfluidades. (Atienza 1989, 279)¹¹

En R2, también llamada racionalidad sistemática, la tarea legislativa puede ser considerada como racional en la medida en que la nueva ley logre insertarse armoniosamente dentro del sistema y que, de esta manera, no erosione la estructura del ordenamiento jurídico.

1.3.3 Racionalidad pragmática

El tercer nivel busca que los destinatarios adapten su conducta a lo que prescribe la ley:

El objetivo es que las leyes se apliquen, es decir, que no sean sólo declaraciones lingüísticas o directrices, sino “derecho en acción”. El valor que subyace aquí es la eficacia, el mantenimiento del orden. (Atienza 1989, 280)¹²

En R3 es racional el proceso legislativo que logra proveer los medios idóneos para impedir que las leyes resulten ineficaces o devengan irrealizables.

1.3.4 Racionalidad teleológica

En el nivel de la racionalidad teleológica se busca que los fines sociales perseguidos puedan ser alcanzados mediante las leyes. En consecuencia, el sistema jurídico es entendido como un medio para alcanzar los fines que dicta, idealmente, el interés general:

¹¹ Traducción propia.

¹² Traducción propia.

Aquí el objetivo puede ser la distribución de la riqueza, el aumento o la disminución de la protección social, la reducción del desempleo, el mantenimiento de las ventajas políticas o económicas, etc. El valor que rige la consecución de tales fines es la eficiencia: maximizar los efectos sociales deseados y minimizar los indeseables. (Atienza 1989, 280)¹³

En este cuarto nivel, el proceso legislativo será racional sólo en la medida en que produzca leyes que sirvan como medios adecuados para alcanzar los fines sociales perseguidos.

1.3.5 Racionalidad ética

En el quinto nivel de racionalidad legislativa, el sistema jurídico es visto como un conjunto de normas que deben ser evaluadas bajo el prisma de un determinado sistema de creencias. Como podemos adivinar, los fines que puedan ser considerados como valiosos por una sociedad en particular variarán según el sistema de creencias que se adopte, no obstante, Atienza confía en que de una manera abstracta se puede decir que estos son: libertad, igualdad y justicia.

Los valores éticos (...) son las ideas (organizadas en teorías éticas) que permite justificar tales fines (la naturaleza en el Derecho Natural, la dignidad humana en una concepción de tipo Kantiana, la felicidad en la teoría utilitarista, o el consenso en el neocontractualismo o en la ética discursiva) (Atienza 1989, 280)¹⁴

Por lo tanto, el proceso de producción de las leyes satisface la exigencia de racionalidad en este nivel cuando las conductas que prescribe, los fines que persigue, los medios y los valores que sustentan la ley, son susceptibles de justificación ética.¹⁵

¹³ Traducción propia.

¹⁴ Traducción propia.

¹⁵ Aquí debemos añadir que, si bien la estructura jerárquica que plantea Atienza determina la primacía del nivel ético, el conflicto que pueda presentarse entre los distintos niveles debe ser resuelto mediante una ponderación que tienda al equilibrio de los mismos, de modo que, al no resuelto mediante una ponderación que tienda al equilibrio de los mismos, de modo que, al no poder alcanzar la satisfacción completa de todos los niveles, el sacrificio de todo o parte de uno de ellos se haga a un coste razonable. (Atienza 2013, 714-715)

1.4 Un modelo de racionalidad legislativa en materia penal.

Sobre la base de esta estructura escalonada en cinco niveles, José Luís Diez-Ripollés (2019), preocupado por el déficit de racionalidad que dice haberse instalado en el ámbito político-criminal¹⁶, ofrece una revisión que busca adaptar el modelo a las especificidades propias de la elaboración legislativa penal. Para este autor, una decisión legislativa que afecte a materias relativas al control social, y al control penal en particular, merecerá ser considerada racional si atiende a todos o a la mayoría de los datos relevantes de la realidad jurídica sobre la que tal decisión pretende incidir (Diez-Ripollés 2019, 131). Una reflexión más profunda sobre el contenido de esta definición, permite identificar los cinco niveles a los que se refiere Atienza, pero, esta vez, con el objetivo de establecer un procedimiento racional de elaboración de las leyes penales.

Diez-Ripollés describe el propósito de su modelo como sigue:

Tras la selección de los diversos criterios de racionalidad a considerar, y una vez establecida su secuenciación e interrelación, deberá asegurar su puesta en práctica mediante su desagregación en principios o reglas más específicos y susceptibles de utilización en la actual realidad legiferante, así como distribuirlos adecuadamente a lo largo de las diversas fases operativas, estando, así, en condiciones de identificar violaciones de tales exigencias de racionalidad. (Diez-Ripollés 2013, 15)

Esta versión revisada del modelo de Atienza, debido a este propósito más prescriptivo, invierte la pirámide ubicando en primer lugar al nivel de la racionalidad ética. Los otros cuatro niveles, salvo una pequeña revisión en el de la racionalidad teleológica que mencionaremos al final de este apartado, están dotados esencialmente del mismo contenido propuesto por Atienza, y los ubica en orden

¹⁶ En palabras de Diez-Ripollés: “Por lo que concierne a la legislación penal, un análisis sumario de su evolución en las últimas décadas muestra el alto grado en que las decisiones legislativas han sido decisivamente influidas por demandas populares emocionalmente cargadas e irreflexivas, o por intereses políticos oportunistas y coyunturales. De ahí que el estudio de las decisiones legislativas penales bajo el prisma de la toma de decisiones racionales merezca ser un campo de investigación preferente en la política criminal y la criminología” (Diez-Ripollés 2019, 120).

decreciente, a saber: racionalidad ética, teleológica, pragmática, sistemática y lingüística. En sus propias palabras:

En primer lugar, creo que el estudio de las diversas racionalidades debe realizarse *de modo inverso* a como procede Atienza: si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes, la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad. (Diez-Ripollés 2019, 91)

En este punto nos detendremos en la revisión que Diez-Ripollés propone respecto del nivel de la racionalidad ética porque consideramos que constituye el aporte más notable que realiza este autor al modelo original.

1.4.1 La racionalidad ética en materia penal

El carácter de *última ratio*¹⁷ del derecho penal, exige que sus normas sean sometidas a un estándar de legitimación mayor al de las otras ramas del derecho. Esto significa que la intensa injerencia que representa el sistema punitivo en tanto mecanismo de control social, necesita que este se encuentre dotado de una alta correspondencia con el *sistema básico de creencias* del conjunto de la sociedad, entendiéndose como tal, aquellos comportamientos profundamente arraigados en la comunidad en un determinado momento histórico-cultural. En palabras del autor:

(...) a través de la *racionalidad ética* se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo. En terminología de Habermas, se trata de identificar *el mundo de la vida* de los integrantes de la colectividad, aquel

¹⁷ Condición que se predica del derecho penal, que solo puede ser utilizado por el Estado como el último recurso para proteger bienes jurídicos, cuando otros órdenes jurídicos han resultado insuficientes, al implicar su uso la razón de la fuerza. - Real Academia Española. Diccionario del español jurídico (2019). Definición disponible en: <https://dej.rae.es/lema/car%C3%A1cter-de-ultima-ratio-del-derecho-penal> (enero, 2020).

conjunto de actitudes vitales y principios reguladores del comportamiento que, en cuanto compartidos de forma generalizada, no están normalmente sometidos al principio del discurso, sino que modulan todo actuar comunicativo. (Diez-Ripollés 2013, 92)

Excede el propósito de este trabajo realizar un estudio acabado de los principios que fundamentan el derecho penal, por este motivo no entraremos a discutir las diversas teorías que los han dotado de contenido. Simplemente, haremos un breve resumen de aquellos que, a criterio del autor, formarían parte de este primer nivel de racionalidad legislativa:

Dentro de los contenidos éticos que condicionarían la intervención jurídicopenal habría que distinguir en primer lugar los principios que podríamos denominar *estructurales de primer nivel*, divididos a su vez en tres grandes grupos, y que establecerían los contornos básicos de una intervención penal legítima: los principios de la *protección* atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal. Los principios de la *responsabilidad* se ocuparían de los requisitos que deben concurrir en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él, y de algunos aspectos de su verificación. Y los principios de la *sanción* destacarían los fundamentos de la reacción con sanciones a la conducta criminalmente responsable. (Diez-Ripollés 2013, 92)

1.4.2 Principios de la protección o tutela

1.4.2.1 El principio de lesividad

El derecho penal debe actuar frente a conductas que afectan las necesidades de la convivencia social externa, y que, por ende, pueden ser consideradas como socialmente dañosas. A contrario sensu, en virtud de este principio, debiesen quedar excluidas de la reacción penal aquellas conductas que no repercutan externamente a los individuos:

Quedan fuera comportamientos que no obstaculizan la realización de los planes vitales de otros ciudadanos, o que, aun produciendo algunas molestias en ellos, son inherentes a la normal interacción social. En último término, el principio fija los límites de la tolerancia social en una determinada sociedad. (Diez-Ripollés 2019, 143)

1.4.2.2 El principio de esencialidad o fragmentariedad

Después de haber sido identificadas aquellas conductas socialmente dañosas, el principio de esencialidad o fragmentariedad asegura que la reacción penal se manifieste sólo respecto de aquellas conductas que afecten *gravemente* la convivencia social. Esto, en palabras del autor:

(...) sea debido a la importancia de los intereses afectados sea debido a la intensidad de la afección que se les causa. Ello se corresponde con la especialización del derecho penal en las amenazas más graves al orden social y con el acceso que tiene a las sanciones más duras del ordenamiento para contrarrestar tales amenazas. (Diez-Ripollés 2019, 143)

1.4.2.3 El principio de interés público

Este principio se encarga de que la reacción penal se dirija contra aquellas conductas que tengan el potencial de poner en riesgo el orden social en su conjunto, es decir, aquellas que afecten a intereses generales y cuyos efectos lesivos trasciendan la relación entre el autor y la víctima:

Al derecho penal se le atribuye, frente a otros sectores del ordenamiento, la función de intervenir cuando el conflicto tiene una potencialidad de *generalización* tal que, si no se reacciona de manera adecuada a él, puede generar unos efectos perturbadores que van más allá de los que ya produce en la concreta interacción social afectada. Dicho en términos simplificados, la pasividad ante el conflicto pondría en serio peligro la misma pervivencia del orden social. (Diez-Ripollés 2013, 144)

1.4.2.4 El principio de correspondencia con la realidad

En virtud de este principio, las conductas gravemente lesivas del orden social deben poder ser conocidas mediante un análisis empírico de la realidad social. De lo que se trata es de ubicarnos en un plano profundamente enraizado en nuestra sociedad contemporánea que ha decidido abandonar las explicaciones mágicas como forma de aproximación al mundo exterior:

En consecuencia, todo análisis de la realidad que abandone ese plano tropieza necesariamente con una inconsistencia ética. Este principio (...) vendría a decir en nuestro ámbito, el de los contenidos de protección, que toda conducta gravemente dañosa para los intereses públicos en el mantenimiento de determinada convivencia social externa ha de ser accesible a su constatación mediante las ciencias empíricosociales. (Diez-Ripollés 2013, 145)

1.4.3 Principios de la responsabilidad

1.4.3.1 El principio de certeza o de seguridad jurídica

Por medio de este principio se garantiza que los destinatarios de las normas puedan tomar conocimiento de las circunstancias en las que se activa la reacción penal y las consecuencias de esta reacción con el objetivo de que puedan adaptar su comportamiento a las expectativas normativas, evitando el riesgo de arbitrariedad de los poderes públicos:

Sin duda, constituye un componente de legitimación de las demandas formuladas al ciudadano para que acomode su comportamiento a la norma que está fuertemente arraigado en nuestra sociedad: expresaría la necesidad de que tal demanda la formule el órgano más cualificado para velar por los presupuestos esenciales para la convivencia, el poder legislativo, y que lo haga a través del procedimiento formal más exigente, la ley. (Diez-Ripollés 2013, 147)

1.4.3.2 El principio de responsabilidad por el hecho

Estrechamente relacionado con el principio de lesividad, este principio garantiza que sólo se pueda atribuir responsabilidad penal a quienes hayan exteriorizado una

conducta concreta, quedando impunes las elucubraciones delictivas que se puedan desenvolver en el fuero interno de los individuos:

(...) determina que las actitudes o decisiones que no se plasmen en una conducta externa han de quedar libres de cualquier responsabilidad penal, y tiene como consecuencia, por un lado, que no se haya de responder por la disposición genérica a delinquir, ni por la deliberación al respecto, ni siquiera por la mera resolución delictiva y, por otro, que de los elementos internos que originan o soportan los actos externos sólo se responde, en diferente medida, siempre que estos últimos tengan lugar. (Diez-Ripollés 2013, 147)

1.4.3.3 El principio de imputación

Este principio fija el estándar ético mediante el cual una conducta externa, y sus eventuales consecuencias lesivas, pueden ser reconducidas al hecho de una persona en particular. Este principio, a su vez, está compuesto de los subprincipios de la imputación objetiva e imputación subjetiva:

La imputación *objetiva* requiere que la conducta y su resultado mantengan una conexión material con esa persona, lo que generalmente se establece a través de la ley de causalidad. La imputación *subjetiva* añade a esa vinculación objetiva otra de naturaleza psicológica, de forma que la conducta y su resultado se puedan atribuir a la voluntad de actuar o no actuar, dolosa o imprudente de esa persona. En consecuencia, no hay responsabilidad penal si no hay causalidad o esta tiene lugar por accidente. (Diez-Ripollés 2019, 146)

El desenvolvimiento de este principio en su variante objetiva ha llevado a una graduación de la conexión material entre el hecho y la persona que permite distinguir entre comportamientos imperfectos y consumados, de autoría y de participación, activos y omisivos. Por su parte, se ha admitido una graduación de acuerdo a la diferenciada intensidad en que subjetivamente puede ser atribuida una

conducta a un individuo cuando esta ha sido cometida dolosa, o bien, imprudentemente.

1.4.3.4 El principio de reprochabilidad o culpabilidad

De acuerdo con el principio de reprochabilidad o culpabilidad, para hacer valer la responsabilidad penal, no basta con poder establecer el vínculo que va de un hecho delictivo a una persona determinada mediante la aplicación de los criterios de la imputación objetiva y subjetiva, sino que, además, es preciso que a esta se le pueda pedir cuentas por el proceso de motivación que la llevó a cometerlo:

Este principio, que se formula en términos negativos y excepcionales, expresa que la sociedad está dispuesta a renunciar a hacer responsable a una persona de comportamientos a ella imputables si, en alguna medida socialmente asumible, se puede afirmar que no pudo evitar tomar tal decisión, o le resultó especialmente difícil evitarla. (Diez-Ripollés 2013, 152)

1.4.3.5 El principio de jurisdiccionalidad

Son abarcados bajo el principio de jurisdiccionalidad los diversos criterios que mediante consenso ético han regido el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal. Estos criterios se han consolidado en los diversos sistemas jurídicos que comparten una cierta tradición común hasta cristalizarse en una serie de subprincipios que dotan de contenido el sistema procesal penal. A continuación, ofrecemos una breve descripción de los cuatro principales subprincipios rescatados por el autor.

El primer criterio o subprincipio es el *monopolio estatal* de la exigencia de responsabilidad penal:

La sociedad rechaza que sean los directamente afectados, o colectivos o grupos a ellos vinculados, los que determinen la responsabilidad concurrente. Prefiere desplazar la competencia hacia un tercero institucionalizado, el Estado, al que permite que se apodere del conflicto,

sustrayéndolo a los inmediatamente implicados o a sus apoyos sociales.
(Diez-Ripollés 2013, 155)

El segundo subprincipio es el de la *independencia e imparcialidad* del órgano encargado de dar por establecida la responsabilidad penal:

Mediante la primera se aseguraría que la responsabilidad se determina por un órgano que no depende de ningún otro a la hora de tomar su decisión, de manera que está en condiciones de aplicar sin sometimiento a nadie los principios éticos de la responsabilidad (...) Mediante la segunda se garantiza que tal órgano se mantiene en todo momento como un tercero no implicado en el conflicto sobre la determinación de responsabilidad, lo que supone que ni es una de las partes enfrentadas ni tiene relaciones o intereses particulares que le lleven a preferir desde un principio que la decisión se decante en un determinado sentido. (Diez-Ripollés 2013, 156)

El tercer subprincipio es el del *procedimiento contradictorio* en la determinación de la responsabilidad penal:

Son exigencias éticas el que se cuente con una acusación precisamente formulada a la que referir el debate, una dualidad de posiciones respecto a esa acusación, y unas mismas oportunidades para defender las respectivas posiciones, que incluyan facultades de alegar y probar los puntos de vista propios, y de conocer y rebatir las afirmaciones de la parte contraria. (Diez-Ripollés 2013, 156)

El último subprincipio es el de *actividad probatoria empírica*, que establece dos exigencias:

Por la primera (...) tiene inmediata consecuencia que no se puedan realizar afirmaciones o adoptar actitudes que prejuzguen los resultados de tal actividad; la presunción de inocencia sería una descripción acertada de tal exigencia. Por la segunda se plantea la necesidad de que

la determinación de la responsabilidad se ajuste a la verdad material de lo realizado o sucedido. (Diez-Ripollés 2013, 157)

1.4.4 Principios de la sanción

Hemos dicho más arriba que el carácter de *ultima ratio* del derecho penal se debe a que conlleva las más intensas sanciones que nuestras sociedades están dispuestas a admitir. Por este motivo, no son suficientes los acuerdos éticos que puedan ser alcanzados en los otros dos bloques de principios señalados precedentemente, mientras no exista consenso ético respecto de la pena en sí misma. A continuación, señalamos los principios que según el autor rigen su establecimiento.

1.4.4.1 El principio de humanidad de las penas

Este principio fija un límite de intervención que no debe nunca sobrepasar la sanción penal. Este límite se refiere al respeto de la dignidad humana de las personas, tanto en la naturaleza de las penas como en su forma de ejecución. Se sustenta en la idea de que existen ciertas sanciones éticamente inaceptables, con independencia de la gravedad de los hechos que las hayan activado, el daño que hayan producido, o la relevancia de los efectos que se quiera conseguir con ellas. Según el autor, se trataría de un principio pendiente de delimitación consistente debido a que persisten en el mundo contemporáneo importantes diferencias culturales respecto a lo que sea una reacción penal inhumana. (Diez-Ripollés 2013, 159)

1.4.4.2 El principio de los fines de la pena

Lo que busca este principio es que se determine qué es lo éticamente aceptable conseguir con la imposición de una pena:

Presupuestos de los efectos a producir serían que con ellos se pretenda prevenir directa, indirecta o mediatamente delitos; que se incida sobre delincuentes reales, potenciales o simplemente ciudadanos susceptibles de ser delincuentes; que la pretensión sea impedir materialmente comportamientos, alterar pautas de conducta, producir representaciones

mentales, o suministrar información relevante (...) todos los efectos constituirían un mal, aunque en muy diverso grado según los casos, para el afectado. (Diez-Ripollés 2013, 161)

1.4.4.3 El principio de proporcionalidad de las penas

En virtud de este principio, la intensidad de la sanción que recae sobre la persona que delinque debe tener estrecha relación con la entidad del daño provocado, y con el grado de responsabilidad que concurre en la realización del delito:

El principio tiene que atender, ya en el nivel legislativo, dos planos, que podríamos llamar abstracto y concreto. Por el primero la entidad de la pena prevista ha de corresponder a la importancia de lo tutelado y al ámbito de responsabilidad establecido. Por el segundo la pena debe configurarse de tal manera que permita ser acomodada a las variaciones que la afección al objeto de protección y la estructuración de la responsabilidad puedan experimentar en el caso concreto. (Diez-Ripollés 2013, 162)

1.4.4.4 El principio del monopolio punitivo estatal

Por medio de este principio, que es paralelo al que mencionamos en sede de responsabilidad, se expresa el consenso ético de que no deben ser los directamente afectados por el hecho delictivo quienes determinen la entidad de la pena. En la opinión del autor:

(...) mientras el juez siga teniendo la última palabra en la imposición de la pena, se rechace su ejecución directa por los particulares y resulten efectivos la supervisión y control estatales, se podrá entender observado el principio ético que estamos considerando. (Diez-Ripollés 2013, 163)

1.4.5 El criterio democrático y racionalidades sucesivas

Pertenece igualmente a la dimensión ética aquel criterio que nos permitirá resolver las disputas allí donde no exista un consenso. El mismo debe encontrarse profundamente arraigado en nuestro sistema de creencias y por ende contar con

legitimación ética. Según Diez-Ripollés, el único criterio éticamente legitimado para resolver las disputas concernientes a la toma de decisiones legislativas racionales que tengan lugar dentro de cualquier nivel de racionalidad, salvo el ético, es el democrático:

Bajo esta denominación se puede incluir todas aquellas propuestas que acuden, llegada la hora de tomar una decisión políticocriminal controvertida, a las opiniones y valoraciones en ese momento mayoritarias en la sociedad sobre el tema en cuestión. También se conoce como el criterio de las convicciones generales o de la opinión pública. (Diez-Ripollés 2013, 183)

Como podemos ver, después de alcanzado el consenso respecto de los principios que deben inspirar toda decisión legislativa en materia penal, se tendrá que emplear el criterio democrático para la obtención de compromisos respecto de aquellos contenidos donde no existe una aceptación general y en los cuales se ven enfrentados intereses de muy diversa índole. Para Diez-Ripollés, a diferencia de Atienza, más que preocuparse de si es posible lograr los objetivos sociales perseguidos por la ley, el nivel de racionalidad teleológico es donde se debe determinar los objetivos legales en sí mismos, es decir, el objeto de tutela, su grado de protección y los consecuentes niveles de responsabilidad y de sanción. Todo esto con la ayuda de la confrontación y la aplicación del principio democrático:

De este modo se reflejará el acuerdo ético-político alcanzado sobre la importancia de lo protegido, la intensidad de la obediencia exigida, las repercusiones negativas derivadas de tal desobediencia y su interrelación. (Diez-Ripollés 2013, 94-95)

Por lo tanto, en el nivel teleológico, tendrá un déficit de racionalidad aquella ley penal que no sea capaz de reflejar un acuerdo respecto de sus propios objetivos, en aplicación del criterio democrático, y aun habiendo prestado atención a todos los componentes ético-políticos relevantes.

Luego, el nivel de la racionalidad pragmática se encargará de hacer encajar los objetivos acordados en el nivel anterior a las posibilidades reales fácticas que están al alcance de la respectiva ley. En palabras del autor:

Que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser *cumplidos*, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; la pregunta se extiende desde la persecución policial hasta la ejecución de la sanción, pasando por la activación de la administración de justicia. (Diez-Ripollés 2013, 95)

A lo anterior se debe agregar que, siendo efectivos el cumplimiento y aplicación de la norma, los objetivos de la ley puedan ser cumplidos, es decir, que esta no solo sea factible, sino que también, eficaz. En consecuencia, la irracionalidad de una ley penal en el nivel pragmático se dará cuando esta no sea susceptible de un manifiesto cumplimiento por parte de sus destinatarios, así como cuando no pueda ser aplicada significativamente por los entes sancionadores, y, sobre todo, cuando no logre dar cumplimiento a los objetivos proyectados.

En lo que respecta a los dos últimos niveles, el jurídico-formal que se encarga de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico, y el lingüístico que se preocupa por el aspecto comunicativo de la norma, diremos que Diez-Ripollés comparte grosso modo la caracterización propuesta por Atienza. De esta manera, en sus propias palabras:

La irracionalidad jurídicoformal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación. (Diez-Ripollés 2013, 97)

CAPÍTULO II

LA ARGUMENTACIÓN EN EL DEBATE LEGISLATIVO

“Las leyes prescriben lo que es preciso hacer respecto de los casos futuros, y han sido establecidas no sin haber dado persuasivas razones que han de ser provechosas a los usuarios” (Demóstenes)¹⁸

Cuando afirmamos que la razonabilidad puede ser predicada de la actividad legislativa, es porque confiamos que el legislador no actúa por capricho o mero oportunismo al momento de decidir las normas que se incorporan al sistema jurídico. Para poder cerciorarnos de lo anterior, necesitamos acudir directamente a la fuente y juzgar por nosotros mismos si las razones esgrimidas en el debate parlamentario constituyen un fundamento suficiente de la decisión. En clave de la teoría de la argumentación, estas razones son los *argumentos* a favor o en contra de la aprobación de un proyecto de ley.

En el contexto parlamentario, la mención a las consecuencias favorables o desfavorables de la iniciativa en discusión predomina al momento de justificar la decisión. Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo de este capítulo es presentar la primera parte de una herramienta propuesta por Constanza Ihnen (2012, 2017, 2020), dedicada al análisis de la argumentación por consecuencias en el contexto legislativo.

2.1 La justificación racional de la legislación

Como se ha dejado entrever en nuestro primer capítulo, la posibilidad de dotar de contenidos de racionalidad a la práctica legislativa depende de la concepción de racionalidad que se adopte. Para quienes adoptan una concepción “débil”, la racionalidad práctica es equiparada con la racionalidad instrumental (Ihnen 2020, 400). Desde esta perspectiva, la justificación racional del proceso de creación de las leyes –entendido como la actividad de decidir sobre la aceptabilidad de las normas de acción– se encuentra restringido, porque la legitimidad de los fines u

¹⁸ Contra Áfobo XXIX 76, como se citó en Virgilio Zapatero Gómez, 2019, Lenguaje e Imperio de la Ley. Atenas, S.IV A.C.

objetivos perseguidos por una norma legal no es algo que en *última instancia* pueda ser decidido racionalmente (Ihnen 2020, 400).¹⁹ En otras palabras:

(...) no [es] que la selección de objetivos no pueda ser justificada por la razón en absoluto. Es una perogrullada que un determinado objetivo, O1, puede ser justificado presentándolo como un medio para conseguir el objetivo predefinido O2. Al punto al cual desean llegar [quienes defienden una racionalidad práctica instrumental] es que al final de esto –o de cualquier otra cadena de razones instrumentales– habrá, en última instancia, un objetivo no definido cognitivamente del cual toda la cadena de razones depende. (Ihnen 2020, 400)²⁰

Lo anterior implica que, si siguiéramos una concepción débil de racionalidad, nos veríamos compelidos a restringir nuestras posibilidades de estudio al aspecto técnico-jurídico de la ley. En consecuencia, estaríamos renunciando a la posibilidad de que la racionalidad se pueda predicar respecto de aquellas cuestiones éticas y valorativas que suelen esgrimirse en las discusiones sobre la aceptabilidad de las normas que son propuestas. Pero esto restringe innecesariamente el ámbito de la racionalidad al ámbito de lo empírico:

Algunos filósofos tienen un *parti pris* o un preconcepto que consiste en sostener que las declaraciones normativas que expresan puntos de vista evaluativos y prescriptivos (a menudo denominados “prácticos”) jamás pueden ser objeto de una discusión razonable (...) la exclusión de puntos de vista prescriptivos y valorativos de la esfera de lo razonable radica en que los juicios de valor y las opciones para la acción se observan como si estuviesen basados en las preferencias subjetivas y en los intereses personales. (H. van Eemeren 2012, 25)

En nuestro trabajo, en cambio, hemos decidido adoptar una concepción “fuerte” de racionalidad:

¹⁹ Constanza Ihnen (2020, 400) nos explica que, para estos autores, la racionalidad práctica es una noción vacía. En consecuencia, la legislación sería puro decisionismo. Traducción propia.

²⁰ Traducción propia.

Las concepciones de racionalidad legislativa “fuerte” parten desde una noción más amplia de racionalidad práctica: cuando la razón práctica es empleada instrumentalmente, la legitimidad de los objetivos que motivan el razonamiento pueden y deben ser justificados si estos son puestos en duda. En consecuencia, concepciones de racionalidad legislativa fuerte entienden el control racional de la legislación no solo como un procedimiento de testeo relativo a cuestiones de efectividad, eficiencia y coherencia, sino que también a la pregunta por la legitimidad de los fines legislativos. (Ihnen 2020, 401)²¹

Al asumir esta perspectiva, abogamos por un control de la racionalidad legislativa que nos permita sopesar las razones que da el legislador para justificar la aceptabilidad de los fines legislativos que persigue. Para poder llevar a cabo esta tarea, Ihnen (2020) propone extender análogamente la noción de una norma racionalmente justificada propuesta por Habermas (1992) para definir qué significa justificar racionalmente los objetivos de una norma. En la interpretación de la autora, Habermas diría que:

(...) una norma legal ha sido justificada racionalmente *en la práctica*, si es que ha sido aceptada por las partes afectadas, como resultado de un intercambio argumentativo que ha cumplido –cuanto sea posible en el contexto dado– con los estándares de un discurso racional. (Ihnen 2020, 403)²²

Y a esta definición añade que, dado que –por regla general-- los legisladores tratan de justificar una norma legal presentándola como un medio adecuado para alcanzar un objetivo legislativo, debiéramos exigir también que ese objetivo esté legitimado, legitimidad que supondría que todos los afectados por la consecución de ese objetivo sean capaces de aceptarlo como participantes en un discurso racional.

En consecuencia, cuando adherimos a una concepción “fuerte” de racionalidad, no sólo estamos asumiendo que nuestros parlamentarios –al menos idealmente–

²¹ Traducción propia.

²² Para Habermas el discurso debe ser racional en un nivel lógico, dialéctico y retórico (Ihnen 2020, 403)

discuten y ponderan las razones por las cuales legislan, y que sus deliberaciones deberían estar encausadas en proporcionar una justificación racional de las leyes que aprueban (Oliver-Lalana 2008, 534). También, aceptamos que tanto los juicios de valor como la conveniencia de las acciones –preponderantes en el discurso político-- pueden ser objeto de una discusión racional (H. van Eemeren 2012, 25). Al igual que estos autores, creemos que este posicionamiento es de vital importancia porque una asunción en sentido contrario proporcionaría a los políticos una coartada para abstenerse de justificar sus objetivos y evaluaciones, ofreciéndoles la oportunidad de *inmunizar* sus puntos de vista de toda crítica al proclamarlos más allá de la discusión (H. van Eemeren 2012, 26).

2.2 La argumentación en el debate legislativo.

El debate legislativo es la arena donde la aceptabilidad de las normas es juzgada. En esta instancia, los legisladores ponderan las *razones* a favor o en contra de una determinada propuesta de ley para decidir por mayoría si se aprueba o rechaza. En tanto usuarios del lenguaje, de acuerdo con el enfoque pragma-dialéctico²³, forman parte de una discusión, uno de cuyos propósitos es resolver mediante argumentación una diferencia de opinión:

Los enunciados presentados en el curso de la argumentación son razones o, como preferimos llamarlos, *argumentos* relacionados con un punto de vista (...) mediante un punto de vista se expresa una concepción que supone una cierta toma de posición en una disputa; mediante un argumento, se hace un esfuerzo por defender esa posición (...). Un argumentador sólo puede resolver racionalmente una disputa referente a un punto de vista si, por medio de la argumentación, logra

²³ Van Eemeren y Grootendorst proponen un enfoque que combina aspectos descriptivos y normativos para dar forma a un ideal de razonabilidad de una discusión crítica. En palabras de los autores: “El aspecto dialéctico consiste en que hay dos partes que intentan resolver una diferencia de opinión mediante el intercambio metódico de pasos (moves) en una discusión. El aspecto pragmático, está representado por la descripción de los pasos (moves) de la discusión como actos de habla. En nuestra teoría pragma-dialéctica la argumentación es descrita como un acto de habla complejo cuyo propósito es contribuir a la resolución de una diferencia de opinión o una disputa.” (Van Eemeren y Grootendorst 1992, 29)

convencer a su interlocutor de la aceptabilidad de su punto de vista.
(van Eemeren y Grootendorst 1992, 33-34)

Como podemos ver, siguiendo esta perspectiva, para que en la instancia legislativa se pueda hablar de una discusión “razonable”, los parlamentarios deben intentar seriamente tener un diálogo crítico destinado a resolver una diferencia de opinión porque, de lo contrario, estaríamos asistiendo a un “cuasi-debate” que no es más que un monólogo calculado solamente para ganar el consentimiento de la audiencia en relación con los propios puntos de vista (van Eemeren 2012, 26). Sobre este punto, compartimos la visión de van Eemeren quien realza la importancia de que en el momento de creación de la ley se dé un auténtico debate:

En el mejor de los casos, las democracias, como uno de sus objetivos centrales, deberían promover tales discusiones críticas de puntos de vista. Sólo si este es el caso, una participación estimulante en el discurso político puede mejorar la calidad de nuestras democracias.
(van Eemeren 2012, 27)

En adelante, presentamos la herramienta propuesta por Ihnen (2012, 2017) para analizar y evaluar el tipo de argumentación que ocupa un lugar preponderante en la justificación racional de los proyectos de ley: la argumentación por consecuencias o pragmática, como denomina de forma indistinta la autora.

2.3 La argumentación por consecuencias

La argumentación por consecuencias es un tipo de argumentación en el que se intenta justificar un curso de acción con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables (Ihnen 2017, 220)²⁴. El rol que cumple este tipo de argumentación en el debate legislativo ha sido recalcado desde la Antigüedad, persistiendo esta

²⁴ La autora nos explica que prefiere esta denominación por sobre la de “pragmática” o “consecuencialista” para evitar que se confunda el uso de este tipo de argumentación con la premisa del consecuencialismo clásico (citando a Bentham 1961, Mill 1998, Sidwick 1981) en que la idea de que la corrección de un acto moral depende sólo de sus consecuencias (volviendo irrelevante los compromisos o principios morales del hablante). Creemos que esta distinción es fundamental para nuestro trabajo donde la dimensión ética de la ley cumple un rol fundamental en su justificación racional, ubicándose en la jerarquía más alta de los niveles presentados en el capítulo 1.

tradición a través de los años, donde su preminencia en la práctica discursiva parlamentaria confirma su importancia (Ihnen 2012, 1). Por este motivo, en palabras de la autora:

Que la argumentación pragmática sea una parte integral de las discusiones legislativas, sugiere que el análisis sistemático y evaluación de los argumentos pragmáticos esgrimidos en estos debates es la precondition para un entendimiento apropiado y evaluación crítica de la justificación de la decisión legislativa. (Ihnen 2012, 2)²⁵

Desde la perspectiva pragma-dialéctica, la argumentación por consecuencias es vista como un acto de habla complejo que no sólo se encuentra orientado hacia el objetivo retórico de convencer a la contraparte sobre la aceptabilidad del punto de vista, sino que también como un acto de habla orientado a cumplir un rol constructivo en la etapa argumentativa de una discusión crítica con el objetivo dialéctico de resolver una diferencia de opinión de manera razonable²⁶ (Ihnen 2012, 3). Por ende, cuando asumimos que lo ideal para la democracia es que los parlamentarios sean partícipes de un auténtico debate, en términos dialécticos nos referimos a que, en virtud de los méritos de sus intercambios argumentativos, se logre el propósito de resolver la diferencia de opinión. De acuerdo con la autora:

Los argumentadores no necesitan estar efectivamente persiguiendo el objetivo dialéctico, pero cuando el fin último es evaluar el discurso desde la perspectiva de una discusión crítica, este es *analizado como si fuera* parte de un intento por resolver una diferencia en sus méritos y las partes son responsables de las reglas dialécticas que son instrumentales para ese propósito²⁷. (Ihnen 2012, 4)

²⁵ Traducción propia.

²⁶ De acuerdo con van Eemeren y Grootendorst (1992, 26) el enfoque dialéctico puede ser caracterizado como *crítico-racionalista* en que --a diferencia de los retóricos-- la razonabilidad no está determinada por el mero acuerdo intersubjetivo --o la aprobación de la audiencia--, sino que depende de que se haya resuelto la disputa de manera válida, es decir, de que se haya cumplido con un procedimiento argumentativo que sea adecuado para el logro del objetivo de resolver una diferencia de opinión.

²⁷ Traducción propia.

2.4 Analizar una argumentación por consecuencias

2.4.1 El esquema argumentativo.

De acuerdo con la teoría pragma-dialéctica, para poder resolver una disputa, el hablante debe presentar sus argumentos de manera tal que permita convencer al oyente sobre la aceptabilidad de su punto de vista. Para conseguir este objetivo, el hablante se apoya en un *esquema argumentativo* preestablecido que es la manera más o menos convencionalizada de representar la relación entre lo que se afirma en el argumento y lo que se afirma en el punto de vista. (van Eemeren y Grootendorst 1992, 116). En palabras de Ihnen:

Los esquemas argumentativos representan la regla de inferencia que subyace a un determinado tipo de argumentación: los tipos de proposiciones involucradas en el punto de vista y en las premisas, y la función que cumplen las premisas en el proceso de justificación (Ihnen 2012, 13)²⁸

Para entender el esquema argumentativo que subyace a la argumentación por consecuencias, Ihnen nos invita primero a conocer los tipos de proposiciones que lo constituyen y su función.

2.4.2 El tipo de proposición involucrado en el punto de vista

En la perspectiva pragma-dialéctica, los puntos de vista abordados en una diferencia de opinión pueden ser de tipo descriptivos, prescriptivos y evaluativos:

Un juicio valorativo sobre la calidad ética o estética de algo (“la película *Infamous* es brillante”) o una incitación prescriptiva a hacer algo (“usted debería acompañarme a esa reunión”) pueden simultáneamente ponerse en cuestión en un discurso argumentativo tanto como una afirmación descriptiva sobre un estado factual de acontecimientos (“Ámsterdam es mucho más grande que Rotterdam”). (van Eemeren 2012, 24)

²⁸ Traducción propia.

La argumentación por consecuencias es un tipo de argumentación en el que se intenta justificar un curso de acción con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables, esto implica que el punto de vista defendido debe corresponder a una proposición del tipo prescriptivo: '(no) Se debe realizar acción X' (Ihnen 2012, 14). En este punto, la autora nos advierte que debemos cuidadosamente distinguir la proposición prescriptiva de aquella del tipo evaluativa cuya forma es: 'Acción X conduce a consecuencia (in) deseable Y', porque la aceptabilidad de ambas es juzgada de manera diferente.²⁹

2.4.3 Los tipos de proposiciones involucrados en la argumentación

Como hemos visto, una característica de la argumentación por consecuencias es la mención a los efectos favorables o desfavorables de llevar a cabo la acción que se propone que se sostiene en el punto de vista. De lo anterior se desprende el uso de dos tipos de proposiciones: una descriptiva, y en particular, una causal, de la forma 'Acción X conduce a la consecuencia Y', y otra evaluativa de la forma 'Consecuencia Y es (in)deseable' (Ihnen 2012, 15). La proposición causal, en palabras de la autora:

(...) establece una *relación causal específica* entre dos eventos particulares o estados de cosas más que una mera *generalización causal*, regularidad o principio. Por ejemplo, en el argumento pragmático 'él debería dejar de fumar, si no es probable que le dé cáncer', el hablante no está simplemente comprometido con que 'fumar causa cáncer' (una generalización causal) sino que también con que 'es probable que a él le dé cáncer si sigue fumando' (una relación causal específica).³⁰ (Ihnen 2012, 16)

La proposición evaluativa, por su parte, cumple una función complementaria a la proposición descriptiva (causal). En la argumentación por consecuencias,

²⁹ Ihnen nos dice que mientras es una condición necesaria para la aceptabilidad de una proposición prescriptiva que la acción pueda llevarse a cabo, la viabilidad de una acción es irrelevante para determinar la aceptabilidad de una proposición evaluativa. (...) Un hablante que recomienda (no) llevar a cabo una acción X está automáticamente comprometido con la opinión de que la acción X es (in)deseable. Por el contrario, si afirma que un curso de acción X es (in)deseable, no está necesariamente comprometido con la opinión de que la acción X (no) debería llevarse a cabo. (Ihnen 2012, 14)

³⁰ Traducción propia.

usualmente esta proposición se deja implícita lo que hace aún más importante su identificación en el esquema argumentativo (Ihnen 2012, 17). Con su inclusión, se intenta cumplir con un principio consolidado en la filosofía del lenguaje y en la filosofía moral en virtud del cual las afirmaciones sobre lo que se *debe* hacer no pueden ser inferidas únicamente a partir de afirmaciones sobre lo que *es* (Ihnen 2012, 16). Esto significa que la proposición causal no basta para generar la obligación de llevar a cabo la acción que se sostiene en el punto de vista porque las consecuencias por sí solas no pueden motivar una decisión práctica (Ihnen 2017, 223). En síntesis:

La proposición descriptiva causal de la argumentación pragmática puede proveer sustento provisional al punto de vista prescriptivo sólo en combinación con una evaluación positiva o negativa de las consecuencias a las que se refiere.³¹ (Ihnen 2012, 17)

2.4.4 La función de las premisas

Hemos dicho que la argumentación por consecuencias se compone tanto de proposiciones causales como de proposiciones evaluativas, sin embargo, para que puedan servir como una justificación del punto de vista, es necesario agregar una premisa adicional mediante la cual se afirma que, en principio, si ambas proposiciones son aceptables, entonces el punto de vista es aceptable (Ihnen 2012, 17). De acuerdo con Ihnen, las dos primeras proposiciones constituyen la premisa material, y esta última es la premisa conectora que puede tomar la siguiente forma: ‘En principio, si la acción X conduce a la consecuencia (in)deseable Y, entonces la acción X (no) debe llevarse a cabo’ (Ihnen 2012, 17). Esta premisa que cumple una función similar a la premisa condicional del *modus ponens*³², con la particularidad de que esta se refiere a un principio *general* de conducta:

De acuerdo con esta regla general de conducta, uno debe, en principio, realizar aquellas acciones que ayudan a conseguir un efecto deseable y, a la inversa, que uno debe, en principio, abstenerse de realizar

³¹ Traducción propia.

³² “Si A, entonces B”.

aquellas acciones que conducen a efectos indeseables. (Ihnen 2012, 18)³³

Debemos destacar que, al referirse a un principio general de conducta, esta premisa no compromete al argumentador a pensar que la conclusión se sigue *necesariamente* de la premisa material, sino que puede *generalmente* seguirse de esta (Ihnen 2012, 18):

En efecto: es claro que no siempre es recomendable realizar una acción que conduce a una consecuencia deseable. No, por ejemplo, si sus costos son mayores que sus beneficios; no, tampoco, si – cumpliéndose otras condiciones que ya revisaremos– la acción se opone a principios o derechos generalmente compartidos. (Ihnen 2017, 224)

Lo anterior determina que el esquema argumentativo que subyace a la argumentación por consecuencias sea de tipo presuntivo³⁴: donde las premisas no garantizan la aceptabilidad del punto de vista, pero sí generan una presunción a su favor que lo hacen *plausible* (Ihnen 2017, 222).

2.4.5 Esquema argumentativo de la argumentación por consecuencias

El esquema argumentativo de este tipo de argumentación tiene dos variantes:

Una variante positiva, donde se pretende justificar la realización de una acción en virtud de sus consecuencias positivas, y una variante negativa, donde se justifica no realizar una acción en virtud de sus consecuencias negativas (Ihnen 2017, 222)

De acuerdo con la autora, el esquema en su variante positiva puede ser representado de la siguiente manera:

1 Se debe realizar acción X

³³ Traducción propia.

³⁴ A diferencia de los esquemas deductivos en que la aceptabilidad de las premisas garantiza la aceptabilidad del punto de vista (Ihnen 2017, 222) El desarrollo del concepto de esquemas presuntivos se debe principalmente a Walton (1996): *Argumentation Schemes for Presumptive Reasoning*.

1.1a Acción X conduce a consecuencia Y

1.1b Consecuencia Y es deseable

1.1a-b' En principio, si acción X conduce a consecuencia Y, y la consecuencia Y es deseable, entonces la acción X debe ser realizada.³⁵

Por su parte, la variante negativa la podemos representar así:

1 No se debe realizar acción X

1.1a Acción X conduce a consecuencia Y

1.1b Consecuencia Y es indeseable

1.1a-b' En principio, si acción X conduce a consecuencia Y, y la consecuencia Y es indeseable, entonces la acción X no debe ser realizada.

Llevado al contexto parlamentario, es previsible que el esquema argumentativo por consecuencias en su variante positiva sea utilizado tanto para justificar la necesidad de legislar en sobre un determinado ámbito como para justificar la aceptabilidad de cada una de las políticas que informan el proyecto de ley (Ihnen 2012, 114). A modo de ejemplo, en el primer caso, la necesidad de legislar sobre un ámbito se puede justificar estableciendo que la legislación sobre ese ámbito prevendría o resolvería un determinado problema. En palabras de la autora:

1 Se debe legislar en el ámbito D

1.1a Legislar en el ámbito D resuelve (o previene) el problema I

1.1b Resolver (o prevenir) el problema I es deseable

³⁵ En la representación de este esquema, la simbología significa: (1) representa el punto de vista; (1.1a y 1.1b) las premisas materiales, donde el uso de letras en lugar de números (por ejemplo, 1.1 y 1.2) indica que se trata de premisas coordinadas, que sólo en conjunto pueden justificar el punto de vista; y (1.1a-b'), es la premisa conectora, que siempre se representa mediante un apóstrofe (').

1.1a-b' En principio, si legislar en el ámbito D resolverá (o prevendrá) el problema I, y resolver (o prevenir) el problema I es deseable, entonces se debe legislar en el ámbito D (Ihnen 2012, 115).³⁶

En el segundo, cada política del proyecto de ley puede ser justificada estableciendo que contribuirá a la prevención o solución de ese problema. En este segundo tipo, el curso de acción recomendado nunca se presenta como un medio suficiente para prevenir o solucionar el problema, sino como parte de una estrategia más amplia para prevenir o solucionar el problema (Ihnen 2012, 114). De acuerdo con la autora, en el contexto parlamentario el esquema tomaría la siguiente forma:

1 La política P1 (o P2, etc.) es aceptable

1.1a La política P1 (o P2, etc.) contribuirá a resolver (o prevenir) el problema I

1.1b Resolver (o prevenir) el problema I es deseable

1.1a-b' En principio, si la política P1 (o P2, etc.) contribuirá a resolver (o prevenir) el problema I, y contribuir a resolver (o prevenir) el problema I es deseable, entonces la política P1 (o P2, etc.) es aceptable (Ihnen 2012, 115).³⁷

³⁶ Traducción propia.

³⁷ Traducción propia.

CAPÍTULO III

EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN POR CONSECUENCIAS

El objetivo de este capítulo es presentar resumidamente la herramienta de evaluación propuesta por Ihnen en el trabajo titulado “La argumentación por consecuencias en el debate legislativo chileno: preguntas críticas para evaluar su suficiencia” (2017). En base a esta herramienta, desarrollaremos en nuestro próximo capítulo una adaptación de las preguntas críticas al debate legislativo en materia penal.

3.1 Evaluar la argumentación por consecuencias.

Evaluar una argumentación por consecuencias quiere decir juzgar su razonabilidad a la luz de un ideal de razonabilidad determinado (Ihnen 2017, 224). En la construcción de la herramienta de evaluación propuesta por Ihnen, el ideal que se asume es dialéctico, y se estructura en base a dos premisas:

Primero: una argumentación siempre ocurre en el contexto de una discusión, ya sea de forma explícita (como en los debates parlamentarios), o bien, implícita (como en las cartas al director). Segundo: una argumentación razonable es aquella que se sostiene luego de haberla sometido a un examen crítico riguroso donde ambas partes tienen las mismas oportunidades de intervención. (Ihnen 2017, 224)

Para el esquema argumentativo presuntivo que constituye la argumentación por consecuencias, el examen crítico se desarrolla según los criterios de aceptabilidad, relevancia y suficiencia³⁸. En palabras de la autora, examinar la *aceptabilidad* implica:

(...) establecer si la premisa ‘Acción X es un medio para fin Y’ es aceptable, lo cual implica averiguar: i) no solo si acción X efectivamente

³⁸ Por su parte, en los esquemas argumentativos deductivos, la aceptabilidad de las premisas garantiza la relevancia y suficiencia de la argumentación (Ihnen 2017, 224)

conduce a consecuencia Y, sino también ii) si consecuencia Y es, como sugiere, deseable. (Ihnen 2017, 224)

Por su parte, determinar la *relevancia* significa:

(...) examinar si ambas partes de la discusión consideran el esquema argumental por consecuencias un medio de prueba relevante. Esto es equivalente a preguntarse si las partes consideran que la premisa 'En general, se deben realizar aquellas acciones que conducen a consecuencias deseables' es aceptable. (Ihnen 2017, 224)

Sobre este punto, diremos que el éxito y preminencia del esquema argumentativo por consecuencias en el contexto parlamentario deja en evidencia de que se trata de un medio de justificación generalmente aceptado, lo que nos permite dar por sentado su relevancia para nuestro estudio.

Finalmente, dado que el esquema argumentativo de la argumentación por consecuencias es de tipo *presuntivo*, se dice que una argumentación por consecuencias es *suficiente* si la aceptabilidad de sus premisas hace efectivamente plausible la aceptabilidad del punto de vista (Ihnen 2017, 225):

Esa presunción, sin embargo, es cancelable en determinadas circunstancias. Por ejemplo, en el caso de la argumentación por consecuencias, la presunción a favor del punto de vista 'se debe realizar acción X' es cancelable cuando los costos de X son mayores que sus beneficios. (Ihnen 2017, 225)

3.1.1 Preguntas críticas para evaluar la suficiencia

Para poder determinar la suficiencia de una argumentación por consecuencias, Ihnen nos invita a utilizar el método de *preguntas críticas*. A través de estas preguntas, lo que se busca es determinar si concurren las circunstancias excepcionales que pueden cancelar la presunción a favor del punto de vista. En palabras de la autora:

Las preguntas críticas son preguntas por medio de las cuales las partes examinan conjuntamente si hay circunstancias en el mundo (tal como se representa en los puntos de partida materiales de la discusión) que podrían obstaculizar la transferencia de aceptabilidad de la premisa material avanzada al punto de vista (Ihnen 2012, 28).³⁹

Entonces, cuando un participante de una discusión se enfrenta a una pregunta crítica --para sostener su punto de vista-- debe responder con un argumento que muestre que esas circunstancias en el mundo que pueden cancelar la transferencia de aceptabilidad no concurren.

3.1.2 Preguntas críticas en la discusión general de un proyecto de ley

La herramienta de evaluación propuesta por Ihnen consiste en un conjunto de preguntas críticas para evaluar la suficiencia de la argumentación por consecuencias en el contexto de la discusión general de un proyecto de ley (Ihnen 2017). Mediante estas preguntas, la autora propone un listado de críticas relevantes que de modo general pueden esgrimir los opositores a un proyecto de ley para resolver si la argumentación por consecuencias en defensa del proyecto constituye o no una justificación suficiente del punto de vista (Ihnen 2017, 239). En sus palabras:

(...) las preguntas críticas propuestas son en realidad una sistematización de intuiciones normativas que los parlamentarios tienen, de manera más o menos consciente, en tanto usuarios competentes del lenguaje y en su rol institucional de legisladores en el contexto político y jurídico chileno. (Ihnen 2017, 239)

En adelante, resumiremos una serie de siete criterios que Ihnen utiliza para clasificar las preguntas críticas relevantes. Por lo general, en el contexto de un debate parlamentario, estas críticas se manifiestan en forma de contra-argumentos (Ihnen

³⁹ Traducción propia.

2017, 226) que la autora cita para cada pregunta crítica según como se han manifestado en la práctica:

Es decir, en lugar de preguntar si la acción X tiene costos, por ejemplo, lo más usual es que se argumente que la acción X tiene costo Z (Ihnen 226).

3.1.2.1 Permisibilidad

En el contexto legislativo, la acción que se aconseja realizar en el punto de vista es *permisible* si es consistente con un estándar normativo que las partes comparten previo a su intercambio argumentativo o como resultado de acuerdos alcanzados durante la discusión (Ihnen 2017, 229). De acuerdo con la autora, estos estándares se refieren a (1) principios morales y políticos que no están necesariamente contemplados dentro de la Constitución de manera expresa y (2) las normas de la Constitución. Respectos de los primeros, la pregunta crítica puede ser formulada de la siguiente manera:

1) ¿Es acción X compatible con los principios morales y políticos de las partes?

La autora nos explica que una respuesta afirmativa a esta pregunta refiere a una zona de acuerdo que hace a la acción permisible en este sentido específico, pero que se reconoce más o menos contingente, toda vez que una respuesta negativa a esta pregunta no es una señal concluyente de que la acción no deba ser realizada (Ihnen 2017, 229). Lo anterior sugiere que, al tratarse de una zona de acuerdo contingente, se deja abierta la posibilidad de que las partes consideren que la deseabilidad de las consecuencias es más relevante que su compromiso con el principio que es vulnerado en la acción recomendada en el punto de vista (Ihnen 2017, 229). Entonces, la pregunta crítica que se desprende lógicamente de una respuesta negativa a la pregunta precedente es la siguiente:

2) ¿Supera el interés de las partes por lograr consecuencia Y su compromiso con esos principios?

Como podemos ver, esta pregunta la formula suponiendo que el principio en cuestión es compartido porque allí reside su fuerza refutatoria. En sus propias palabras:

Preguntar si existe una incompatibilidad entre la acción que se propone y un determinado principio que el proponente de la argumentación no comparte es una pregunta irrelevante para evaluar la razonabilidad de la argumentación. Es irrelevante, a menos de que se logre convencer al proponente de la argumentación que el principio debiera ser compartido. (Ihnen 2017, 229)

A modo de ejemplo, Ihnen cita la discusión sobre el proyecto de ley N°20.634 del 2012 que buscó rebajar la tasa de interés anual del Crédito con Aval del Estado que los estudiantes universitarios deben pagar para financiar sus estudios. En ese entonces, el gobierno de Sebastián Piñera justificó la rebaja en la tasa de interés y la reafirmación del sistema crediticio, argumentando que esta forma de financiamiento había logrado incrementar notablemente la cobertura en el acceso a la educación superior. Contra este argumento por consecuencias, el diputado Sergio Aguiló opuso el principio de que *la educación es un derecho*. A propósito de la crítica formulada por el diputado, Ihnen explica:

(...) para que esta objeción sea relevante, debemos atribuirle al diputado dos creencias: i) que las consideraciones de principios en esta ocasión, o en general, se sobreponen a consideraciones relativas a la deseabilidad de las consecuencias de la acción, y ii) que el principio de que la educación es un derecho es un principio compartido –o bien, más verosímilmente en este caso– que *debiera* ser compartido por las partes involucradas. (Ihnen 2017, 230)

Finalmente, la *permisibilidad* dice relación también con la *viabilidad jurídica* de la norma en discusión que, en cualquier caso, y en virtud del principio de supremacía constitucional, no debe contravenir los preceptos de la constitución so pena de ser declarada inconstitucional. En estos casos, la norma en discusión debe ser descartada a pesar de que las consecuencias de la misma sean consideradas como

deseables por la mayoría de los participantes del debate. Esta situación queda de manifiesto con la tercera pregunta crítica:

3) ¿Es acción X compatible con la Constitución?

3.1.2.2 Coherencia

Otro medio para atacar la suficiencia de una argumentación por consecuencias en el debate legislativo es preguntar si la norma mediante la cual se pretende realizar la acción X es coherente, tanto internamente –con sus propias disposiciones--, como externamente –con el resto del ordenamiento jurídico--. La coherencia en este contexto es entendida “materialmente” como ausencia de contradicción (Ihnen 2017, 231) y significa que la norma no debe provocar antinomias consigo misma ni con el sistema jurídico resultante una vez promulgada. Para evaluar la suficiencia en base a este criterio, Ihnen formula las siguientes preguntas:

4) ¿Es acción X coherente con el resto del proyecto?

5) Aprobado el proyecto, ¿Será coherente la acción X con el sistema jurídico resultante?

Para avanzar en el examen crítico, la autora nos sugiere responder estas preguntas tomando en cuenta las indicaciones que se hayan introducido en la propuesta para salvar las incoherencias, así como las modificaciones o derogaciones que el proyecto incorpore al sistema jurídico para insertarse armónicamente en él. A modo de ejemplo, cita una crítica a la coherencia interna entre el título del proyecto que proponía “despenalizar” el aborto en tres causales, y el cuerpo del mismo proyecto que buscaba regular la interrupción del embarazo en tres causales lo que a juicio de la oponente implicaba “legalizar” el aborto como una legítima prestación de salud.

3.1.2.3 Factibilidad

La crítica sobre la factibilidad apunta a la posibilidad de que la acción X que prescribe el punto de vista sea efectivamente llevada a cabo. Este requisito está condensado en la máxima: “nadie está obligado a lo imposible”; y puede ser analizado desde diversas perspectivas: presupuestaria, técnico-científica,

administrativa, etc. (Ihnen 2017, 232). Así se cita una crítica emanada desde la Asociación Nacional de Magistrados quienes opusieron al proyecto que buscaba establecer un plazo concreto para dar plena vigencia a la reforma procesal penal, una crítica respecto de la inviabilidad temporal de la reforma, aduciendo que el plazo que establecía no era realista, si se consideraba la excesiva carga de trabajo de los tribunales. La pregunta, entonces, se formula como sigue:

6) ¿Es acción X factible?

3.1.2.4 Prioridad

La prioridad examina cuán deseable es la consecuencia Y. Esto quiere decir que, si bien se asume la deseabilidad de la consecuencia Y, la crítica se eleva para cuestionar si la deseabilidad de esta es lo suficientemente significativa como para motivar la realización de la acción X (Ihnen 2017, 233). La pregunta crítica es formulada como sigue:

7) ¿Es consecuencia Y significativamente deseable?

De acuerdo con la autora, en el contexto legislativo, se dice que una consecuencia Y es *significativamente* deseable cuando, al menos, es capaz de contrarrestar ciertos costos mínimos que conlleva esta actividad, a saber:

i) los costos administrativos y ii) el costo de oportunidad, esto es, el costo de no poder perseguir otra consecuencia deseable Y'.

El costo de oportunidad refiere a la decisión de legislar por un deseado efecto Y en desmedro de otro deseado efecto Y' debido a la probable imposibilidad de lograr simultáneamente los efectos Y e Y'; ya sea porque estos son incompatibles, o porque no hay tiempo ni recursos suficientes para lograr ambos (Ihnen 2017, 233). La autora advierte que este tipo de objeción suele encontrarse más a menudo en la etapa pre-legislativa donde busca lograr el efecto de modificar la agenda legislativa y es más bien superflua durante el debate parlamentario por su escasa eficacia en el logro de ese efecto (Ihnen 2017, 234).

3.1.2.5 Necesidad

Las siguientes preguntas examinan la relación instrumental entre la acción propuesta X y la consecuencia esperada Y (Ihnen 2017, 234). Esta crítica parte del supuesto que para ser razonable una argumentación por consecuencias debería mencionar una acción que sea i) o bien un medio *necesario*, o bien, ii) en caso de no ser un medio necesario, un medio *idóneo* para alcanzar la consecuencia Y. (Ihnen 2017, 235). La primera situación queda plasmada en la siguiente pregunta:

8) ¿Es necesario actuar para lograr consecuencia Y?

Según Ihnen, es común que en el debate parlamentario la necesidad de actuar pueda ser objetada señalando que i) ya se cuenta con las herramientas jurídicas que permiten lograr el objetivo Y, y ii) esas herramientas logran y se espera que sigan logrando la consecuencia Y (Ihnen 217, 235). A modo de ejemplo, cita el debate sobre el proyecto que despenaliza el aborto en tres causales donde los oponentes criticaron la necesidad del proyecto señalando que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con las herramientas que permiten la interrupción del embarazo cuando se trata de un tratamiento médico para preservar la vida de la mujer.

La pregunta que sigue a continuación, examina si existe una contra-propuesta que sea también un medio *eficaz* para lograr la consecuencia Y:

9) ¿Es acción X el único medio legislativo eficaz propuesto para lograr consecuencia Y?

Esta pregunta subyace a todas las indicaciones que se van agregando al proyecto durante su discusión, y que tienen como finalidad que la consecuencia Y se logre de mejor manera o que se logre evitando ciertos costos (Ihnen 2017, 237). Para ejemplificar esta situación, cita la discusión sobre el proyecto de ley de Inclusión Escolar que establecía la prohibición del lucro para los sostenedores educacionales con el fin de que el foco fuese mejorar la calidad de la educación. En este debate, los opositores al proyecto propusieron una “regulación” del lucro en vez de su prohibición, argumentando que aquello funcionaría como un incentivo para mejorar la calidad de la educación.

3.1.2.6 Idoneidad

Como vimos en la crítica precedente, que existan otros medios eficaces para lograr la consecuencia Y, significa que la acción X no es un medio que pueda ser considerado como *necesario* o indispensable para conseguir los objetivos deseables de la propuesta, sin embargo, de esto no se sigue que la argumentación por consecuencias sea insuficiente. Ihnen nos explica que la suficiencia dependerá de la respuesta que se dé a la siguiente pregunta:

10) ¿Es la acción propuesta X mejor, o tan buena como, contra-propuesta X'?

Para determinar que una propuesta X es mejor que su contra-propuesta, según la autora, se deben cumplir dos condiciones, a saber:

i) ser más beneficiosa y menos costosa, o bien, ii) que la contra-propuesta X' no cumpla con los criterios de permisibilidad, coherencia o factibilidad expuestos con anterioridad. (Ihnen 2017, 237)

3.1.2.7 Costo-Beneficio

La pregunta crítica que cierra esta herramienta de evaluación, dice relación con la importancia de determinar si los beneficios de la acción X son mayores que sus costos, los cuales pueden ser de diversa índole: económicos, políticos, sociales, ecológicos, etc. (Ihnen 2017, 238). En este cálculo - dice la autora - no solo se debe incluir a los beneficios de lograr la consecuencia Y sino también a todos los beneficios de realizar X (Ihnen 2017, 238). La pregunta es la siguiente:

11) ¿Son los beneficios de acción X mayores que sus costos?

Como podemos imaginar, la gran diversidad de tópicos a los cuales se puede acudir para señalar los costos de una acción otorga a los oponentes una herramienta dinámica para morigerar sus beneficios.

CAPÍTULO IV

PREGUNTAS CRÍTICAS RELEVANTES EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO PENAL

El objetivo de este capítulo es adaptar la herramienta de evaluación propuesta por Ihnen al ámbito legislativo penal. Para estos efectos, realizaremos una reformulación de las preguntas críticas revisadas en el capítulo anterior, de manera tal que permitan dar cuenta de los contenidos de racionalidad que el legislador debe tener en vista al momento de justificar la aprobación o el rechazo de un proyecto de ley en materia penal.

4.1 Evaluar la racionalidad ética.

De acuerdo con la adaptación al modelo original⁴⁰ que nos propone Diez-Ripollés, en este nivel, la ley penal es racional cuando el objeto de protección, la responsabilidad que atribuye y la sanción que establece, son susceptibles de justificación ética. La justificación ética se alcanza mediante el respeto y materialización de los principios que informan el derecho penal, los cuales constituyen la base o estándar ético-político aceptado en un momento histórico y cultural determinado. Podemos decir que este es el nivel más importante en el modelo de Diez-Ripollés, quien lo ubica en la cúspide de su jerarquía, y sin el cual las sucesivas racionalidades no podrían desarrollarse.

Si relacionamos esta exigencia de racionalidad con los criterios que Ihnen (2017) utiliza para clasificar las preguntas críticas relevantes en el contexto parlamentario, de inmediato salta a la vista la conexión entre el nivel de racionalidad ética y el criterio que la autora denomina como *permisibilidad*. En virtud de este criterio, la acción que se aconseja realizar en el punto de vista es *permisible* en la medida que sea consistente con un estándar normativo que las partes comparten previo a su intercambio argumentativo o como resultado de acuerdos alcanzados durante la discusión⁴¹. La autora identifica estos estándares normativos, por un lado, con los

⁴⁰ De los cinco niveles de racionalidad de Atienza.

⁴¹ Supra., pág. 35.

principios morales y políticos que no están necesariamente recogidos en la Constitución, y por el otro, con las normas de la Constitución, proponiendo una pregunta crítica para cada uno de estos. En relación a estos dos tipos de estándares normativos, creemos que los primeros reflejan perfectamente el nivel ético al cual se refieren Atienza y Díez-Ripollés, mientras que los segundos, se relacionan mejor con el nivel de racionalidad sistemático al cual nos referiremos más adelante. Por el momento, diremos que la distinción entre estándares normativos que se encuentran dentro o fuera de la Constitución no determina su inclusión o exclusión dentro de este nivel, no obstante, es importante reconocer que muchos de ellos tienen reconocimiento expreso o pueden derivarse del catálogo de derechos que consagra la constitución. En esta misma línea, sostenemos que la racionalidad ética de una propuesta de ley no puede ser juzgada según su nivel de *permisibilidad* extra-constitucional o “convencional” al cual estén dispuestas a llegar las partes de la discusión, ni según su grado de *permisibilidad* constitucional o “normativo” al cual deba necesariamente adecuarse la nueva norma. Desde nuestra perspectiva, la racionalidad ética de un proyecto de ley debe ser juzgada conforme a los principios que informan al derecho penal, los cuales constituyen la matriz ética de esta disciplina en particular. Por lo tanto, en vez de preguntarnos si la acción X⁴² es *permisible*, nos preguntaremos si la acción X se encuentra éticamente justificada conforme a los principios del derecho penal, los cuales constituyen el estándar mínimo ético que, en nuestra perspectiva --y siguiendo a la autora--, informan los acuerdos que “preceden” o “preexisten” a la discusión de un proyecto de ley penal.

4.1.1 Preguntas críticas en R1

Como adelantamos arriba, la primera pregunta crítica propuesta por Ihnen se relaciona con nuestro primer nivel de racionalidad:

¿Es acción X compatible con los principios morales y políticos de las partes?

⁴² En este caso, “El proyecto de ley debe ser aprobado”.

La pregunta de la autora resume perfectamente lo que está en juego, de manera general, en este nivel. Sin embargo, para una discusión parlamentaria en materia penal, y dada la inmensa responsabilidad que significa legislar dentro del sistema de reglas que mayor injerencia --y peores consecuencias-- puede tener en la vida de los individuos, consideramos que es necesario realizar una mención expresa de aquellos principios que debiesen formar parte del *sistema básico de creencias* de nuestros parlamentarios según el momento histórico-cultural en que hoy se encuentran y que, como todo sistema básico, constituyen un catálogo mínimo y no exhaustivo de estos principios. De esta manera, diremos que un proyecto de ley en materia penal está éticamente justificado --y mantiene la presunción en su favor de que debe ser aprobado-- si responde positivamente a las preguntas críticas que señalaremos a continuación, las cuales proponen una evaluación pormenorizada de los estándares normativos que debiesen ser compartidos por quienes legislan en materia penal.

Como estos principios ya han sido definidos en nuestro primer capítulo, nos contentaremos con proponer una pregunta crítica para cada uno de ellos, con el objeto de que, mediante estas preguntas, se pueda evaluar la vigencia de estos principios dentro del proyecto de ley y determinar finalmente cuán éticamente justificado se encuentra.

4.1.2 Principios de la protección o tutela:

4.1.2.1 Principio de lesividad:

¿La propuesta de ley tipifica una conducta socialmente dañosa?

4.1.2.2 Principio de esencialidad o fragmentariedad:

¿La acción tipificada afecta gravemente la convivencia social?

4.1.2.3 Principio de interés público:

¿La acción tipificada produce efectos lesivos que trasciendan la relación entre el autor y la víctima?

4.1.2.4 Principio de correspondencia con la realidad:

¿La conducta tipificada puede ser constatada mediante un análisis empírico de la realidad?

De acuerdo con esta primera familia de principios, el proyecto de ley penal se encuentra éticamente justificado cuando la conducta tipificada es gravemente dañosa para los intereses públicos en el mantenimiento de determinada convivencia social externa, pudiendo ser lo anterior constatado empíricamente.

4.1.3 Principios de la responsabilidad:

4.1.3.1 Principio de certeza o de seguridad jurídica:

¿Se encuentran establecidas en la propuesta de ley las circunstancias que activan la reacción penal y las consecuencias de esta reacción?

4.1.3.2 Principio de responsabilidad por el hecho:

¿La propuesta atribuye responsabilidad a la exteriorización de conductas concretas?

4.1.3.3 Principio de imputación:

¿Las conductas concretas que activan la reacción penal pueden ser atribuidas al hecho de una persona particular?

4.1.3.4 Principio de reprochabilidad o culpabilidad:

¿El proyecto de ley reconoce o, al menos, no niega la posibilidad de evaluar en el caso concreto las circunstancias que motivaron la conducta?

4.1.3.5 Principio de jurisdiccionalidad:

¿El proyecto respeta los principios del sistema procesal penal?

Según esta segunda familia de principios, el proyecto de ley se encuentra éticamente justificado cuando establece con certeza cuáles son aquellas conductas concretas cuya exteriorización activan la reacción penal, cuáles son las consecuencias de esta reacción, y siempre respetando la posibilidad de evaluar en

el caso concreto las causales de exclusión de responsabilidad, así como los principios que informan el sistema procesal penal, a saber: monopolio estatal, independencia e imparcialidad, procedimiento contradictorio, actividad probatoria empírica.

4.1.4 Principios de la sanción

4.1.4.1 Principio de humanidad de las penas:

¿El proyecto de ley no establece penas inhumanas?

4.1.4.2 Principio de los fines de la pena:

¿La pena que establece el proyecto tiene algún fin aceptable?

4.1.4.3 Principio de proporcionalidad de las penas:

¿La pena que establece el proyecto es proporcional a la entidad del daño provocado por la conducta?

Finalmente, podremos decir que el proyecto de ley penal es éticamente razonable cuando renuncia a establecer penas inhumanas, desproporcionadas, y que no tengan algún fin aceptable, como puede ser la prevención de futuras conductas lesivas.

4.2 Evaluar la racionalidad teleológica

De acuerdo con el modelo de racionalidad legislativa de Atienza, el nivel teleológico expresa la idea que la ley debe ser concebida de tal manera que sirva como un medio para alcanzar los fines sociales que dicta el interés general. Lo anterior exige que los legisladores no sólo se contenten con proponer normas que generen ciertas consecuencias porque lo que realmente importa es que las consecuencias se identifiquen con la consecución de objetivos sociales valiosos. En suma, la ley será racional en este nivel si es posible proyectar que su aprobación conducirá a la materialización de fines sociales deseables.

Como podemos ver, lo que se predica respecto de la racionalidad teleológica en el modelo de Atienza, se encuentra en el corazón del proyecto de Ihnen (2020), para

quien el control racional de la legislación comprende tanto la consecución de los objetivos de un proyecto de ley como un control sobre la aceptabilidad de los fines legislativos que persigue el legislador. Si tomamos la caracterización del nivel teleológico, y hacemos un paralelo con el examen crítico de la argumentación por consecuencias, veremos de inmediato que esta conexión “medio a fin deseable” se reproduce en el examen de *aceptabilidad* de las premisas materiales del esquema argumentativo por consecuencias, es decir, con el examen de las premisas causal y evaluativa, para el cual la autora propone las siguientes preguntas:

¿Es cierto que acción X conduce a consecuencia Y?

¿Es consecuencia Y deseable?

Consideramos que estas preguntas condensan perfecto lo que el legislador debe cuestionarse al momento de evaluar la racionalidad teleológica de un proyecto de ley. Sin embargo, el examen no se agota aquí. Según Atienza, el valor que rige la consecución de tales fines es la *eficiencia* que –aplicada a este nivel– implica maximizar los efectos sociales deseados y minimizar los indeseables⁴³. En esta misma línea, encontramos una estrecha relación entre el valor que subyace a este nivel y el criterio de evaluación que Iñen denomina *costo-beneficio*, en virtud del cual, la transferencia de aceptabilidad de las premisas causal –‘Acción X conduce a consecuencia Y’-- y evaluativa --‘Consecuencia Y es deseable’-- al punto de vista⁴⁴, se puede cancelar si los beneficios de lograr Y son inferiores a sus costos. La autora la formula esta pregunta crítica de la siguiente manera:

¿Son los beneficios de acción X mayores que sus costos?

En este punto es importante recalcar que, en términos de *eficiencia*, no basta con que los efectos sociales deseables que genera una norma sobrepasen a los indeseables. En nuestra perspectiva, el legislador debe encargarse --con tanto o más esmero-- que el proyecto de ley se formule de manera tal que minimice al máximo los efectos sociales indeseables. Creemos que esta cuestión es de especial

⁴³ Supra., pág. 8.

⁴⁴ ‘Se debe realizar acción X’

importancia en materia penal, donde el mal irrogado por el incumplimiento de la norma sólo debe afectar al individuo que la incumple. Como consecuencia de lo anterior --y como correlato del principio de interés público⁴⁵-- un legislador racional en materia penal debiese abstenerse de legislar allí donde una norma genere consecuencias indeseables en un nivel que sobrepase a la relación entre el autor y la víctima.

En otra interpretación sobre el contenido de racionalidad de este nivel, Diez-Ripollés plantea que, más que preocuparse por la posibilidad de lograr los objetivos sociales perseguidos por la ley, dentro del nivel de racionalidad teleológico, se deben determinar los objetivos legales en sí mismos, a saber: el objeto de tutela, su grado de protección y los consecuentes niveles de responsabilidad y de sanción⁴⁶, cuyo contenido está dado por los principios que informan el derecho penal. El autor agrega que, para la determinación de aquellos contenidos donde no exista una aceptación general, se tendrá que emplear el criterio democrático con el fin de llegar a los compromisos que sean necesarios para poder conciliar los diversos objetivos legales que puedan verse afectados. De acuerdo con esta otra perspectiva, en el nivel teleológico se podría establecer una conexión con la segunda pregunta crítica que Ihnen plantea dentro del criterio de *permisibilidad*, que trata sobre aquella zona de acuerdo donde las partes priorizan la deseabilidad de las consecuencias –en este caso, de los objetivos legales propiamente tal-- por sobre su compromiso con el principio que puede ser vulnerado con la aprobación del proyecto de ley:

¿Supera el interés de las partes por lograr consecuencia Y su compromiso con esos principios?

A diferencia de Diez-Ripollés, consideramos que la determinación de los objetivos sociales perseguidos o las “consecuencias sociales deseables” son parte fundamental del desarrollo de la racionalidad teleológica y no excluyen la determinación de los objetivos legales en sí mismos a los que se refiere el autor.

⁴⁵ Así como la reacción penal debe ir dirigida contra aquellas conductas que afecten intereses generales y trasciendan la relación entre el autor y la víctima, los efectos que genera sólo deben ser indeseables para aquel que incumple la norma.

⁴⁶ Supra., pág. 19.

Por lo tanto, las preguntas que adaptamos para la evaluación de la racionalidad teleológica toman en cuenta ambas perspectivas con el fin de ampliar las críticas posibles dentro de este nivel.

4.2.1 Preguntas críticas en R2

¿Es el proyecto de ley un medio adecuado para alcanzar los fines sociales deseables?

¿Los efectos sociales deseables que genera el proyecto de ley son mucho mayores a los indeseables?

¿Los efectos indeseables sólo afectan a quien incumple la norma?

¿Son los objetivos legales del proyecto el reflejo de un acuerdo ético-político representativo?

En suma, las preguntas críticas propuestas condensan la idea que, dentro de este nivel, tendrá un déficit de racionalidad aquella ley penal que no sea capaz de constituirse como un medio adecuado para alcanzar fines sociales deseables, cuyos efectos sociales deseables no sean por mucho mayores a los efectos indeseables, y que no sea capaz de reflejar un acuerdo respecto de sus propios objetivos legales, en aplicación del criterio democrático, y aun habiendo prestado atención a todos los componentes ético-políticos relevantes.

4.3 Evaluar la racionalidad pragmática

Como fue explicado en el primer capítulo, en el nivel de racionalidad pragmática se deben evaluar las posibilidades reales fácticas de que la ley propuesta sea efectivamente cumplida. En términos específicos, esto quiere decir, por un lado, que la nueva ley pueda efectivamente funcionar como una norma directiva de la conducta, y, por el otro, que –frente al incumplimiento-- existan posibilidades reales de reaccionar mediante la aplicación coactiva de la ley. A esto se agrega una evaluación sobre las posibilidades de que el proyecto de ley sea eficaz, es decir, que, mediante el cumplimiento y aplicación de la ley, los objetivos acordados sean efectivamente alcanzados. En resumidas cuentas, en este nivel se espera que los

proyectos de ley no sean sólo declaraciones lingüísticas o meras directrices, sino “derecho en acción”.⁴⁷

En nuestra perspectiva, creemos posible establecer una conexión entre el nivel de racionalidad pragmático y la evaluación de la *suficiencia* de la argumentación por consecuencias bajo el criterio de *factibilidad*, en virtud del cual, se examina la posibilidad de que la acción X que prescribe el punto de vista sea efectivamente llevada a cabo. La pregunta con que la autora resume esta crítica es la siguiente:

¿Es acción X factible?

En este punto es importante precisar que, según nuestra perspectiva, cuando hablamos de factibilidad en materia penal, nos referimos al efectivo cumplimiento y aplicación de la norma. Siguiendo a la autora, diremos que ambas cuestiones -- cumplimiento y aplicación-- pueden ser minadas desde diversas perspectivas⁴⁸, lo que otorga un amplio catálogo de críticas que pueden ser utilizadas por quienes se oponen al proyecto. En esta misma dirección, si tomamos el examen crítico del esquema argumentativo de la argumentación por consecuencias que propone Ihnen, vemos que, en su forma más elemental, y de manera similar a lo que ocurre en el nivel teleológico, la evaluación de la racionalidad en el nivel pragmático puede relacionarse con la evaluación de la *aceptabilidad* de la premisa causal⁴⁹ para la cual –según nosotros-- la autora adaptaría la siguiente pregunta:

¿Conduce en la práctica acción X a consecuencia Y?

Creemos que este tipo de crítica es mucho más relevante si se esgrime en una fase post-legislativa donde los malos resultados de una ley pueden motivar una agenda derogatoria de la misma. Sin embargo, no deja de ser un buen recurso durante la discusión, siempre y cuando los legisladores cuenten con información sobre

⁴⁷ Supra., pág. 7

⁴⁸ Supra., pág. 37

⁴⁹ 'Acción X conduce a consecuencia Y'

legislación comparada donde exista una ley análoga que *en la práctica* no haya logrado los objetivos propuestos.

Recordando lo dicho por Atienza, el valor que subyace a este nivel es la *eficacia*, que se logra cuando concurren efectivo cumplimiento y aplicación de la norma, lo cual abrirá el camino para que los objetivos proyectados en el nivel teleológico se cumplan. Todos estos elementos, se resumen en las tres preguntas que, en nuestra perspectiva, deben ser planteadas para evaluar la racionalidad pragmática de un proyecto de ley en materia penal. Al igual que todas las preguntas planteadas hasta el momento, estas han sido formuladas para que a través de una respuesta afirmativa se pueda confirmar la satisfacción de cada contenido de racionalidad.

4.3.1 Preguntas críticas en R3

¿El mandato o prohibición que establece el proyecto es susceptible de ser cumplido?

¿Están los órganos sancionadores en condiciones de aplicar la norma?

¿Se logran *en la práctica* los objetivos proyectados mediante la aplicación de la norma?

Por lo tanto, en el nivel pragmático, diremos que una ley penal es irracional, cuando esta no sea susceptible de un manifiesto cumplimiento por parte de sus destinatarios, así como cuando no pueda ser aplicada significativamente por los entes sancionadores, y, sobre todo, cuando no logre dar cumplimiento en la práctica a los objetivos proyectados.⁵⁰

4.4 Evaluar la racionalidad sistemática

Dentro de este nivel, también llamado jurídico-formal, se espera que la norma propuesta sea coherente consigo misma, es decir, que –como mínimo– no presente contradicciones internas que anulen o la priven de sus efectos y que, en un nivel

⁵⁰ *Supra.*, pág. 20

superior, logre insertarse armoniosamente dentro del sistema de normas ya existentes de manera tal que no erosione la estructura del ordenamiento jurídico.

En relación con las preguntas críticas que propone Ihnen, creemos que este nivel es un fiel reflejo del criterio de *Coherencia* que propone la autora. A través de este criterio, se engloban aquellas preguntas que --según nuestra perspectiva-- se encargan de evaluar la racionalidad sistemática o jurídico-formal de un proyecto de ley. Además, tal como adelantamos más arriba, aquí entra también la tercera pregunta que la autora propuso dentro del criterio de *Permisibilidad*, y que se refiere a la incompatibilidad constitucional de la norma propuesta. Entonces, las preguntas que podemos ubicar en este nivel son las siguientes:

¿Es acción X compatible con la Constitución?

¿Es acción X coherente con el resto del proyecto?

Aprobado el proyecto, ¿Será coherente la acción X con el sistema jurídico resultante?

4.4.1 Pregunta crítica en R4

Al referirse las tres preguntas señaladas a un mismo nivel de racionalidad, creemos que es posible ofrecer una pregunta crítica que resuma a las tres. Por lo tanto, proponemos la siguiente adaptación para la evaluación de la racionalidad jurídico-formal de un proyecto de ley:

¿Es el proyecto de ley coherente consigo mismo y con el sistema de normas dentro del cual se inserta?

4.5 Evaluar la racionalidad lingüística

Para poder determinar si la racionalidad lingüística ha sido respetada, debemos evaluar la accesibilidad, claridad y precisión con que el proyecto de ley comunica sus mensajes normativos. Cualquier proyecto de ley que no sea claro al momento de transmitir su mensaje normativo, muy probablemente fallará como un acto de comunicación, y sus destinatarios difícilmente podrán ser apercibidos por su inobservancia. En la forma que ha sido concebido este nivel, consideramos que no

es posible relacionarlo con alguno de los criterios de evaluación propuestos por Ihnen, porque ninguno de ellos ha sido caracterizado de esta forma. Sin embargo, creemos que es una dimensión transversal a toda herramienta de evaluación debido a que es el único nivel que se encarga de evaluar la *forma* en que se comunica el mensaje normativo, quedando el fondo del mismo para la evaluación de las racionalidades precedentes.

En materia penal, consideramos que este nivel puede ser satisfecho cuando el mensaje normativo de la ley es claro, preciso y accesible, tanto para los destinatarios del mandato o prohibición, como para quienes la aplican. Lo anterior se traduce en un mayor cuidado al momento de declarar los objetivos legales a los que se refiere Diez-Ripollés, los cuales, para su mejor inteligencia, deben cumplir con las tres cualidades mencionadas.

4.5.1 Preguntas críticas en R5

¿Es el proyecto de ley claro al momento de transmitir sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento y aplicación?

¿Se encuentran el objeto de tutela, su grado de protección y los consecuentes niveles de responsabilidad y de sanción establecidos de manera clara, precisa y accesible?

4.6 Interrelación de niveles y preguntas de optimización.

No podemos terminar este capítulo sin antes hacer mención a los conflictos que se pueden generar entre los diversos niveles de racionalidad. Como bien explica Diez-Ripollés (2013) no es difícil imaginar eventuales choques entre racionalidades, por ejemplo, entre la racionalidad ética y la teleológica, cuando esta última proyecta objetivos incompatibles con criterios éticos fundamentales; o entre la racionalidad teleológica y la pragmática, a la hora de llevar a efecto los objetivos; o entre la racionalidad teleológica y la racionalidad sistemática, cuando se pretende establecer los objetivos sin preocuparse de cómo encajarán dentro del ordenamiento jurídico. Esta dinámica eventual e inevitable que nace de las relaciones fronterizas entre niveles que intentan reclamar sus propios ámbitos de

desarrollo, nos lleva a concluir que la racionalidad legislativa sólo puede perfeccionarse mediante la *interrelación* de sus diversos niveles (Diez-Ripollés 2013, 97). Para la resolución de estos posibles conflictos, los propios modelos estudiados nos dan una alternativa viable: la regla de primacía del nivel superior⁵¹. De esta manera, el nivel superior es el que entrega la pauta que irá definiendo los contornos de las racionalidades inferiores. Sin embargo, esta regla debe ser matizada:

(...) una de las funciones de la idea de eficiencia es lograr un equilibrio óptimo entre las diversas racionalidades, de modo que en ningún caso el aseguramiento de un determinado nivel de racionalidad conlleve la anulación de otro u otros. Esta pretensión, por otra parte, será en ocasiones lo suficientemente compleja de llevar a cabo como para que haya que acudir al criterio democrático para dilucidar las pérdidas de racionalidad socialmente asumibles. (Diez-Ripollés 2014, 97)

Para introducirnos en este nuevo nivel de optimización entre racionalidades, debemos partir de una base sólida, que, en términos de la evaluación del esquema argumentativo, implica un acuerdo mínimo mediante el cual se asume que tanto la premisa causal --'Acción X conduce a consecuencia Y'--, como la premisa evaluativa --'Consecuencia Y es deseable'-- son aceptables. De esta manera, si aceptamos que la deseabilidad de la consecuencia Y es algo que ya ha sido zanjado en el nivel de racionalidad teleológico, dentro de esta nueva dimensión podemos valernos del criterio de *Prioridad* propuesto por Ihnen para cuestionarnos cuán deseable es la consecuencia Y. Para resolver esta interrogante, la autora nos dice que el legislador debe realizar un ejercicio de ponderación y descartar aquellos proyectos cuyos fines son juzgados como deseables, pero que no logran alcanzar un nivel *significativo*, para lo cual pregunta:

¿Es consecuencia Y *significativamente* deseable?

⁵¹ En orden decreciente: R1 ética, R2 teleológica, R3 pragmática, R4 sistemática, R5 lingüística.

A lo anterior subyace la idea que, dentro de una ajustada agenda legislativa, y ante la imposibilidad de poder perseguir múltiples consecuencias deseables a la vez, los parlamentarios se encuentran obligados a priorizar ciertos fines deseables por encima de otros. Además, consideramos que, en materia penal, para poder tomar una decisión en este sentido, el legislador debe ponderar la racionalidad teleológica con los principios de la protección o tutela que se desarrollan en la racionalidad ética, y, mediante este ejercicio, establecer una relación óptima entre el bien jurídico protegido y los fines perseguidos. Creemos que esto es de especial importancia en el ámbito penal, porque nos entrega una herramienta para exigir a los legisladores una precisa determinación, tanto de lo que se intenta proteger, como de las consecuencias que se siguen de esa protección. De esta manera, se podrá identificar a aquellos proyectos de ley que se extienden a fines espurios o inconexos, con el fin de poner en evidencia la instrumentalización del derecho penal para la consecución de fines que exceden su ámbito de aplicación.

Otra conexión que encontramos entre esta nueva dimensión transversal y las preguntas críticas para evaluar la suficiencia de la argumentación por consecuencias propuestas por Ihnen, dice relación con el criterio de *Necesidad*. En un sentido similar al criterio anterior, aquí se parte de la base que el elemento esencial del cual se encarga la racionalidad teleológica --'Acción X conduce a consecuencia Y'-- ya se encuentra zanjado. En esta oportunidad, la crítica apunta a lo siguiente:

¿Es necesario actuar para lograr consecuencia Y?

¿Es acción X el único medio legislativo eficaz propuesto para lograr consecuencia Y?

Según Diez-Ripollés (2019), en materia penal, esto se traduce en evaluar si es que la legislación existente dispone de medios menos gravosos e igualmente eficaces para alcanzar los mismos objetivos. Lo anterior determina que nos encontremos frente a un caso en que se deba realizar un ejercicio de ponderación entre la deseabilidad de la consecuencia Y --vista en la racionalidad teleológica-- y la forma en que esta encaja con el sistema de normas donde se inserta --vista en la

racionalidad sistemática--. En materia penal, consideramos que una adecuada ponderación entre la racionalidad teleológica y sistemática, debería provocar como resultado óptimo una inhibición en el legislador a crear normas allí donde ya existen otras que persigan el mismo objetivo. Creemos que esta crítica es fundamental para advertir los procesos de populismo penal o de legislación con fines electorales, porque nos permite identificar aquellos proyectos que, a pesar de estar suficientemente justificados dentro de las racionalidades precedentes, obvian el hecho de que las mismas consecuencias ya son perseguidas por otros mecanismos menos extremos, y, por lo mismo, terminan arrebatando al derecho penal su carácter de *última ratio*.

El cierre de este nivel de ponderación lo encontramos en el criterio que la autora denomina como *Idoneidad*, para el cual ofrece la siguiente pregunta:

¿Es la acción propuesta X mejor, o tan buena como, contra-propuesta X'?

En materia penal, consideramos que esto se debería poner a prueba mediante la oposición de una contra-propuesta que necesariamente lleve a los parlamentarios a realizar un ejercicio de ponderación mediante el cual puedan ser sopesados todos los niveles ya vistos, con especial consideración de los contenidos de racionalidad propios de las leyes penales.

4.6.1 Preguntas críticas de cierre

¿Son prioritarios los fines sociales del proyecto?

¿Existe una relación óptima entre el bien jurídico protegido y los fines sociales perseguidos?

¿No existe en la legislación otros medios menos lesivos para alcanzar los mismos objetivos del proyecto?

¿Es el proyecto de ley mejor que otros proyectos alternativos?

CAPÍTULO V

PREGUNTAS CRÍTICAS EN LA DISCUSIÓN DE LA LEY 21.208

El presente capítulo comienza por resumir el contexto dentro del cual se enmarca la moción parlamentaria que daría nacimiento a la ley 21.208 conocida bajo el nombre de “Ley Antisaqueo y Antibarricadas”. Continúa con una descripción resumida de las principales argumentaciones pragmáticas esgrimidas por quienes se pronunciaron a favor de la aprobación del proyecto, para finalizar de igual manera con una descripción de los contra-argumentos esgrimidos durante la discusión del proyecto y que dan cuenta de las preguntas críticas formuladas en nuestro capítulo precedente.

Nuestro objetivo es ver cómo, en la práctica, la herramienta de las preguntas críticas aquí desarrolladas para el debate legislativo en materia penal, puede servir para examinar la racionalidad de una ley penal en particular, y, por consiguiente, evaluar críticamente si la decisión de aprobar el proyecto ha sido suficientemente justificada.

5.1 Contexto de la propuesta: “el Estallido”

El viernes 4 de octubre de 2019, un Panel de Expertos anunciaba que a partir del día domingo, el pasaje del transporte público en Santiago experimentaría un alza de 30 pesos en la hora más demandada⁵². El lunes 7 de octubre, una evasión concertada por un grupo de estudiantes secundarios ya dejaba entrever el descontento con esta medida. Esa misma tarde, el ministro de economía, Juan Andrés Fontaine, al ser consultado sobre esta alza, recordaba a los usuarios del transporte público que podían tomar el Metro a primera hora de la mañana para beneficiarse de una tarifa más baja, y de esta forma –mientras esbozaba una sonrisa-- “quien madrugue puede ser ayudado”⁵³. Al día siguiente, a pesar del evidente malestar que se sentía en el ambiente por la subida en el precio del

⁵² (4 de octubre de 2019). “Bolsillos en problemas: sube pasaje de Metro y buses en la Región Metropolitana”. *Diario Uchile*. <https://radio.uchile.cl/2019/10/04/bolsillos-en-problemas-sube-pasaje-de-metro-y-buses-en-la-region-metropolitana/>

⁵³ CNN Chile (7 de octubre de 2019). Fontaine: “Quien madrugue puede ser ayudado a través de una tarifa más baja”. *Youtube*. https://www.youtube.com/watch?v=nFO4zjFniso&ab_channel=CNNChile

transporte, el ministro de Hacienda, Felipe Larraín, anunciaba como aliciente para los románticos que “las flores han caído un 3.7%”⁵⁴.

Como era de esperarse, estas cándidas humoradas de las autoridades no ayudaron a distender la situación, y las tímidas manifestaciones de un comienzo crecieron en frecuencia y masividad al grito de “¡Evadir, no pagar, otra forma de luchar!”. Para terminar de caldear los ánimos, a la clara indolencia de las autoridades, se sumó el desprecio del expresidente del Directorio del Metro, Clemente Pérez, quien calificó de “tonta, violenta y poco justificada” esta nueva forma de protestar, e invitó a los manifestantes a deponer estas acciones porque –según el experto-- no contaban con el apoyo de la población. Acto seguido, los increpó diciendo: “*Cabros, esto no prendió*”⁵⁵.

Dos días después de estas declaraciones, el 18 de octubre, una inédita y generalizada protesta hizo colapsar el transporte público en Santiago⁵⁶, esta vez, con múltiples estaciones del Metro destruidas y quemadas, marcando estos eventos la coyuntura que daría inicio a un proceso de masivas y violentas manifestaciones que, destapando un descontento social acumulado, desbordarían con creces al malestar provocado por el alza de 30 pesos en la tarifa del transporte público. Según recuerda el historiador Gabriel Salazar:

Entre octubre de 2019 y marzo de 2020 se produjo en Santiago y el resto del país una masiva protesta social, en la que amplios sectores medios y de las clases populares concurren a manifestar su rechazo al modelo neoliberal vigente, protesta que redundó en grandes marchas, “caceroleos” multitudinarios y enormes destrozos,

⁵⁴ (8 de octubre de 2019). “Han caído las flores: la romántica forma en que el ministro Larraín celebra la nula variación del IPC”. *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/dia/2019/10/08/han-caido-las-flores-la-romantica-forma-en-la-que-el-ministro-larrain-celebra-la-nula-variacion-del-ipc/>

⁵⁵ (16 de octubre de 2019). Clemente Pérez por evasiones masivas en el Metro: “Es una protesta más bien tonta”. *24Horas.cl*. https://www.youtube.com/watch?v=xqo617A5Wgk&ab_channel=24horas.cl

⁵⁶ (18 de octubre de 2019). “Llega el estallido: las protestas santiaguinas por el alza de pasajes en su día más álgido”. *Diario Uchile*. <https://radio.uchile.cl/2019/10/18/llega-el-estallido-las-protestas-santiaguinas-por-el-alza-de-pasajes-en-su-dia-mas-algido/>

saqueos e incendios en las estaciones del tren subterráneo, en supermercados y multi-tiendas, lo que conmovió profundamente a la opinión pública nacional y aun internacional. (Salazar 2022, 33)

5.2 Moción parlamentaria

El 27 de noviembre de 2019, luego de 40 días de iniciadas las protestas en el territorio nacional, en la sesión 114 de la legislatura 367, los diputados Marcela Sabat Fernández, Gabriel Silber Romo, Miguel Ángel Calisto Águila, Gonzalo Fuenzalida Figueroa y Matías Walker Prieto, en respuesta a los hechos delictivos ocurridos durante la masiva protesta social, presentaron la siguiente moción parlamentaria, que indicaba:

Modifica el código penal para tipificar como delito la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos de violencia, y agrava las penas aplicables, en las circunstancias que indica. (Historia de la Ley N°21.208, 3)

La modificación promovía lo siguiente:

1. Reemplácese el actual artículo 269 del Código Penal, por uno nuevo, del siguiente tenor:

“Quienes actuando en grupo o individualmente, pero amparados en él, alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.”

2. Agréguese un nuevo artículo 269 bis al Código Penal, incluido en el Párrafo I ter y anterior al Párrafo II del Título VI, pasando el actual

artículo 269 bis a ser el nuevo artículo 269 ter y así sucesivamente, del siguiente tenor:

“Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.
2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamientos de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.
3. Cuando se llevaren a cabo actos de saqueo, ya sea previamente concertados o espontáneos y aun, en este último caso, valiéndose de la oportunidad que el tumulto o masa posibilita para actuar.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o robo que se hubieran llevado a cabo.” (Historia de la ley 21.208, 4-5)

5.3 Propuestas de acción de la moción

Si tomamos el encabezado de la moción, vemos que la propuesta prescribe de manera general la siguiente acción:

Se debe modificar la tipificación del delito de desórdenes públicos y aumentar su penalidad

A continuación, dentro del articulado que la moción propone en reemplazo de la norma vigente, podemos distinguir las propuestas de acción generales y específicas de la moción, quedando estas últimas plasmadas en los incisos del proyecto de ley:

A. Se debe modificar el supuesto de hecho actual de los delitos de desórdenes públicos.

A.1 El supuesto de hecho actual debe ser reemplazado por el que sigue: “Quienes actuando en grupo o individualmente, pero amparados en él, alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo.”

B Se debe aumentar la pena asociada al delito de desórdenes públicos.

B.1 Los delitos de desórdenes públicos deben ser castigados con una pena de presidio menor en su grado medio: de 541 días a 3 años.

B.2 Esta pena se debe aplicar sin perjuicio del cúmulo de otras que también fueren aplicables.

C Se deben crear agravantes para el delito de desórdenes públicos.

C.1 Las circunstancias agravantes deben ser las siguientes:

I Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.

II Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

III Cuando se llevaren a cabo actos de saqueo, ya sea previamente concertados o espontáneos y aun, en este último caso, valiéndose de la oportunidad que el tumulto o masa posibilita para actuar.

D. Los delitos de desórdenes públicos agravados deben ser castigados con una pena superior, de presidio menor en su grado máximo (de 3 años y 1 día a 5 años) a presidio mayor en su grado mínimo (de 5 años y 1 día a 10 años).

5.4 Argumentos pragmáticos a favor de la moción

A lo largo de nuestro trabajo, nos hemos comprometido con la visión de que se puede y debe atribuir a los parlamentarios la capacidad de participar de un auténtico debate que permita proporcionar una justificación racional de las leyes que se aprueban o rechazan en el seno del proceso legislativo⁵⁷. Para evaluar esto, según el enfoque pragma-dialéctico, es preciso analizar las razones o argumentos esgrimidos por los parlamentarios quienes, formando parte de un diálogo implícito o explícito, intentarán convencerse mutuamente sobre la aceptabilidad de sus puntos de vista. Aplicado al caso que hemos escogido, nuestro análisis y evaluación se centrará en el tipo de argumento que predomina en el contexto parlamentario: el argumento pragmático⁵⁸.

En relación con la primera propuesta de acción general del proyecto, los diputados Marcela Sabat Fernández, Gabriel Silber Romo, Miguel Ángel Calisto Águila, Gonzalo Fuenzalida Figueroa y Matías Walker Prieto, ofrecieron en conjunto a la Comisión de Seguridad Ciudadana una argumentación que se utilizó para introducir el proyecto al Congreso durante la primera discusión general y que podemos resumir como sigue:

1. Se debe modificar el supuesto de hecho actual (el tipo penal) de los delitos de desórdenes públicos.

Para facilitar el análisis de la argumentación por consecuencias, podemos reformular el punto de vista anterior (1) en términos negativos (1'):

- 1' (No se debe mantener el supuesto de hecho actual (el tipo penal) de los delitos de desórdenes públicos.)

Para justificar la realización de esta primera propuesta de acción, los parlamentarios hicieron alusión a las *consecuencias* de la tipificación vigente:

⁵⁷ Supra., pág. 30

⁵⁸ Supra., pág. 32

1.1a⁵⁹ La actual normativa (el tipo penal) entorpece la aprehensión policial.

1.2.a La actual normativa (el tipo penal) entorpece la investigación de los hechos.

1.3a La actual normativa (el tipo penal) entorpece la persecución de la responsabilidad penal que entrañan los desórdenes públicos.

1.4a La actual normativa genera la impunidad de los malhechores, y una sensación generalizada de desamparo y temor en la población.

Las consecuencias señaladas por los parlamentarios son identificadas como los *efectos indeseables* de la normativa actual:

1.1b (Una normativa (tipo penal) que entorpece la aprehensión policial no es una normativa penal efectiva, y, por tanto, es indeseable.)

1.2b (Una normativa (tipo penal) que entorpece la investigación de los hechos no es una normativa penal efectiva, y, por tanto, es indeseable.)

1.3b (Una normativa (tipo penal) que entorpece la persecución de la responsabilidad penal no es una normativa penal efectiva, y, por tanto, es indeseable.)

1.4b (La impunidad de los malhechores, y una sensación generalizada de desamparo y temor en la población son indeseables.)

Por lo tanto, la premisa conectora que nos ofrece esta argumentación la podríamos resumir como sigue:

1.1-4a-b' (En principio, si el supuesto de hecho actual (el tipo penal) de desórdenes públicos entorpece la aprehensión policial, o la

⁵⁹ La primera proposición (1) es el punto de vista u opinión que se pretende justificar. Las segundas (1.na) corresponden a las proposiciones descriptivas de tipo causal. El tercer grupo (1.nb) son las proposiciones evaluativas. Finalmente (1.a-b') es la premisa conectora. La función de estas premisas se encuentra resumida en el punto 2.4.4 de este trabajo. *Supra.*, pág. 35.

investigación de los hechos, o la persecución de la responsabilidad penal, o genera la impunidad de los malhechores, y una sensación generalizada de desamparo y temor en la población, entonces el supuesto de hecho actual (el tipo penal) de los delitos de desórdenes públicos debe ser modificado.)

Como podemos ver en el ejemplo que acabamos de esquematizar, si bien la proposición prescriptiva de los parlamentarios sugería “llevar a cabo una acción X en particular” (modificar el tipo penal de desórdenes públicos), a diferencia de lo que se esperaría para una variante positiva de la argumentación por consecuencias⁶⁰, los diputados no pretendieron justificar la realización de la acción aludiendo a las consecuencias *positivas* de la misma sino, más bien, mediante una referencia a las consecuencias *negativas* de la normativa penal vigente. A esta utilización del esquema argumentativo⁶¹, se agrega una ausencia total de argumentos destinados a justificar, en los hechos, por qué se deberían realizar las propuestas de acción específicas indicadas en la moción, reemplazando el tipo penal actual por el nuevo articulado propuesto (¿Por qué aquél y no otro?). Aparentemente, esta ausencia de justificación “en particular” de la propuesta, se explica por un interés preferente de los parlamentarios en generar un consenso en las diversas fuerzas políticas respecto de la *idea de legislar*⁶², para lo cual sólo fue necesario levantar un diagnóstico negativo de la situación vigente. Esta situación permitió a los proponentes avanzar en la tramitación sin tener que comprometerse a defender el texto específico de la moción, ni argumentar por qué esa modificación en particular

⁶⁰ Supra., pág. 37

⁶¹ A simple vista, no se corresponde con ninguna de las dos variantes (positiva y negativa) señaladas al final de nuestro Capítulo 2, porque la propuesta de acción ‘se debe realizar acción X’ (Se debe modificar el tipo penal actual de desórdenes públicos) -en este caso- no se realiza en consideración de las consecuencias deseables que conduce la realización de X. Lo que se hace es transformar la propuesta de acción en una implícita de tipo negativo: ‘No se debe realizar acción X’ (no se debe mantener el tipo penal actual de desórdenes públicos), y la evaluación negativa de las consecuencias se realiza en relación con aquellas que produce: ‘Acción X conduce a consecuencia indeseable Y’ (la mantención del tipo penal actual de desórdenes públicos entorpece la aprehensión policial, la investigación de los hechos y la persecución de responsabilidad) quedando la premisa conectora de la siguiente manera: ‘En principio, si acción X conduce a consecuencia Y, y la consecuencia Y es indeseable, entonces la acción X no debe ser realizada.’

⁶² Durante la discusión del proyecto hay ejemplos de parlamentarios de la oposición que justificaron su voto a favor del proyecto sin comprometer su apoyo al articulado. (Citar algún ejemplo)

generaría consecuencias positivas. Si bien el artículo 129 del Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados⁶³ admite esta praxis legislativa, consideramos que en un proceso racional de elaboración de las leyes, es al menos esperable que quien propone un proyecto de ley presente argumentos a favor de las propuestas en particular, independiente de que estas puedan ser debatidas en una instancia ulterior.

De igual manera, en relación con las propuestas de acción 2, 3 y 4, que apuntan a un incremento de las penas asociadas y a la creación de tipos calificados de los delitos de desórdenes públicos, nuevamente hemos constatado la ausencia total de argumentos pragmáticos destinados a justificar las propuestas de acción específicas que se indican en el articulado de la moción. Así, como justificación genérica de estos puntos dentro de la moción, identificamos la presencia de la siguiente argumentación pragmática:

2. Se debe castigar severamente a quienes prefieren delinquir por sobre manifestarse.

Según los parlamentarios, un castigo severo a quienes cometen desórdenes públicos generaría las siguientes consecuencias:

2.1a Castigar con severidad a los delincuentes contribuye en fortalecer la democracia.

2.2a Castigar con severidad a los delincuentes contribuye en fortalecer la seguridad de quienes desean manifestarse de manera no violenta en un contexto que posibilite la expresión y canalización de sus demandas ciudadanas.

Estas consecuencias son juzgadas positivamente:

2.1b (El fortalecimiento de la democracia es deseable)

⁶³ Según el Reglamento, la discusión general tiene por objeto “1. Admitir o desechar en su totalidad el proyecto, considerando sus ideas fundamentales o matrices, entendiendo por tales las contenidas en el mensaje o moción, según corresponda.” (Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados 2014, 57)

2.2b (La seguridad de los manifestantes en un contexto que posibilite la expresión y canalización de sus demandas ciudadanas es deseable)

Por lo tanto, la premisa conectora quedaría como sigue:

2.1-2a-b' (En principio, si el castigo severo de quienes prefieren delinquir por sobre manifestarse conduce al fortalecimiento de la democracia o a la seguridad de los manifestantes en un contexto que posibilite la expresión y canalización de sus demandas ciudadanas, entonces se debe castigar severamente a quienes prefieren delinquir por sobre manifestarse.)

En este segundo ejemplo, la severidad a la que se refiere el argumento dice relación con la propuesta de acción que sugiere un incremento en la pena que el Código Penal asociaba a este delito (reclusión menor en su grado mínimo: de 61 a 540 días) hasta alcanzar una pena de presidio menor en su grado medio: de 541 días a 3 años; además de la creación de figuras especialmente calificadas de estos hechos. Sin embargo, como adelantamos anteriormente, alrededor de estas propuestas de acción específicas, los parlamentarios no desarrollaron ninguna argumentación pragmática en particular. Al igual que en la argumentación de la primera parte de la propuesta, consideramos que esta ausencia de justificación específica denota una falta de compromiso con el texto de la moción que, a simple vista, podría considerarse como arbitrario (¿por qué esa pena y figuras calificadas, y no otras?). Aquí, nuevamente, los proponentes están comprometidos con generar consenso respecto de *la idea de legislar*. Como vimos, esta situación se corresponde con el mínimo de fundamentación que puede exigirse en esta etapa, sin embargo, no creemos que esta forma de llevar adelante el proceso responda al interés común de hacer del proceso legislativo lo más racional posible.

Lo que acabamos de analizar, tuvo su correlato durante el primer informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana⁶⁴ que, si bien aprobó en general la idea del

⁶⁴ La discusión llevada a cabo en el seno de la Comisión se omite en el documento oficial de la Historia de la Ley N°21.208 y sólo hay registro de las modificaciones al texto del proyecto.

proyecto, terminó cambiando por completo el articulado originalmente propuesto. De esta forma, el texto que finalmente fue enviado para la Discusión en Sala de la Cámara de diputados quedó como sigue:

ARTÍCULO ÚNICO: Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Intercálese al inicio del Párrafo 2 del título VI del Libro II el siguiente artículo 268 septies:

“Art. 268 septies. El que valiéndose de una manifestación o reunión pública tomare parte violenta y activamente en un hecho constitutivo de desorden público será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Para estos efectos constituye desorden público:

1° la paralización o interrupción de algún servicio público de primera necesidad, entendiéndose por tales los servicios de transportes, hospitalarios, de emergencia, de electricidad, de combustible, de agua potable y de comunicaciones, afectando gravemente su funcionamiento;

2° la ejecución de actos de violencia peligrosos para la vida o la integridad física de las personas mediante el lanzamiento de elementos contundentes, cortantes, punzantes u otros elementos aptos para estos fines.

3° la destrucción, en todo o en parte relevante de una vivienda o un establecimiento comercial o industrial, de una oficina pública o privada, o de uno o más vehículos motorizados o la irrogación de daño a bienes de reconocida importancia científica, religiosa o social.

4° el incendiar objetos o utilizar elementos destinados a impedir coactivamente la libre circulación de las personas o vehículos;

5° el impedir o dificultar la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas;

6° el impedimento mediante coacción de la realización de la manifestación o reunión pública, y

7° cuando se ocuparen o usurparen bienes inmuebles de carácter industrial, comercial o agrícola, sean estos públicos o privados.

Se aplicará siempre el grado máximo de la pena dispuesta en el inciso primero cuando los partícipes hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer habitualmente los hechos punibles a que se refiere el inciso anterior, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.

Si un hecho previsto en este artículo mereciere mayor pena bajo alguna otra disposición, se aplicará ésta última.

2. En el artículo 269, reemplácese la palabra “Párrafo” por “Artículo”.

3. Incorpórese al artículo 442 el siguiente inciso final:

“Se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo cuando el autor de las conductas señaladas en el inciso anterior las perpetrare actuando en grupo o individualmente, pero amparado en él, y tuvieren lugar con ocasión de calamidad pública o alteración del orden público.” (Historia de la ley 21.208: 14-15)

5.5 Argumentos pragmáticos en particular

Durante el trámite legislativo de la Discusión en Sala --primero ante la Cámara de Diputados y luego ante el Senado-- la profusión de argumentos destinados a justificar las propuestas generales de acción fueron indicativas del interés prioritario en construir la mayoría parlamentaria que permitiese al proyecto avanzar de fase.

De esta manera, se confió a la Comisión de Seguridad Ciudadana, en primer lugar, y luego a la Comisión de Seguridad Pública del Senado, la determinación de las propuestas de acción específicas contenidas en el texto del proyecto⁶⁵. Sin embargo, y a pesar de los múltiples cambios, se perseveró en el eje medular del proyecto consistente en la incorporación de nuevos supuestos de hecho para los delitos de desórdenes públicos y en el incremento de las penas asociadas a estos delitos. Por estos motivos, era de esperarse que, a sabiendas de que el texto de la ley cambiaría, la proporción de argumentos en respaldo a las propuestas de acción específicas fuese muy pequeña durante la Discusión en Sala. No obstante, en relación con el texto que fue enviado a ser discutido en la Cámara de Diputados, podemos citar la intervención del diputado Raúl Leiva como ejemplo de una argumentación a favor de la siguiente propuesta de acción específica:

1. Se debe tipificar el siguiente nuevo delito en la forma que indica: “El que valiéndose de una manifestación o reunión pública tomare parte violenta y activamente en un hecho constitutivo de desorden público será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo...”⁶⁶.

Según el diputado Raúl Leiva, las consecuencias de la nueva tipificación en los términos señalados son las siguientes:

1.1a El nuevo delito protege la legítima manifestación por reivindicación de intereses de la gran mayoría de los chilenos al castigar sólo a quienes cometan los hechos constitutivos de desórdenes públicos enumerados.

⁶⁵ El articulado del proyecto varió completamente luego de cada uno de los informes. La historia de la ley 21.208 no reproduce los argumentos de los parlamentarios y expertos invitados a las respectivas comisiones, lo que nos obliga a centrarnos en los argumentos vertidos durante la Discusión en Sala.

⁶⁶ A continuación, el artículo establece 7 supuestos de hecho que definen lo que se entiende por desórdenes públicos.

1.1a.1 El nuevo delito permite distinguir claramente la legítima manifestación pacífica de los hechos constitutivos de desorden público.

Las consecuencias señaladas por el diputado son *deseables*:

1.1b (Proteger la legítima manifestación de quienes se manifiestan pacíficamente mediante el castigo de aquellos que cometen actos de desórdenes públicos es deseable.)

1.2b (Distinguir claramente la manifestación pacífica de los hechos constitutivos de desorden público es deseable.)

La premisa conectora:

1.1-2a-b' (En principio, si la tipificación del nuevo delito permite proteger la legítima manifestación pacífica, distinguiéndola claramente de los hechos constitutivos de desorden público, entonces, el nuevo delito debe ser tipificado en la forma que indica.)

Del ejemplo que acabamos de citar, nos llama la atención que, al reclamo por efectividad y severidad recogidos de manera general por el proyecto, se agrega nuevamente como consecuencia deseable la *protección de la legítima manifestación*. Lo interesante de esta incorporación, es que ha podido ser derivada directamente de la nueva redacción del artículo propuesto: “El que *valiéndose* de una manifestación o reunión pública tomare parte *violenta y activamente* en un hecho constitutivo de desorden público...”. Como podemos ver, a diferencia la propuesta de acción general que buscaba la *seguridad de los manifestantes* y el *fortalecimiento de la democracia* por medio del endurecimiento de las penas, en esta oportunidad, se busca conseguir un objetivo similar a través de la enumeración taxativa de los supuestos de hecho que definen lo que se entiende por desórdenes públicos. Desde la perspectiva del diputado, lo anterior sería posible gracias a que la nueva normativa permitiría *separar* a los manifestantes pacíficos de los delincuentes, aislando a estos últimos para la aplicación de la pena.

En relación con las propuestas de acción específicas tendientes al aumento de las penas, podemos citar la intervención del diputado Andrés Longton:

2. Se debe agravar la pena en la forma que se indica: “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo cuando el autor de las conductas señaladas en el inciso anterior las perpetrare actuando en grupo o individualmente, pero amparado en él, y tuvieren lugar con ocasión de calamidad pública o alteración del orden público.”

El agravamiento de la pena en los términos señalados conduce a las siguientes consecuencias:

2.1a La pena de 61 días a 541 días pasará a una nueva de 3 años y 1 día a 5 años.

2.2a Con la nueva pena los condenados por estos delitos que tengan antecedentes no podrán optar a una pena sustitutiva y cumplirán efectivamente una pena privativa de libertad.

2.3a Con la nueva pena los condenados por estos delitos que tengan antecedentes sólo podrán optar a la pena sustitutiva más gravosa (libertad vigilada intensiva).

2.4a Con la nueva pena la gravedad del delito aumentará y los tribunales podrán decretar medidas cautelares más intensas.

Estas consecuencias según el diputado son *deseables*:

2.1b (El aumento de la pena de 3 años y 1 día a 5 años es deseable)

2.2b (Es deseable que los condenados por estos delitos que tengan antecedentes cumplan una pena privativa de libertad efectiva)

2.3b (Es deseable que la nueva pena sólo permita aplicar la pena sustitutiva más gravosa a quienes no cuenten con antecedentes)

2.4b (Es deseable que los tribunales puedan decretar medidas cautelares más intensas a los imputados por estos delitos)

De esta manera, la premisa conectora quedaría como sigue:

2.1-4a-b' (En principio, si el aumento de la pena permite un cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad para los condenados con antecedentes, o la aplicación de una pena sustitutiva más gravosa para los condenados sin antecedentes, o que los tribunales puedan decretar medidas cautelares más intensas a los imputados, entonces se debe aumentar la pena en la forma que indica.)

Como podemos ver, esta intervención a favor del incremento de las penas se desmarca del argumento inicial que asociaba una mayor severidad con la *protección de la democracia y seguridad de los manifestantes*. En esta oportunidad, la consecuencia práctica de este aumento dice relación con un reclamo en contra de la *impunidad* que el parlamentario asocia con la falta de cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad. Lo interesante de esta asociación, es que trae aparejado otro reclamo, que dice relación con una falta de adecuación del castigo del cual serían merecedores los malhechores. Desde la perspectiva del diputado, con esta propuesta de acción en particular, se estaría ajustando para estos delitos una pena *proporcional* a la gravedad de los hechos.

5.6 Evaluar la racionalidad del proyecto

A lo largo de nuestro trabajo, nos hemos comprometido con la idea de que las leyes penales son susceptibles de ser sometidas a un examen de racionalidad que nos permita evaluar su calidad. Asimismo, hemos manifestado la necesidad de que este examen no se restrinja al aspecto técnico-jurídico de las leyes penales existentes, y se extienda al proceso mismo de elaboración de este tipo de leyes. Para lograr este cometido, hemos adoptado una concepción de racionalidad “fuerte” que ha permitido valernos tanto de un modelo de racionalidad legislativa (Atienza, Díez-Ripollés) como de una herramienta de evaluación argumentativa (Ihnen) para adaptar una serie de preguntas críticas que tienen por función examinar la adecuación de las propuestas de acción del proyecto a las exigencias de racionalidad legislativa en materia penal.

A continuación, revisaremos brevemente algunos ejemplos que, en la práctica, consideramos que tienen el mérito de poder ilustrar la utilidad de estas preguntas. Esta revisión no pretende realizar una ejemplificación exhaustiva del catálogo de preguntas que presentamos en el capítulo anterior. En cambio, escogeremos aquellas que, en nuestra perspectiva, han sido las que más injerencia han tenido durante la discusión, y que mejor muestran los reclamos de racionalidad para nuestro caso de estudio. Como bien nos recuerda Ihnen, en el contexto parlamentario es usual que estas críticas se manifiesten en forma de contra-argumentos⁶⁷ esgrimidos por los opositores del proyecto que, en esta oportunidad, han sido seleccionados desde los trámites de la Discusión en Sala.

5.6.1 El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad ética.

El modelo de racionalidad legislativa que hemos adoptado en nuestro trabajo, nos explica que una ley penal es racional cuando el objeto de protección, la responsabilidad que atribuye, y la sanción que establece, son susceptibles de justificación ética, la cual está dada por el respeto a los principios que informan el derecho penal. Es de esperarse entonces que el examen de racionalidad en este nivel esté dirigido a cuestionar la vigencia de estos principios dentro del proyecto. Un ejemplo de crítica en este nivel, la encontramos en la intervención de la diputada Carmen Hertz, que argumentaba en contra del proyecto en los siguientes términos:

La moción que estamos debatiendo se presentó públicamente como una iniciativa para sancionar los saqueos; sin embargo, a partir de una indicación, se transformó en un proyecto destinado a vincular las manifestaciones sociales con conductas que ya están sancionadas penalmente, tipificando el delito de desorden público y vinculándolo al ejercicio de manifestaciones o reuniones públicas (...) Este proyecto hoy, lamentablemente, tiene un objetivo diferente: criminalizar las manifestaciones, creando un régimen penal desproporcionado para castigar a las personas que salen a la calle a protestar contra el gobierno. Nosotros no estamos disponibles para regalar al gobierno

⁶⁷ Supra., pág. 40

una herramienta para que se querelle indiscriminadamente contra las personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión y reunión (...) lo que no vamos a hacer, insisto, es facilitarle a un gobierno que ha violado los derechos humanos en forma sistemática y generalizada, un instrumento de persecución política que le permita querellarse masiva e indiscriminadamente. (Historia de la ley 21.208: 30)

Desde nuestra perspectiva, la intervención de la diputada puede ser leída en tres dimensiones. En primer lugar, como un cuestionamiento respecto de la vigencia de los principios de la protección y tutela, en particular, del principio de lesividad.

5.6.1.1 El proyecto no satisface el principio de lesividad

De acuerdo con el listado de preguntas críticas propuestas en nuestro capítulo precedente, la vigencia de este principio la examinamos mediante la pregunta:

¿La propuesta de ley tipifica una conducta socialmente dañosa?

La diputada responde negativamente esta pregunta cuando argumenta que, con la tipificación propuesta, se estaría vinculando el delito de desórdenes públicos con el ejercicio de manifestaciones y reuniones públicas que ella identifica como una de las formas en que se materializan los derechos de libertad de expresión y de reunión. En otras palabras, desde su perspectiva, salir a la calle para protestar contra el gobierno no se trataría de una conducta socialmente dañosa que mereciese ser contenida penalmente, sino, más bien, del ejercicio de un derecho.

5.6.1.2 El proyecto no satisface el principio de imputación

En segundo lugar, la intervención de la diputada puede ser entendida como un cuestionamiento sobre la vigencia de los principios de la responsabilidad, en particular, el principio de imputación:

¿Las conductas concretas que activan la reacción penal pueden ser atribuidas al hecho de una persona particular?

Según la diputada, esta pregunta debe ser respondida negativamente toda vez que la tipificación de conductas que se dan en un contexto de manifestaciones o

reuniones públicas generan como consecuencia la posibilidad de querellarse *masiva e indiscriminadamente* contra las personas que protestan contra el gobierno. Esta consecuencia negativa a la cual se refiere la diputada, sería completamente opuesta a aquella pretendida por los promotores del proyecto quienes argumentaban que la tipificación de esas conductas generaría el efecto de *distinguir y separar* a las personas que salen a protestar entre *manifestantes pacíficos y delincuentes*.

5.6.1.3 El proyecto no satisface el principio de los fines de la pena

La tercera dimensión en la cual podemos enmarcar la intervención de la diputada, dice relación con un examen respecto de la vigencia de los principios de la sanción, en particular, el principio de los fines de la pena:

¿La pena que establece el proyecto tiene algún fin aceptable?

A la pregunta sobre si el proyecto respeta el principio de los fines de la pena, la diputada respondería negativamente. De acuerdo con la diputada, el proyecto busca *criminalizar las manifestaciones* con el objeto de prevenir que las personas salgan a protestar en contra del gobierno, lo cual sería un fin inaceptable, porque no se estaría previniendo una conducta lesiva sino, más bien, el ejercicio de un derecho.

En su intervención, la diputada también hace mención a que el proyecto crea un régimen penal desproporcionado para castigar a los manifestantes, pero sin desarrollar una argumentación más acabada de por qué se estaría violando el último principio que indicamos pertenecer a este nivel: el principio de proporcionalidad de las penas. A continuación, revisamos una contra-argumentación que cuestiona más detalladamente la vigencia de este principio.

5.6.1.4 El proyecto no satisface el principio de proporcionalidad de las penas

Para examinar la vigencia de este principio hemos formulado la siguiente pregunta:

¿La pena que establece el proyecto es proporcional a la entidad del daño provocado por la conducta?

Un ejemplo que ilustra perfectamente la oposición de esta pregunta crítica, lo encontramos en la intervención del Senador Carlos Bianchi:

Cuando hablamos de proporcionalidad en materia penal, nos referimos a la necesidad de que las personas reciban una pena similar por actos semejantes que merezcan un reproche equivalente. Para esto se deben considerar la gravedad de las distintas conductas que se sancionan como delitos y las penas que se les asignan.

Claramente, este proyecto no cumple con este principio tan básico, lo que se constata revisando las penas que establece el proyecto.

Se pretende castigar el lanzamiento de objetos en la vía pública con una pena que puede llegar a los tres años de privación de libertad, que es la misma que se dispone para quien soborna a un Ministro de Estado, un Senador o cualquier funcionario público (...)

En el caso de los denominados “saqueos”, el proyecto obliga a elevar en un grado la pena, lo que significa que, en el caso del robo con fuerza en las cosas, que actualmente tiene una pena alta que puede llegar a los diez años, tendrá una que alcanzará a los quince años en caso de ser realizado mediante un saqueo.

Esto implica que un saqueo tendrá mayor pena que el delito de tortura, e igual pena que el homicidio simple. ¿De verdad estamos dispuestos a aprobar una ley que establezca que un delito en contra de la propiedad es igual o más grave que matar o torturar a una persona?
(Historia de la Ley 21.208: 96)

Como podemos ver, la contra-argumentación que acabamos de revisar se opone a la propuesta de acción destinada a conseguir el agravamiento de las penas asociadas a los delitos que tipifica el proyecto. Lo interesante de esta intervención, es que no necesita referirse las pretendidas consecuencias deseables que los promotores del proyecto adjudicaban al agravamiento de las penas. Para desvirtuar esa posición, al diputado le basta referirse explícitamente a la manera en que el

proyecto contraviene el principio de *proporcionalidad de las penas* en materia penal. En efecto, para el diputado Bianchi, la entidad del daño provocado por el lanzamiento de objetos contundentes en la vía pública es inferior a la entidad del daño provocado por el delito de *cohecho*, por este motivo, resulta contrario al principio de proporcionalidad establecer una pena equivalente para ambos casos. De igual manera, para el diputado la entidad del daño del saqueo --cuya naturaleza es la de un delito en contra de la propiedad-- es de menor entidad que el daño producido por la tortura y el homicidio --cuya naturaleza es la de delitos en contra de la vida y la integridad física y psíquica de las personas-- por este motivo, establecer para los delitos de desórdenes públicos una pena superior a la de la tortura y equivalente a la del homicidio sería contrario al principio de proporcionalidad.

5.6.2 El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad teleológica

Recordando el contenido de este nivel, una ley penal será racional en la medida en que sea posible proyectar que su aprobación conducirá a la realización de objetivos sociales que puedan ser juzgados como deseables en una proporción que sobrepase por mucho a los posibles efectos indeseables, y que sea capaz de reflejar un acuerdo respecto de sus objetivos propiamente legales --objeto de tutela, grado de protección, niveles de responsabilidad y sanción-- en atención a todos los componentes ético-políticos relevantes. La primera pregunta que hemos propuesto para examinar la racionalidad en este nivel es la siguiente:

¿Es el proyecto de ley un medio adecuado para alcanzar los fines sociales deseables?

Un ejemplo que ilustra una crítica de este tipo lo podemos encontrar en la intervención del diputado Raúl Saldívar:

Estoy convencido que no podremos salir de esta crisis social si no abordamos su origen: la gran desigualdad que se encuentra nuestra sociedad, una fracasada estructuración social que requiere de represión para su funcionamiento (...) debemos entender que nuestro

trabajo no se agota en el análisis de los efectos de la violencia, sino que debemos razonar y reflexionar, con profundidad, sinceridad u convicción, respecto de los orígenes de los problemas. Debemos abordar sus causas, no dedicarnos permanentemente a centrarnos en sus efectos porque eso no resuelve ni soluciona nada, ya no que no va al fondo, a la raíz de los problemas. (...) debemos dejar de lado y erradicar aquella vieja política que se ha implementado en el país: abordar los problemas sociales con soluciones policiales. (Historia de la ley 21.208, 38 de 66)

En la misma línea, podemos citar la intervención de la diputada Maite Orsini:

Señor Presidente, entender este estallido social como un problema policial y no como un problema social no solo es un error, sino que demuestra indolencia, porque la ex-Plaza Italia no fue rebautizada como plaza de la violencia, sino como “plaza de la dignidad”.

Las ciudades nos hablan y Chile nos habla, y cuando escuchamos hablar de “dignidad” nuestra respuesta no puede ser “represión”. (Historia de la ley 21.208: 31)

Las intervenciones que acabamos de citar, se encargan de negar que el derecho penal sea un mecanismo idóneo para solucionar problemas de carácter político-social. Al hacerlo de esta manera, los diputados le atribuyen al proyecto una finalidad implícita que no habría sido declarada: *el control de las manifestaciones sociales por la vía de la represión penal*. Desde esta perspectiva, esta finalidad implícita -que sólo puede derivarse del contexto en el cual ha nacido el proyecto- no podría ser alcanzada, porque lo idóneo en estos casos es encargarse de las causas que alimentan la violencia y el descontento social, y que exceden el ámbito de acción del derecho penal.

Otro ejemplo que podemos citar respecto del examen de racionalidad en este nivel lo encontramos en la contra-argumentación del diputado Diego Ibáñez:

Creo que tipificar un nuevo delito solamente para hacer más fácil el trabajo a las policías es peligroso desde el punto de vista de la necesidad que hoy han planteado incluso los órganos internacionales de reformar las policías, de reformar su capacidad estratégica para crear inteligencia policial, de educarlos en derechos humanos, de descentralizarlos, de darles más poder local. (...) Es peligroso, porque aquí hay más carga al procedimiento penal, más carga a los tribunales, más carga a la Fiscalía y menos carga a los policías. Habrá indicios de nuevas tipificaciones, lo que en cuanto a la actual cultura que mantienen es muy peligroso y tiende a proscribir la libertad de reunión, la libertad de expresión y de manifestación. (Historia de la ley 21.208: 40)

Consideramos que la intervención que acabamos de citar sirve como un ejemplo de la evaluación del valor de la *eficiencia*⁶⁸ que subyace a este nivel:

¿Los efectos sociales deseables del proyecto son mucho mayores a los indeseables?

En el ejemplo anterior, vemos que el diputado no niega que la nueva tipificación pueda lograr el efecto deseable de hacer más fácil la aprehensión policial de los malhechores. Sin embargo, a esta pretendida consecuencia deseable le atribuye una serie de consecuencias indeseables que estarían reñidas con el valor de eficiencia que reclama este nivel, a saber: mayor carga procedimental a los tribunales y a la Fiscalía; acentuar una tendencia a proscribir la libertad de reunión, de expresión y de manifestación.

5.6.3 El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad pragmática

Recordando lo dicho sobre este nivel en capítulos anteriores, evaluar la racionalidad pragmática implica un examen sobre las posibilidades reales fácticas de cumplimiento y aplicación de la norma, de manera tal que los objetivos

⁶⁸ Que para Atienza implica maximizar los efectos deseados y minimizar los indeseados.

proyectados puedan ser alcanzados *en la práctica*. Un examen dentro de este nivel, puede ser ejemplificado con la intervención del diputado Florcita Alarcón:

La diputada Ximena Ossandón hablaba el otro día de los jóvenes violentistas, declarándolos nuestros hijos del sistema que nacieron entre balas y que no se proyectan más allá de los 27 años de edad. Jóvenes nacidos en esas condiciones ya no tienen miedo, y ninguna ley los va a detener. (Historia de la ley 21.208:24)

En la misma línea contra-argumenta el diputado Marcelo Schilling:

Creo que la primera pregunta que uno tiene que hacerse cuando enjuicia un proyecto de ley es cuán eficaz resultará ser en el cumplimiento de los propósitos que lo animan. (...) Yo creo que tanto este gobierno como algunos parlamentarios que lo apoyan se equivocan profundamente si creen que con el llamado que ellos hacen la gente los va a seguir. (...) Basta que una autoridad diga: “vamos a hacer una ley anti-encapuchados”, para que se convoque al “viernes de la manifestación de los encapuchados”, [a la] que llegan miles, no necesariamente todos delincuentes. Basta que un intendente diga: “voy a copar la plaza Italia, para que no llegue nadie”, y llegan miles, y los copadores terminan expulsados. (Historia de la ley 21.208: 25)

Como vemos, los diputados responden negativamente a la siguiente pregunta:

¿El mandato o prohibición que establece el proyecto es susceptible de ser cumplido?

Otro ejemplo de una crítica más específica en este nivel es la intervención del senador Pedro Araya:

El gran problema que presenta la Fiscalía a mi juicio no tiene que ver con el tipo penal, porque hoy día el tipo penal se encuentra absolutamente establecido, pues existen las penas y las agravantes. (...) Al final del día lo que hay aquí es un problema probatorio, porque

las investigaciones se le caen al Ministerio Público producto de las malas investigaciones.

La redacción que se propone mantiene vigente que para que exista el robo en lugar no habitado debe darse alguno de los tres supuestos que establece el artículo 442, es decir, que exista escalamiento, fractura o que se usen llaves falsas. Y sabemos que este es un tema probatorio.

Cuando uno mira qué ha pasado estos días con las investigaciones que lleva adelante el Ministerio Público, uno ve que no se ha podido probar que las personas que estaban saqueando hayan concurrido en alguno de los tres elementos del tipo penal del artículo 442. (Historia de la ley 21.208: 10)

La crítica a la que apunta el diputado Araya puede ser resumida con la pregunta:

¿Están los órganos sancionadores en condiciones de aplicar la norma?

Finalmente, dentro de este nivel podemos citar la intervención del senador Alfonso de Urresti:

Quisiera leer una enumeración, si me permite un minuto adicional, señor Presidente.

Ley antisaqueo, infraestructura crítica; en otros tiempos, detención por sospecha, control de identidad.

Díganme si alguna de estas figuras cambia efectivamente el comportamiento de la ciudadanía o baja los delitos. (...)

Yo sé que el Gobierno trata de ganar tiempo, trata de hablarle a su electorado, al 10,8 o al 8 por ciento que aún lo respalda. Pero claramente esta no es la vía. (Historia de la ley 21.208: 163)

Esta intervención puede ser asociada a la pregunta:

¿Se logran *en la práctica* los objetivos proyectados mediante la aplicación de la norma?

Los tres ejemplos que acabamos de citar responden negativamente a la posibilidad fáctica de que la norma sea “derecho en acción”. Los primeros, niegan que la norma pueda servir para dirigir la conducta de sus destinatarios porque estos, debido a sus propias condiciones vitales y por la animadversión que sienten contra el gobierno, no temen las consecuencias que conllevaría su incumplimiento. El segundo, nos explica que los órganos sancionadores no estarían en condiciones de aplicar la norma porque de todas formas no estaría resuelto el problema que impone el exigente estándar probatorio que se establece para este tipo de delitos y que en la práctica determina que sea muy difícil condenar por estos hechos. Y el tercero, se apoya en casos precedentes de legislaciones análogas cuyos objetivos no fueron alcanzados para suponer que los objetivos del proyecto tampoco serán cumplidos.

5.6.4 El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad sistemática

En capítulos anteriores hemos dicho que este nivel se encarga de que examinar si el proyecto de ley guarda una cierta coherencia interna entre sus propias normas, así como con el sistema de normas en que se inserta. La pregunta crítica que resumimos para este examen es la siguiente:

¿Es el proyecto de ley coherente consigo mismo y con el sistema de normas dentro del cual se inserta?

Un ejemplo de crítica en este nivel lo podemos encontrar en la contraargumentación del diputado Raúl Leiva, quien se refería de la siguiente manera a la modificación que el Senado había realizado al articulado del proyecto:

Es de tal magnitud la deficiencia del artículo redactado por el Senado que hay que rechazarlo como corresponde, porque lo primero que hace —a lo mejor a eso apunta la estrategia del gobierno— es regular el derecho a la manifestación, porque el epígrafe del artículo señala: “El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre

circulación...”, como si efectivamente alguna manifestación pública en Chile requiriera una autorización, y eso no es tal.

El decreto supremo N°1086, de 1983, que establece el derecho a reunión, es infraconstitucional, porque no respeta los tratados internacionales, porque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la misma Convención Americana de Derechos Humanos establecen que el derecho a reunión es de reserva legal y tiene que ser regulado por el legislador y no por la manifestación de un intendente o gobernador. (Historia de la ley 21.208: 235)

Como podemos ver, la crítica que realiza el diputado dice relación con la falta de coherencia del proyecto con el sistema de normas de los tratados internacionales que regulan el derecho de reunión. Desde su perspectiva, la *autorización* por parte del intendente o gobernador para el ejercicio del derecho a reunión va en contra de lo que disponen los tratados internacionales que, por tener rango constitucional, tienen primacía.

5.6.5 El proyecto no satisface los contenidos de la racionalidad lingüística

Hemos dicho que la exigencia de racionalidad en este nivel se satisface cuando el mensaje normativo de la ley es claro, preciso y accesible, tanto para los destinatarios del mandato o prohibición, como para quienes la aplican. Una crítica en relación con estos elementos la podemos encontrar en la intervención del senador Rabindranath Quinteros:

(...) surgen diversas dudas con respecto a la tipificación de los actos violentos que constituyan desorden público, según el nuevo artículo 2268 septies.

En primer lugar, las acciones violentas sancionadas en el marco de manifestaciones o reuniones públicas. ¿Significa eso que las barricadas y los actos violentos aislados no serán sancionados?

Sobre las paralizaciones o interrupciones del N°1 del mismo artículo, ¿Se sanciona la paralización efectuada por los trabajadores de los mismos servicios?

El N°2 es aún más confuso: sanciona quienes formen parte, violentamente, en la ejecución de actos violentos.

El hecho de impedir coactivamente la circulación de personas o vehículos, establecido en el N°4, ¿incluye a quienes desplieguen un lienzo para interrumpir momentáneamente el tránsito?

La ocupación o usurpación de bienes inmuebles del N°6, ¿Comprende la toma de terrenos que ejecutan algunas personas que no cuentan con vivienda? (Historia de la ley 21.208: 81)

En términos similares y con una referencia más explícita respecto a este nivel se expresaba el senador Carlos Bianchi:

En primer lugar, es necesario señalar que las conductas que se encuentran descritas en el proyecto como delitos presentan graves deficiencias en su redacción. (...) las conductas que se castigan como delito deben estar descritas con precisión, lo que no se satisface con establecer simplemente una frase general en la que se trate de resumir las conductas que se pretenden sancionar, sino que es necesario establecerlas de la forma más precisa y detallada posible. (...)

La ambigüedad es una herramienta para restringir arbitrariamente los derechos de las personas. Si permitimos definiciones amplias e imprecisas, en la práctica se les entrega a las policías, al Ministerio Público y a los tribunales la posibilidad de actuar de forma absolutamente arbitraria. Esto es lo que ocurre en el presente proyecto con las conductas que se encuentran descritas como desórdenes públicos

Es así como se señala que constituyen desórdenes públicos el “paralizar o interrumpir un servicio público de primera necesidad”. Esta conducta, que podría parecer sumamente grave y clara para alguien poco atento a las exigencias que debe tener un proyecto de ley de esta naturaleza, si se revisa detenidamente, se advierte que se encuentra descrita en términos poco claros y rigurosos. (Historia de la ley 21.208: 84)

Como podemos ver, los ejemplos que acabamos de citar son una expresión de las siguientes preguntas:

¿Es el proyecto de ley claro al momento de transmitir sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento y aplicación?

¿Se encuentran el objeto de tutela, su grado de protección y los consecuentes niveles de responsabilidad y de sanción establecidos de manera clara, precisa y accesible?

En ambos casos, estas preguntas deben ser respondidas negativamente. En el primer ejemplo, el senador Quinteros plantea una crítica respecto de la claridad del mensaje normativo por medio del uso de interrogaciones. Desde su perspectiva, el articulado no es claro al momento de determinar los casos que podrían ser subsumidos bajo los supuestos de hecho que establece la norma. Esta indeterminación redundaría en problemas al momento del cumplimiento y aplicación de la norma. Por su parte, el diputado Bianchi es aún más explícito al señalar graves deficiencias en la redacción de las conductas que, desde su perspectiva, son descritas en términos poco claros y rigurosos, lo que genera un riesgo de arbitrariedad, sobre todo, al momento de su aplicación.

5.6.6 El proyecto no satisface los criterios del nivel de ponderación

Al final de nuestro capítulo anterior, postulamos la necesidad de crear algunas preguntas críticas que dieran cuenta de la *interrelación* entre los distintos niveles de racionalidad que acabamos de revisar. Para nuestro caso en particular, esta interrelación genera el surgimiento de preguntas que se encargan de examinar la

prioridad de los fines sociales perseguidos; el equilibrio óptimo entre el bien jurídico protegido y las consecuencias que se siguen de esa protección; así como la posible existencia de otros mecanismos menos lesivos para conseguir los mismos objetivos. Todo lo anterior, con el fin de proteger el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Una argumentación en contra del proyecto que podemos ubicar dentro de este nivel la encontramos en la intervención del diputado Tomás Hirsch:

Si queremos que las cosas cambien y que este sea un mejor país, no va a ser con jóvenes presos o mutilados. De una vez por todas, el gobierno debe presentar proyectos para recuperar el agua, para anular la corrupta ley de pesca, para terminar con las AFP, para condonar el CAE, para aumentar el sueldo mínimo. Esos son los verdaderos saqueos que han afectado y siguen afectando a millones de chilenos y chilenas. (Historia de la ley 21.208: 241)

En la misma línea encontramos la intervención de la senadora Yasna Provoste:

En definitiva, señor Presidente, iniciativas como esta dejan claramente en evidencia la incapacidad que ha tenido el Gobierno para escuchar y acoger las demandas sociales, que se expresan con fuerza a lo largo del país, por reformas estructurales que garanticen una educación de calidad y gratuita, una atención de salud de calidad y, por supuesto, reformas a las pensiones. (Historia de la ley 21.208: 158)

Ambas intervenciones que acabamos de citar, responden negativamente a la siguiente pregunta:

¿Son prioritarios los fines sociales del proyecto?

Como es evidente desde la perspectiva de estos parlamentarios, la activación del derecho penal para controlar los actos delictivos derivados de las manifestaciones sociales no son prioridad. Antes, la iniciativa legislativa debería estar encausada para la consecución de otros fines que, eventualmente, apaciguarían los efectos negativos de las movilizaciones.

Otra contra-argumentación que podemos situar dentro de este nivel, la encontramos en la intervención del senador Felipe Harboe:

(...) déjeme decirle, señor Presidente, que efectivamente hay una disposición que no tiene nada que hacer en esta iniciativa, la del número 6), que considera desorden público la ocupación de terrenos agrícolas. (...) ¡Oiga! ¡Ese es el delito de usurpación! ¡Es otro delito! No tiene nada que ver con desorden público. Y nos puede armar un conflicto con los pueblos originarios, ¡por favor!, y con los comités de vivienda, ¡por favor!

Para eso habrá otro momento, otra legislación.

Hay que ser serios, hay que ser responsables. No hay que tratar de pasar gato por liebre. (Historia de la ley 21.208: 89)

El llamado a *no pasar gato por liebre* del senador lo podemos leer como una respuesta negativa a la pregunta:

¿Existe una relación óptima entre el bien jurídico protegido y los fines sociales perseguidos?

Cuando el senador advierte la presencia de una disposición que *no tiene nada que hacer* dentro del proyecto, está llamando la atención respecto de una posible instrumentalización de la legislación penal para la consecución de fines que exceden su ámbito de aplicación. En este caso, le preocupa que el proyecto en votación se extienda por sobre la tipificación de los delitos de desórdenes públicos para intentar abarcar los conflictos territoriales con los pueblos originarios y las tomas de terreno con fines habitacionales.

Finalmente, otra crítica recurrente que hemos visto dentro de la discusión y que se relaciona perfectamente con este nivel, puede ser resumida con la siguiente intervención del senador Pedro Araya:

Pero si uno se detiene a mirar las modificaciones con calma, se da cuenta de que todos los tipos penales propuestos ya se encuentran en el actual Código Penal y en nuestra legislación.

Prueba de ello es que, cuando uno termina de leer el nuevo artículo 268 septies que se propone, advierte que trae una regla particular para resolver lo que se denomina el “concurso ideal de delitos”. ¿Qué es esto? Cuando una misma figura puede ser sancionada por dos tipos penales. Nuestro Código Penal, en el artículo 75, da una clara fórmula respecto de cómo se resuelve dicho concurso. Pero en el artículo 268 septies se introduce una regla que, a mi juicio, es un poco extraña y confusa en cuanto a cómo debieran aplicarse las penas.

La sola introducción de ese inciso, a mi juicio, da cuenta de que lo que quiere regular ya está en otros tipos penales; si no, no habría necesidad alguna de señalar expresamente una norma de resolución del concurso ideal. (Historia de la ley 21.208: 166)

Con su intervención, el senador responde negativamente a la pregunta:

¿No existe en la legislación otros medios menos lesivos para alcanzar los mismos objetivos del proyecto?

Como vimos en el capítulo anterior, un proceso legislativo racional en materia penal, debería inhibir al legislador de crear normas allí donde existan otras que persigan el mismo objetivo. Cuando el senador señala que se tuvo que incorporar dentro del articulado del proyecto un inciso específico⁶⁹ para resolver el concurso ideal de delitos que se pueda dar al momento de la apreciación de estos hechos por un tribunal, intenta poner en evidencia el hecho de que todos los tipos penales de la propuesta ya tienen cabida en el Código Penal. De esta manera, si el proyecto se encarga de tipificar hechos que ya se encuentran recogidos en la legislación penal para asignarles una pena más lesiva, no estaría cumpliendo con esta exigencia de

⁶⁹ Artículo 268 septies inciso final: “Si un hecho previsto en este artículo mereciere mayor pena bajo alguna otra disposición, se aplicará ésta última.”

ponderación que nos exige optar por aquellos medios existentes que sean menos lesivos.

5.7 Consideraciones finales del capítulo

Al inicio de este capítulo, hemos presentado las dos principales argumentaciones pragmáticas esgrimidas en la moción para justificar los objetivos matrices del proyecto, a saber: se debe modificar el supuesto de hecho de los delitos de desórdenes públicos y se deben agravar las penas asociadas a estos delitos. De inmediato nos ha llamado la atención la forma en que el esquema argumentativo se ha utilizado para justificar en general el apoyo a la nueva tipificación. A este respecto, consideramos que debe haber al menos una justificación de parte de quienes introducen el proyecto para la propuesta en particular y no sólo argumentos que justifican modificar la situación actual, aun si se trata de una discusión general. Aunque la discusión general verse sobre la *idea de legislar*, creemos que es importante que los parlamentarios sepan las razones que fundamentan la propuesta concreta, pues esto les allanará el camino para formular indicaciones más adelante. De lo contrario, se corre el riesgo de utilizar las mociones parlamentarias como instancias de mero diagnóstico de la situación vigente, cuestión que consideramos una subversión del sentido propio de esta instancia que, si bien puede venir acompañada de un diagnóstico, debe necesariamente aportar una justificación de las propuestas de acción específicas que promueve. En otras palabras, si las mociones parlamentarias sólo son utilizadas para argumentar que la situación normativa vigente no da respuesta al problema social presente, estamos utilizando este momento legislativo para fines que consideramos propios de una etapa pre-legislativa, con el riesgo de arbitrariedad que supone esta actitud. En este sentido, creemos que los diagnósticos negativos en materia penal tendrían el efecto pernicioso de modular el debate y fijar las posiciones en torno al *miedo al delito*:

La preocupación por el delito o la delincuencia está muy vinculada a lo que suelen llamar las *actitudes punitivas* presentes en una determinada sociedad, que expresarían los puntos de vista de los miembros de ésta

sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios. (...) se configuran como un juicio de valor, apoyado predominantemente en componentes cognitivos, pero sin dejar de estar presentes secundariamente aspectos emocionales.

Una de sus características más significativas es el ser muy volátil, con poca estabilidad y bastante influenciabilidad, algo muy importante si se piensa en su relevancia en esta etapa prelegislativa. (Diez-Ripollés 2013, 24)

Si renunciamos a una justificación en particular de las normas que son propuestas durante la moción, estamos renunciando a que un debate racional respecto de las propuestas de acción específicas tenga algún efecto durante la discusión del proyecto. Lo anterior, en los hechos, invita a quienes están a favor del proyecto a justificar sus decisiones en torno a *la idea de legislar*, sin tener que hacerse responsable del contenido específico de la ley que están promoviendo⁷⁰. Un ejemplo paradigmático que podemos citar de esta forma de legislar, y que estuvo muy presente en el debate que acabamos de analizar, la encontramos en la intervención del diputado Juan Antonio Coloma durante el primer trámite legislativo de Discusión en Sala:

Creo que la votación de hoy nos va a decir de qué lado está cada uno de nosotros: del lado de no sancionar a los violentos o del lado de cuidar el orden público. (...)

Y aquí vamos a tener una prueba de la blancura, porque no es casualidad que en la Comisión de Seguridad Ciudadana el Partido Socialista, el PPD, el Partido Comunista y el Frente Amplio hayan votado en contra de la norma que busca sancionar a los que hacen

⁷⁰ Esta situación jugó una mala pasada a ciertos parlamentarios de oposición que en un comienzo comprometieron su apoyo al proyecto, y que luego votaron en contra. Esto quedó plasmado en la intervención del diputado Gonzalo Winter: "Señor Presidente, lo primero que debo decir es que no se pasen de listos, porque votamos a favor de la idea de legislar, pero en contra todas las normas que criminalizan la protesta social. De hecho, la norma que aprobamos, que tenía que ver con el accionar de las ambulancias, ya no está en este proyecto, porque se eliminó en el Senado. ¡No hay nada de lo que nos tengamos que hacer cargo!" (Historia de la ley 21.208:33 de 75)

barricadas. Eso no es menor. ¡Veamos de qué lado está cada uno de ustedes! Nosotros vamos a defender esta norma para que se sancione a esos violentistas. (...)

Entonces, lo que estamos haciendo hoy es un tema fundamental, que es saber de qué lado estamos: ¿miramos para el lado ante la violencia y creemos que la manifestación social también es lanzar bombas molotov, hacer saqueos y armar barricadas o creemos que la legítima manifestación debe realizarse en paz y que hay que sancionar aquellos que cometen actos violentos?

Durante años hemos escuchado decir que valoran las protestas y condenan la violencia.

Vamos a ver si es verdad que condenan la violencia o simplemente es una condena de papel.

Por eso, desde la UDI, vamos a votar a favor todo el proyecto. (Historia de la ley 21.208: 36)

Consideramos que legislar de esta manera resulta –por lo menos-- peligroso, tanto más si la norma en discusión es una de tipo penal. Es peligroso, porque abre paso a que los parlamentarios puedan *inmunizar* sus puntos de vista sin tener que responder a las críticas que le sean presentadas, y resulta más preocupante aún, cuando ese acto de inmunización se puede atribuir a toda una bancada: “Por eso, desde la UDI, vamos a votar a favor todo el proyecto.”

En los hechos, aquel acto de “separar las aguas” entre quienes se encontraban a favor o en contra de la violencia fue una constante durante el debate y sirvió para evitar hacerse cargo de las críticas al proyecto. De esta manera, durante el tercer y último trámite legislativo, podemos ver que el diputado Juan Antonio Coloma no tuvo problemas en mantener la misma postura:

Señor Presidente, en este proyecto de ley de la agenda de seguridad veremos la hora de la verdad de los que están dispuestos a amparar la

violencia o no, y punto. Esa es la discusión que hay hoy. (Historia de la ley 21.208: 247)

Con los ejemplos recopilados en el apartado anterior, pudimos ver que existió *al menos una crítica para cada nivel de racionalidad legislativa* indicado en los capítulos precedentes. Sin embargo, no exageramos al decir que las argumentaciones de los parlamentarios que se pronunciaron a favor del proyecto discurrieron en gran medida en una forma similar a la expresada por el diputado Coloma. Prueba de aquello --y sólo para referirnos a un punto recurrente en la discusión-- es que durante el debate no se haya registrado *ninguna* respuesta a las críticas que de diversas maneras --unas más explícitas que otras-- ponían en duda la vigencia del *principio de proporcionalidad de las penas*⁷¹.

Esta situación nos llama particularmente la atención por lo que puede significar este silencio. En este caso específico, dicho silencio nos podría llevar a concluir que --probablemente-- el principio mencionado ya no podría ser reclamado como formando parte del acervo ético-político común de los parlamentarios, cuestión que --llevada a sus extremos-- nos podría meter en una preocupante espiral punitiva que terminaría por reducir al máximo el carácter de *última ratio* del derecho penal hasta transformarlo en una especie de *cajón de sastre* de los parlamentarios.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, preferimos decir que una respuesta negativa a la pregunta respecto de la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas, nos permite colegir que el proyecto posee un déficit importante de racionalidad, y que, por lo tanto, su aprobación no se encuentra éticamente justificada. Creemos que, así como lo anterior es cierto respecto de la racionalidad ética, lo es también para cada una de los niveles cuya racionalidad no fue respetada por el proyecto.

En definitiva, luego del ejercicio práctico realizado en este capítulo, confiamos que el método de las preguntas críticas adoptado para la discusión legislativa en materia

⁷¹ La pena máxima que el proyecto originalmente establecía era la de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años). Al momento de su aprobación, la pena máxima quedó establecida en la de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años). A pesar de que el máximo propuesto haya sido morigerado, no desvirtuó el reclamo de proporcionalidad que se mantuvo hasta el final de la discusión.

penal, nos puede servir de ayuda para examinar de manera fácil y precisa, la adecuación de los proyectos de ley a los contenidos de racionalidad ética, teleológica, pragmática, sistemática, lingüística y de ponderación que toda ley penal debería considerar. Además, creemos que la consideración de estos niveles a partir de las preguntas críticas señaladas, debiera ser un punto de partida en el proceso legislativo, a fin de que la razonabilidad (calidad) de su producción (las leyes) pueda ser juzgada en el proceso mismo de su creación para que sólo logren ser aprobadas las leyes mejor fundadas y de mayor calidad.

CONCLUSIÓN

Nuestro trabajo ha intentado formar parte de una tendencia que, de manera subrepticia, pero sin pausa, se ha encargado en las últimas décadas de reubicar al proceso de creación de las leyes dentro de la óptica de los juristas. Para este propósito, ha sido necesario adoptar una concepción de racionalidad “fuerte” que nos permitiese afirmar la existencia de un proceso racional de creación de las leyes. Siguiendo esta línea, en nuestro primer capítulo, hemos presentado el modelo de Manuel Atienza quien estructura la racionalidad legislativa en cinco niveles: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica, ética, cada uno de los cuales se caracteriza por estar dotado de un contenido particular que puede ser reclamado en el proceso de creación de la ley. Sobre la base de este modelo, presentamos en seguida el modelo de José Luís Díez-Ripollés quien se encarga de establecer pormenorizadamente los contenidos de racionalidad que han de ser necesariamente considerados durante la labor legislativa en materia penal. Con este último modelo, nos hemos proveído de una estructura específicamente adaptada para examinar la racionalidad del proceso de creación de las leyes penales.

En nuestro segundo capítulo, hemos afirmado que la única manera para poder cerciorarnos de la racionalidad de la actividad legislativa es acudiendo directamente a la fuente donde estas *razones* son juzgadas. Así, el sustrato de esta actividad lo encontramos en el debate legislativo donde se intenta justificar por medio de *argumentos* la aprobación o rechazo de las normas que son propuestas. En este sentido, avanzamos sobre la base del trabajo de Constanza Ihnen quien desde una misma concepción de racionalidad “fuerte” nos explica que es posible efectuar un control racional de la legislación por medio del testeo de las razones que da el legislador para justificar la aceptabilidad de los fines legislativos que persigue. Como bien nos explica la autora, los legisladores suelen justificar sus propuestas de acción con arreglo a sus consecuencias favorables, por lo tanto, para el entendimiento apropiado y evaluación crítica de la justificación de una decisión legislativa, debemos estar en condiciones de poder analizar y evaluar las *argumentaciones por*

consecuencias o pragmáticas que son esgrimidas en el seno del debate parlamentario. Para lograr este cometido, revisamos el esquema argumentativo de tipo presuntivo que subyace a toda argumentación por consecuencias y la forma en que operan las premisas que componen el esquema para trasladar la aceptabilidad de las premisas al punto de vista en su variante positiva y negativa.

En el tercer capítulo, continuamos en la línea inaugurada precedentemente, presentando la herramienta de evaluación propuesta por Ihnen, consistente en una serie de preguntas críticas que dan cuenta de las objeciones que usualmente son opuestas durante los debates parlamentarios y cuya función es obstaculizar la transferencia de aceptabilidad de las premisas materiales al punto de vista. Estas preguntas críticas son clasificadas bajo los criterios de *Permisibilidad, Coherencia, Factibilidad, Prioridad, Necesidad, Idoneidad y Costo-Beneficio* los cuales resumen la naturaleza de estas objeciones. A continuación, en nuestro cuarto capítulo, efectuamos una reformulación de las preguntas críticas propuestas por Ihnen para adaptarlas a los contenidos de racionalidad legislativa en materia penal que nos aportó el modelo de Díez-Ripollés. De esta manera, vimos que cada una de las preguntas críticas de Ihnen podían ser reconducidas a algún nivel de racionalidad legislativa, y a estos agregamos un nuevo nivel que denominamos *de Ponderación*. Además, a partir del estudio de los diversos niveles de racionalidad, propusimos nuevas preguntas críticas que dieran cuenta de las objeciones posibles de ser opuestas durante el debate parlamentario en materia penal. La idea detrás de esta nueva clasificación, es que las preguntas críticas sirvan de mecanismo para denunciar los déficits de racionalidad en los que incurren los proyectos, y, de esta manera, cancelar la aceptabilidad del punto de vista que prescribe su aprobación.

En nuestro quinto y último capítulo, nos encargamos de ver cómo operan en la práctica estas nuevas preguntas críticas que propusimos en el capítulo precedente. Para lograr esto, tomamos el debate que se desarrolló alrededor de un proyecto de ley que se presentó en medio de intensas manifestaciones sociales y en respuesta a una serie de hechos delictivos ocurridos en el contexto del denominado “estallido social”. Este proyecto proponía modificar el Código Penal para tipificar unos nuevos

supuestos de hecho de los delitos de desórdenes públicos y aumentaba la pena asociada a estos hechos. Así, identificamos primeramente las argumentaciones pragmáticas que le daban sustento. En este ejercicio, reconocimos que la ausencia de justificación de gran parte de las propuestas de acción específicas del proyecto eran un indicio de una práctica legislativa destinada a conseguir consenso en *la idea de legislar*, pero que en los hechos desatendía el contenido mismo de la ley.

En lo que respecta a las contra-argumentaciones que se opusieron al proyecto, pudimos verificar que hubo objeciones en todos los niveles de racionalidad vistos a lo largo de nuestro trabajo y que las respuestas a estas objeciones estuvieron en gran medida ausentes del debate. Tememos que, en el caso estudiado, la falta de disposición a hacerse cargo de las críticas, la tendencia a evadirlas o derechamente ignorarlas, puede ser indicio de que estuvimos en presencia de un cuasi-debate. Con todos estos antecedentes sobre la mesa, nos animamos a afirmar que, desde nuestra visión prescriptiva de la racionalidad legislativa, el proyecto que finalmente dio a luz la ley 21.208 debió ser desechado por no haber cumplido con ciertos elementos esenciales de racionalidad legislativa como lo es el *principio de proporcionalidad de las penas*, cuya inobservancia nunca fue desmentida durante el debate.

Si nuestra conclusión es correcta, la herramienta que hemos adaptado en nuestro trabajo podría servir en adelante para un dejar en evidencia casos de populismo penal o de legislación penal con fines electorales como creemos que ocurrió en esta oportunidad. No obstante, lo ideal sería que estas herramientas pudiesen orientar el trabajo de los legisladores hacia la satisfacción de los niveles de racionalidad. En esta línea, queda abierta la posibilidad de que a futuro se puedan prever los medios que permitan guiar a los legisladores durante la presentación y discusión de los proyectos, por medio de herramientas sencillas y asequibles, similares a las que hemos propuesto en nuestro trabajo. Creemos que el efecto de aquello será un incremento de la racionalidad legislativa, y, por consiguiente, un mejoramiento en la calidad de las leyes penales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Atienza, Manuel, 1997: *“Contribución a una teoría de la legislación”*, Civitas.
2. Atienza, Manuel, 2019: *“Un modelo de análisis de la argumentación legislativa”*. En *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia* (pp. 344-395). Tirant lo Branch, Valencia.
3. Díez Ripollés, José Luis, 2013: *“La racionalidad de las leyes penales”*, Trotta, Madrid.
4. Díez Ripollés, José Luis, 2019: *“La racionalidad legislativa penal. Decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo”*. En *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia* (pp. 120-170). Tirant lo Branch, Valencia.
5. Historia de la Ley N° 21.208, Biblioteca del Congreso Nacional [<https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/7720>]
6. Ihnen, Constanza, 2012: *“Pragmatic argumentation in law-making debates. Instruments for the analysis and evaluation of pragmatic argumentation at the Second Reading of the British Parliament.”* Tesis de doctorado, Universidad de Amsterdam, Sic Sat, Amsterdam.
7. Ihnen, Constanza, 2017: *“La argumentación por consecuencias en el debate legislativo chileno. Preguntas críticas para evaluar su suficiencia”* ONOMAZEIN 37: 218-243. DOI:10.7764/onomazein.37.06
8. Marcilla Córdoba, Gema, 2019: *“La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho”*. En *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia* (pp. 301-341). Tirant lo Branch, Valencia.
9. Oliver-Lalana, A. Daniel, 2008: *“Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario”*, Revistes Científiques, Universidad de Alicante. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.31>
10. Oliver-Lalana, A. Daniel, 2019: *“La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia.”*, Tirant lo Branch, Valencia.
11. Salazar, Gabriel, 2022: *“La Porfía Constituyente”*. Ceibo Ediciones, Santiago.
12. Van Eemeren, Frans H., y Grootendorst, Rob, 1984: *“Speech Acts in argumentative discussions”* (Trad. Cast. de M. Molina, C. Santibáñez, y C. Fuentes, *“Los actos de habla en las discusiones argumentativas: un modelo teórico para el análisis de discusiones orientadas hacia la resolución de*

diferencias de opinión”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2013).

13. Van Eemeren, Frans H., y Grootendorst, Rob, 1992: “*Argumentation, communication and fallacies. A pragma-dialectical perspective*” (Trad. Cast. de C. López y A. Vicuña, “*Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragmatialéctica*”, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2001).

14. Van Eemeren, Frans H., 2012: “*Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse*” (Trad. Cast. De C. Santibáñez y M. Molina, “*Maniobras Estratégicas en el Discurso argumentativo*”, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, 2012)